

TRANSFORMAÇÕES DO TRABALHO E DA SEGURIDADE SOCIAL

(ORGANIZADORES)

ALINE DOS SANTOS
LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA
MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA
CARLA SENDON AMEJEIRAS VELOSO
LUIZ ANTONIO ALVES GOMES

TRANSFORMAÇÕES DO TRABALHO E DA SEGURIDADE SOCIAL



EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

EDITORA MULTIFOCO

Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.

Av. Mem de Sá, 126, Lapa

Rio de Janeiro - RJ

CEP 20230-152

CONSELHO EDITORIAL

Presidência:

Felipe Dutra Asensi

Marcio Caldas de Oliveira

Conselheiros:

André Guasti (TJES, Vitória)

Bruno Zanotti (PCES, Vitória)

Camilo Zufelato (USP, São Paulo)

Daniel Giotti (Intejur, Juiz de Fora)

Eduardo Val (UFF)

Gustavo Senges (Coursis, Rio de Janeiro)

Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)

José Maria Gomes (FEMPERJ, Rio de Janeiro)

Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)

Paula Arevalo (Colômbia)

Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)

Pedro Ivo (MPES, Vitória)

Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)

Raphael Carvalho (Mercosul, Uruguai)

Rogério Borba (UNESA, Rio de Janeiro)

Santiago Polop (Argentina)

Tatyane Oliveira (UFPA, João Pessoa)

Thiago Pereira (UFF, Rio de Janeiro)

Victor Bartres (Guatemala)

Yolanda Tito (Peru)

Vinicius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA 21

Transformações do Trabalho e da Seguridade Social

SANTOS, Aline dos

SILVA, Leonardo Rabelo de Matos

VELOSO, Carla Sendon Ameijeiras

GOMES, Luiz Antonio Alves

1ª Edição

Agosto de 2017

ISBN: 978-85-5996-684-8

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem
prévia autorização do autor e da Editora Multifoco.

CONSELHO DO CAED-JUS

Adriano Rosa (USU)

Antonio Santoro (UFRJ/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCB/USU/UCP)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título “Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o ‘totalitarismo consumista’ e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna”.

SUMÁRIO

O ATLETA DE FUTEBOL E O TRABALHO INFANTIL	17
--	----

Amilar Fernandes Alves e Marcelo de Almeida Nogueira

O ACORDO BILATERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ENTRE BRASIL E EUA COMO FORMA DE EVITAR A DUPLICIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....	33
--	----

Ana Cristina Alves de Paula e Thiago Giovani Romero

O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO: IMPACTOS NA QUALIDADE DE VIDA DOS IDOSOS APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	59
--	----

*Camila Rabelo de M. S. Arruda, Paulo Lage Barboza
de Oliveira e José Augusto de Queiroz Pereira Neto*

O TELETRABALHO DOS SERVIDORES COM DEFICIÊNCIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	75
--	----

Elaine Cristina da Silva

DIMENSÕES SOCIAIS DO PROCESSO DO TRABALHO E SUA EFETIVIDADE	93
---	----

Ester Soares de Sousa Sanches

A GRATUIDADE JUDICIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, NOS MOLDES DO SUBSTITUTIVO APROVADO DO PL 6787/2016, E OS RISCOS DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DIREITO DE AÇÃO, DO ACESSO À JUSTIÇA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	109
---	-----

Fernando Barroso de Deus

A JUDICIALIAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E A ADOÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	127
--	-----

Geovana Faza da Silveira Fernandes

O CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO É EXCEPCIONAL. E O QUE ELE NÃO É?	147
---	-----

Gilmar Brunizi

UMA CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO DO TRABALHO PÁTRIO: NOVOS ARRANJOS JURÍDICOS E SOCIAIS DE UMA SOCIEDADE COMPLEXA	163
---	-----

Hector Luiz Martins Figueira

O ABUSO DE DIREITO NA ESTABILIDADE GESTANTE, A INEXISTÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR, O ÓCIO REMUNERADO E O DESSERVIÇO NA BUSCA DAS MULHERES POR MELHORES CONDIÇÕES DE TRABALHO	183
---	-----

Humberto Muzzio Almirão

A INCIPIÊNCIA DO MOVIMENTO SINDICAL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE GREVE: BREVE ANÁLISE COMPARATIVA A PARTIR DA OBRA GERMINAL, DE ÉMILE ZOLA.....	205
---	-----

Iasmim Barbosa Araújo e Marcelly de Santana Batista

A LEI ORDINÁRIA Nº 13.429/2017 E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	221
--	-----

*Ingrid de Figueiredo Lopes, Raffael Salomão de
Azevedo*

DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DA INSERÇÃO DA MULHER NEGRA.....	239
--	-----

Ingrid Thayná de Freitas Acácio e Natália Pinto Costa

NECESSIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: VERDADE OU MITO	253
--	-----

*José Augusto de Queiroz Pereira Neto, Daniele Ramos
Marques da Cruz e Rafael Rodrigues de Andrade*

ANÁLISE DO CONTRADITÓRIO EFETIVO NO PROCESSO DO TRABALHO.....	269
---	-----

Lucas Goulart ConsuImagno Prata

OS DESAFIOS PARA INSERÇÃO DE JOVENS NO MERCADO DE TRABALHO.....	285
---	-----

*Magda Soares Moreira Cesar Borba e Carlos Leonardo
Loureiro Cardoso*

DEMANDISMO X PROCESSISMO O ACESSO CONSTITUCIONAL À JUSTIÇA DO TRABALHO COMO GARANTIA AO DIREITO.....	301
---	-----

Marcelo Oliveira Câmara

A ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO BRASIL NA BUSCA DE SUA IDENTIDADE	315
---	-----

*Márcia dos Santos Nunes Pimentel e Rafael
Gerolamo Falcão*

O TRABALHO ANÁLOGO AO DA ESCRAVIDÃO, SOB O MANTO DA RELAÇÃO DE TRABALHO	335
---	-----

*Márcia dos Santos Nunes Pimentel, Marianna dos
Santos Coelho Alves e Maria Fernanda Miranda Lyra*

OS REFLEXOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	351
---	-----

*Maria Clara Galacho Quaresma de Oliveira Lima e
Pedro Lima Neto*

A TUTELA JURÍDICA APLICÁVEL AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS.....	367
---	-----

*Maria Lenir Rodrigues Pinheiro, Simone Minelli Lima
Teixeira e Nina Soraya Pinheiro de Jesus*

A EMBRIAGUEZ NO TRABALHO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DOENÇA OU MOTIVO PARA JUSTA CAUSA	389
--	-----

*Vivian Behling Bett, Maria Lenir Rodrigues Pinheiro e
Nina Soraya Pinheiro de Jesus*

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	411
---	-----

Monica Micaela de Paula e Orlando Faraci Pereira

A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE	429
--	-----

Nathalia Dimitriou

DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL AO ATIVISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PASSANDO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO	449
---	-----

Orlando Faraci Pereira e Rodrigo Silva Trigueiro

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O PRECEITO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO	
--	--

CIVIL E SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO.....	467
--	-----

Paulo Roberto Mostaro Reis

A NOVA LEI DE TERCEIRIZAÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS	481
---	-----

*Pedro Lima Neto e Maria Clara Galacho Quaresma
de Oliveira Lima*

BREVE REFLEXÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DO PROCESSO E SEUS ESCOPOS	497
--	-----

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro

APLICABILIDADE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.	515
--	-----

Raphael Caetano Solek

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E INFLUÊNCIAS DO NOVO CPC AO PROCESSO TRABALHISTA	535
--	-----

Rodrigo Silva Trigueiro e Mônica Micaela De Paula

JUSTIÇA DO TRABALHO E SUA COMPETÊNCIA PRA JULGAR CRIMES	555
---	-----

Thiago Moraes de Almeida Lemes

O TRABALHO ESCRAVO RURAL NA MODERNIDADE	575
--	-----

*Tiago Martinez, Drielly da Silva Andrade Couto e
Larissa Barreto dos Santos Leite*

REFORMA PREVIDENCIÁRIA: UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 287/2016.....	595
--	-----

Victor Luz Silveira Santagada

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL TRABALHISTA COMO GARANTIA DE PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	613
---	-----

*Vinicius Pinheiro Marques e Eryka Christina
Batista da Silva*

O ATLETA DE FUTEBOL E O TRABALHO INFANTIL

Amilar Fernandes Alves

Marcelo de Almeida Nogueira

INTRODUÇÃO

O esporte é uma seara que permite um estudo amplo e quase infinito, não somente nas áreas médicas, fisiológicas e esportivas em si, mas também para a análise do Direito, além de ter interdisciplinaridade, em especial com as áreas do Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito Tributário, possui sua própria disciplina autônoma que é o Direito Desportivo, onde são analisadas exclusivamente as normas das entidades de administração do desporto e sua aplicação, seja no âmbito administrativo interno das referidas entidades, seja pela Justiça Desportiva. Ainda assim, o esporte não é muito estudado e debatido no âmbito acadêmico, em especial na área do Direito.

No mundo e no Brasil o futebol é o esporte que mais mexe com o sentimento humano, desde muito cedo crianças são influenciadas e sugestionadas por seus pais, responsáveis e até mesmo por amigos. Boa parte dessas crianças tem um sonho: ser um jogador de futebol profissional. Muitas dessas crianças almejam o sucesso e o dinheiro recebido pelos seus ídolos, vez que dentre todas as modalidades esportivas

o futebol tem notoriedade por envolver as maiores quantias de dinheiro. Por esse e outros motivos esta modalidade esportiva é a que recebe a maior atenção dos pesquisadores, doutrinadores, e das próprias entidades de administração do desporto.

Assim, analisando propriamente a pirâmide do mundo do futebol podemos verificar que esta é baseada em dois elementos essenciais: os jogadores que exibem suas habilidades no campo e os clubes que os juntam formando equipes, possibilitando que as entidades de administração do desporto organizem suas competições, sem estas três partes, definitivamente, não há evolução do esporte, esta relação sem sombra de dúvidas é de natureza trabalhista.

A natureza laboral, resta evidente simples constatação, bem como possui previsão expressa na Lei nº 9615/98, a lei geral do desporto, popularmente conhecida como Lei Pelé, que assevera em seus artigos 28 e 94 o seguinte:

“Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:...

Art. 94. O disposto nos arts. 27, 27-A, 28, 29, 29-A, 30, 39, 43, 45 e nº § 1º do art. 41 desta Lei será obrigatório exclusivamente para atletas e entidades de prática profissional da modalidade de futebol.”

Uma vez verificado que a relação entre clube e atleta é caracterizada como de natureza trabalhista passamos à análise do objeto de nossa pesquisa, isto é, a relação e natureza entre o atleta de futebol e o trabalho infantil.

Os problemas e controvérsias da relação entre o trabalho infantil e o futebol é bem amplo, por um lado há interesse econô-

mico e desportivo dos clubes, somado ao fato da ambição dos jovens que buscam estabilidade financeira, mudança de vida e prestígio social, por outro lado há o afastamento do convívio familiar, a supressão da infância e adolescência. Estas razões, por si, já justificariam a relevância do tema, porém a ausência de ações sociais efetivas, a ineficiência do Estado em prover uma real oportunidade, em especial para os moradores de áreas periféricas, bem como a atividade, via de regra desenvolvida pelos clubes, em especial nas questões que envolvem o amparo, alimentação, desenvolvimento e aumento de oportunidades que são oferecidas aos atletas em formação, na maioria menores de idade, aumentam a importância desta pesquisa.

Desta forma, apresentaremos as incongruências legais, as vantagens e desvantagens da formação esportiva, a fiscalização do Ministério Público do Trabalho, bem como demonstrar a necessidade e importância de debatermos a questão com o intuito de minimizar os riscos e extinguir os prejuízos e danos que possam ser causados. Objetivaremos concluir indicando uma alternativa plausível para a solução do problema.

DESENVOLVIMENTO

1. O TRABALHO DO MENOR NO BRASIL

A regra de idade para o trabalho está expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente no artigo 7º, XXXIII, onde está disposto que é proibido qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, e ainda assim a partir dos quatorze anos de idade.

Além disso, a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) possuem dispositivos no mesmo sentido, especificamente no artigo 403 da CLT e no artigo 60 do ECA:

“Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.”

Desta forma, podemos observar que o legislador pátrio tem por objetivo a proteção do menor, impedindo que haja trabalho de sua parte, isto é, não deseja que conste como parte ativa da população aqueles que não possuem dezesseis anos completos, exceto, a partir dos quatorze anos de idade, e ainda assim, na condição de aprendiz.

2. O TRABALHO NO FUTEBOL

O esporte, assim como diversas outras profissões necessitam de normas específicas. Entretanto, nenhuma outra profissão possui uma atenção midiática, e uma comoção como o futebol.

Qual menino que não sonha em se tornar um jogador profissional aos 12 anos de idade? Receber uma verdadeira fortuna, poder comprar o que quiser, frequentar os melhores lugares, viajar para os mais diversos países, tudo isso trabalhando de maneira honesta, “jogando bola”.

Evidente que o sonho da criança depende de um caminho árduo, que envolve muito trabalho, comprometimento e abdicação de inúmeras coisas, como convívio familiar, festas, alimentação regrada, entre outros. Contudo, guardadas as devidas proporções, todas as profissões demandam algum tipo de sacrifício.

Além disso, o atleta profissional sabe que sua carreira é curta, com sorte e abrindo mão de várias coisas, como consumo de bebida alcoólica, ter uma vida regrada, dormir cedo..., ainda assim, dificilmente consiga se manter em um nível elevado após os trinta e cinco anos de idade, raros são os casos de atletas que ultrapassam a barreira dos quarenta anos de idade.

Por oportuno, e aproveitando que a questão da previdência social está em voga, acrescentamos que não há qualquer tipo de tratamento diferenciado para com estes profissionais, ou seja, dificilmente alguém desta categoria conseguirá se aposentar pelas regras atuais.

Logo, no esporte, especificamente no futebol, o profissional que busca o êxito deve se comprometer desde muito cedo, para que obtenha sucesso em sua curta carreira, pois sabe que não poderá contar com a previdência social ao término de sua vida profissional.

2.1 O TRABALHO DO MENOR NO FUTEBOL

Como observado exaustivamente nos tópicos anteriores, a questão do trabalho no futebol já é polêmica, pois demanda um comprometimento alto para um curto período de efetivo labor.

Assim, se o atleta profissional já merece atenção, a questão do trabalho infantil no meio do esporte, de forma geral, é bastante controvertida, pois em muitos casos o Ministério Público do Trabalho faz vistas grossas para esportes que não são considerados profissionais, voltando toda sua atenção para o futebol, questionando, fiscalizando e punindo os clubes de futebol, obviamente, por via transversa, acaba por prejudicar os próprios menores que supostamente estão sendo tutelados. Como a nossa pesquisa tem como objeto o futebol, iremos nos restringir a esta modalidade esportiva.

Obviamente, existem pontos positivos e negativos no início de uma carreira precoce, como asseveremos e reconheceremos, as abdições e sacrifícios são muitos, e nem sempre proporcionais aos benefícios que poderão surgir no futuro.

O primeiro problema que apresentamos é a questão da idade. Como verificado, há impedimento legal para o desenvolvimento de um trabalho antes dos quatorze anos de idade, en-

tretanto, considerando a curta carreira de um atleta enquanto profissional, não entendemos ser aceitável que um atleta nestas condições comece sua formação aos quatorze anos de idade.

Outro ponto controvertido é o questionamento que poderíamos fazer quanto as atividades desenvolvidas pelos menores junto aos clubes, isto é, poderíamos, ou melhor, deveríamos considerar as práticas rotineiras de treinar, ir para a escola, respeitar as ordens, cumprir suas tarefas, entre outras, como trabalho, ou não, seriam essas práticas cotidianas de uma adolescente comum.

Por evidente, neste aspecto especificamente, devemos observar diversos fatores, desde a questão social, quanto o próprio bem estar do menor. Não seria absurdo dizer que a rotina de um adolescente de classe média é exaustiva, mas nem por isso, consideramos que cumprir suas obrigações seja trabalho, tampouco buscamos demonizar os responsáveis por exigir que estes adolescentes os respeitem e executem seus afazeres.

Ademais, também não é absurdo dizer que as oportunidades de um jovem de baixa renda sejam inferiores aos adolescentes de classe média, logo sua lista de atividades pode ser menor, vez que enquanto o jovem da classe média tem cursos de idiomas, práticas esportivas, dentre outras atividades, custeadas pelos responsáveis, o jovem de classe inferior mal tem acesso a uma educação básica de qualidade.

Assim, generalizando, podemos afirmar que a maioria, dos meninos que almejam viver de futebol são oriundos de áreas periféricas, via de regra violentas, e famílias com pouca estrutura, além da própria dificuldade financeira. Logo, quando estes jovens encontram um lugar com uma cama, pelo menos cinco refeições diárias, acompanhamento de diversos profissionais, enquanto em casa, as vezes, mal possuem o alimento, não há dúvida que é mais benéfico estar em um ambiente onde encontra os requisitos mínimos para se desenvolver.

Para ajudar na elucidação da questão, faz-se necessário apontar o artigo 29 da lei nº 9.615/98, o qual transcreveremos abaixo:

Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele, a partir de 16 (dezesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos.

§ 2º É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que:

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;

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 a 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.

§ 3º A entidade nacional de administração do desporto certificará como entidade de prática desportiva formadora aquela que comprovadamente preencha os requisitos estabelecidos nesta Lei.

§ 4º O atleta não profissional em formação, maior de quatorze e menor de vinte anos de idade, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes.

§ 5º 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, atendidas as seguintes condições:

I - o atleta deverá estar regularmente registrado e não pode ter sido desligado da entidade de prática desportiva formadora;

II - a indenização será limitada ao montante correspondente a 200 (duzentas) vezes os gastos comprovadamente efetuados com a formação do atleta, especificados no contrato de que trata o § 4º deste artigo

III - 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, para efeito de permitir novo registro em entidade de administração do desporto.

§ 6º O contrato de formação desportiva a que se refere o § 4º deste artigo deverá incluir obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

I - identificação das partes e dos seus representantes legais

II - duração do contrato;

III - direitos e deveres das partes contratantes, inclusive garantia de seguro de vida e de acidentes pessoais para cobrir as atividades do atleta contratado; e

IV - especificação dos itens de gasto para fins de cálculo da indenização com a formação desportiva

§ 7º 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.

§ 8º 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, indicando as novas condições contratuais e os salários ofertados, devendo o 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.

§ 9º Na hipótese de outra entidade de prática desportiva resolver oferecer proposta mais vantajosa a 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.

§ 10. A entidade de administração do desporto deverá publicar o recebimento das propostas de que tratam os §§ 7º e 8º, nos seus meios oficiais de

divulgação, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data do recebimento.

§ 11. 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.

§ 12. A contratação do atleta em formação será feita diretamente pela entidade de prática desportiva formadora, sendo vedada a sua realização por meio de terceiros.

§ 13. A entidade de prática desportiva formadora deverá registrar o contrato de formação desportiva do atleta em formação na entidade de administração da respectiva modalidade desportiva.

Apesar de exaustivo, faz-se necessária uma leitura atenta e profunda do supracitado do artigo. Em uma primeira análise, podemos ver que há uma qualificação para o clube que preenche uma série de requisitos, por oportuno apontamos que são extensas as exigências legais para que o clube adquira a certificação como formador, asseveramos ainda, que a CBF possui uma norma própria que regulamenta e dispõe mais requisitos para a efetiva obtenção do certificado de clube formador, ampliando, desta forma, o disposto no parágrafo 3º.

Não seria leviano, portanto, afirmar que não é qualquer clube que está apto a receber o certificado de formador, pois requer uma estrutura física e técnica compatíveis com a importância da formação de um ser humano, não só do atleta de futebol. Somente no parágrafo 2º são listados nove itens

que os clubes devem cumprir, dentre os quais destacamos a garantia de assistência médica, odontológica, psicológica, fornecimento de alimentos com acompanhamento de um nutricionista e garantia de compatibilidade com os estudos.

O suposto trabalho nessas condições chega a ser secundário, devemos observar sob todos os aspectos, é essencial para o desenvolvimento humano ter condições para tal, isso requer base familiar, educação, assistência médica, alimentação e lazer. Efetivamente, estando dentro de um clube, com horários e regras a cumprir, a base familiar fica prejudicada, mas há garantia de que todos os outros aspectos serão ofertados ao jovem em formação.

Ainda assim, poderíamos questionar se a atividade desenvolvida pelos jovens no clube é ou não trabalho. Para efeitos de comparação, podemos analisar um jovem de classe média, que possui obrigações escolares além de atividades extracurriculares, como curso de idiomas, em seu momento de lazer pratica atividades físicas ou se entretém em jogos eletrônicos, a cobrança dos responsáveis por resultados é latente. Por outro lado, um jovem atleta em formação tem obrigações escolares, pratica atividade física regular (pressuposto de boa saúde), e via de regra não entende como cobrança o desenvolvimento esportivo, mas sim como lazer.

Logo, se não considerarmos que a atividade desenvolvida por um atleta na base de um clube, ainda que esteja em efetiva formação, é trabalho, não haveria qualquer óbice para sua prática, vez que o fator de limitação relativo à idade é condicionado à prática de trabalho, assim, se não existe trabalho, não existe limitação etária.

2.2 O TRABALHO NO FUTEBOL NA VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Apesar das considerações tecidas anteriormente, da demonstração da necessidade de preenchimento de diversos

requisitos para a obtenção do certificado de clube formador, bem como do trabalho social desenvolvido pelos clubes que proporcionam situações as quais o jovem que lá se encontra, provavelmente não teria, o Ministério Público do Trabalho possui uma visão já consolidada sobre o tema.

Sob a égide de defesa dos direitos dos menores, e considerando que a atividade desenvolvida nos clubes é trabalho, o Ministério Público do Trabalho, no uso de suas atribuições legais, fiscaliza e pune os clubes quando encontra um atleta menor de quatorze anos de idade em suas dependências.

Se por um lado, como fiscal da lei, o MPT cumpre suas obrigações, por outro, não leva em consideração as questões sociais, bem como as oportunidades vivenciadas pelos jovens que se encontram nos clubes.

As justificativas do MPT são válidas, destacam que os clubes auferem lucro com a formação do atleta, assim, se na figura de empresa empregadora o clube espera obter lucro, ainda que futuro com a atividade desenvolvida pelos menores, aquela atividade não tem como ser caracterizada como outra coisa a não ser trabalho.

Ademais, argumentam que nem todos os clubes apresentam uma estrutura aceitável para o crescimento e desenvolvimento do adolescente, seja pelo ambiente propriamente dito, seja pelo afastamento do convívio familiar.

Por oportuno, esclarecemos que assiste razão ao Ministério Público do Trabalho quando fiscaliza e pune os clubes que descumprem as exigências legais. Os abusos e excessos devem ser coibidos e punidos, mas não é crível que todos os clubes tratem mal seus atletas na base.

Desta forma, não há como afirmar que o trabalho desenvolvido pelo MPT está incorreto, pelo contrário, cumprem sua obrigação, fiscalizam, punem e coíbem as ilegalidades,

zelam pelo desenvolvimento do ser humano e pela erradicação do trabalho infantil.

CONCLUSÃO

Após demonstrar as dificuldades e peculiaridades experimentadas por um profissional de futebol, desde a sua formação, até a sua “aposentadoria”, podemos definir se a atividade desenvolvida pelos jovens nas categorias de base do clube é ou não trabalho.

Se considerarmos trabalho, devemos observar e respeitar o limite de idade, proibindo sua prática antes dos quatorze anos de idade, se não considerarmos trabalho não há óbice para a sua continuidade.

Em um primeiro momento, antes de definirmos se é ou não trabalho, devemos apontar que o principal interesse é o de proteger e permitir o crescimento saudável das crianças e dos adolescentes, sendo secundária a caracterização como trabalho.

Assim, considerando que, via de regra o trabalho desenvolvido pelos clubes é, pelo menos, razoável, garantindo ao menor uma qualidade de vida superior à que teria, isto é, sopesando o fator social com o laboral, não conseguimos caracterizar a atividade desenvolvida como trabalho.

Reconhecemos que os clubes desenvolvem essas atividades com o objetivo de lucro, seja esportivo ou financeiro, bem como que as oportunidades sociais ofertadas pelos clubes são obrigações estatais. Contudo, dois fatos flexibilizam tais ponderações, primeiro que não há como prever ou garantir que o clube terá qualquer tipo de vantagem com um atleta em formação, e segundo que o Estado não oferece condições básicas para estes jovens.

Portanto, não consideramos como trabalho infantil as atividades desenvolvidas pelos jovens, de qualquer idade, nas categorias de base de um clube. Entretanto, sabemos da importância do trabalho do MPT, que diga-se de passagem, é oportuno e necessário.

Os excessos devem ser coibidos, as sanções devem ser aplicadas, aos clubes que desrespeitarem os direitos e as necessidades básicas dos adolescentes, mas não devemos sancionar o próprio menor, submetendo-o a uma situação pior da que vem enfrentando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 mar. 1998. Seção 1, p. 57-63.

MACHADO, Rubens Approbato et al. Curso de Direito Desportivo Sistemico: Volume II. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11937-11984.

BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ACORDO BILATERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ENTRE BRASIL E EUA COMO FORMA DE EVITAR A DUPLICIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Ana Cristina Alves de Paula

Thiago Giovani Romero

INTRODUÇÃO

Inicialmente, em 30 de junho de 2015, houve a assinatura do Acordo Bilateral de Previdência Social entre Brasil e os Estados Unidos, durante a visita oficial da ex-presidente Dilma Rousseff àquele país. Desta forma, este acordo assinado, irá garantir os direitos sociais e previdenciários de cerca 1,4 milhão de brasileiros que residem atualmente nos Estados Unidos (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015). Desta maneira, verificaremos que os brasileiros que moram em território americano, desde que cumprindo os requisitos exigidos, poderão a partir de agora, solicitar os benefícios no âmbito da Previdência Social que estão no teor do instrumento assinado pelos dois países. Vale salientar que os mesmo direitos observados aos brasileiros residentes nos Estados Unidos, também serão suportados aos americanos que residem no Brasil.

Nota-se na pesquisa (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015) divulgada no sítio oficial do Ministério da Previdência Social que o acordo assinado entre Brasil e os Estados Unidos, assim que entrar em vigor, irá conferir cobertura previdenciária a cerca de 88,60% dos brasileiros que residem no exterior.

Fato relevante é que este acordo firmado entre os dois países permitirá que haja a soma dos períodos que houve contribuições nos dois países. Assim, verificamos um alinhamento de interesses quanto à manutenção e implantação de direitos aos segurados dos benefícios previdenciários. Outra questão relevante que este acordo bilateral propõe resolver é a ocorrência da bitributação, objeto deste trabalho, em caso de deslocamento temporário.

Portando, o trabalho busca também apontar a trajetória e o aprimoramento da Previdência Social, motivo pelo qual se faz necessária a sua conceituação e análise da evolução histórica no Brasil. Esse estudo assume como sendo de vital importância a compreensão dos acordos internacionais previdenciários, que, inseridos no contexto da política externa brasileira, têm por finalidade facilitar a vida do trabalhador brasileiro ou do cidadão de um dos países conveniados, conservando seus direitos como se a contribuição previdenciária fosse feita no país de origem.

Nesta seara, pretende-se estruturar o atual posicionamento do Brasil com os Estados Unidos a fim de assegurar os direitos previdenciários dos seus nacionais residentes nos territórios brasileiro e americano. Em suma, a relevância do tema está diretamente ligada aos instrumentos de política externa utilizadas pelo governo brasileiro e a recente harmonização bilateral entre os países, que consiste em uma novidade no certame do direito internacional.

1. CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A priori, antes mesmo de tratarmos do conceito da Previdência Social, relevante compreender que os direitos ine-

rentes à Previdência Social estão elencados na legislação e na doutrina como direitos fundamentais sociais (NOLASCO, 2012). Assim, podemos verificar no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, os seguintes direitos:

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.

Corroborando o entendimento acima citado, encontramos a seguinte definição de direitos sociais empregada por José Afonso da Silva (1998). Vejamos:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Logo, podemos fazer a ligação com a ideia central de preservação da dignidade da pessoa humana, garantida também pelo instrumento constitucional. Verificamos que a base de atuação do Estado brasileiro reside nos direitos sociais que pretendem garantir a igualdade de oportunidades entre os cidadãos. Conforme o entendimento de Marisa Ferreira dos Santos (2015), os direitos sociais são destinados à redução das desigualdades sociais e regionais.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 alojou o sistema da Previdência Social em uma conjuntura que envolve as políticas públicas referentes à saúde e assistência social.

Para que possamos entender melhor tudo isso, vejamos o que traz o artigo 194, *caput*:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O entendimento do artigo acima citado traduz a seguridade social como um conjunto de ações e políticas públicas, com intuito de assegurar os mínimos necessários à sobrevivência dos segurados. De acordo com Marisa Ferreira dos Santos (2015), a solidariedade é o fundamento principal da seguridade social, que é composta pelo direito à saúde, pela assistência social e pela previdência social. Assim, nesta linha de pensamento, verificamos que as normas de proteção social têm como objetivo necessário, promover a sobrevivência do indivíduo e a manutenção da sua dignidade, nos momentos em que está acometido de doenças ou desemprego, não tendo condições de prover o seu sustento e o do seu lar.

Vale salientar, que há distinção entre assistência social e previdência social; esta é tratada como um seguro de caráter contributivo e obrigatório, que tem como objetivo o recebimento de benefícios pelo segurado em futuro determinado; aquela é uma ação financiada pelo próprio Estado, por intermédio do pagamento de tributos feitos pela sociedade, com o objetivo de suprir situações não atendidas pela Previdência.

Não obstante, consagra o artigo 201 da Constituição Federal a seguinte disposição: “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio fi-

nanceiro e atuarial”. Portanto, vislumbramos que a Previdência Social é uma espécie de poupança forçada (NOLASCO, 2015).

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Em um plano mais abstrato, tratando genericamente dos direitos sociais no Brasil, e não especificamente da Previdência Social, a Constituição Imperial de 1824 fez alusão à assistência, ainda que indefinidamente e sem disposições concretas sobre a Seguridade Social. O inciso XXXI de seu art. 179 garantia aos cidadãos o direito aos então denominados “socorros públicos”. Apesar da referida previsão, os cidadãos não dispunham de meios para exigir o efetivo cumprimento de tal garantia.

A primeira legislação específica em matéria previdenciária foi o Decreto nº 9.912 de 26 de março de 1888, que regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos correios. Por outro lado, a primeira Constituição Federal a abordar temática previdenciária específica foi a Constituição Republicana de 1981, em seus arts. 5º e 75, sendo que o primeiro dispunha sobre a obrigação de a União prestar socorro aos Estados em calamidade pública, se tal Estado solicitasse, e o segundo dispunha sobre a aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos, completamente custeada pelo Estado. Dentre os documentos legais editados sob a égide da Constituição republicana, merece destaque a Lei Elói Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682/1923), responsável pela criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários.

Já o sistema tripartite de financiamento da Previdência Social, com a participação do Estado, dos empregadores e dos empregados, foi previsto inicialmente no art. 121 da Constituição de 1934, o que significou um grande progresso de tal instituto em nosso país. A Constituição Federal de 1937, de

cunho eminentemente autoritário, não trouxe grandes inovações no plano previdenciário, a não ser o uso da expressão “seguro social”, como sinônimo da expressão Previdência Social e a instituição de seguros em decorrência de acidente de trabalho, sendo eles os seguros de vida, de invalidez e de velhice.

A Constituição brasileira de 1946 não representou nenhuma mudança de conteúdo no que tange à Previdência Social se comparada com a Constituição anterior, o que não se pode estender à legislação infraconstitucional editada sob a sua batuta, em especial com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social, a qual teve o condão de unificar todos os dispositivos infraconstitucionais relativos à Previdência Social que até então existiam. Ademais, a referida Lei Orgânica (Lei nº 3.807/1960) instituiu o auxílio-reclusão, o auxílio-natalidade e o auxílio-funeral tendo, portanto, representado grandes avanços também no plano substancial. Não obstante, é no bojo desta Constituição que cai em desuso o termo “seguro social”, o qual foi substituído, pela primeira vez em termos constitucionais no Brasil, pelo termo “Previdência Social”.

A Constituição de 1967, instituída no início do Regime Militar, trouxe algumas regras sobre a Previdência Social, especificamente no art. 158. No entanto, a maior inovação trazida pela Carta Magna foi a instituição do seguro desemprego. Ademais, importante salientar também que foi neste texto constitucional que ocorreu a inclusão do salário família no contexto previdenciário.

Sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações feitas por meio da “Super Emenda” de 1969, foram editadas várias normas referentes ao Direito Previdenciário, com destaque para a Lei n. 5.316, de 14 de setembro de 1967, a qual passou a incluir na Previdência Social o seguro de acidentes de trabalho, e o Decreto-Lei n. 564 de 1º de maio de 1969, o qual passou a contemplar o trabalhador rural na Previdência Social. No ano

de 1970, ainda foram editadas a LC n. 7 e a LC n. 8, que criaram o PIS (Programa de Integração Social) e o PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público), respectivamente.

A LC n° 11, datada de 25 de maio de 1971, teve o condão de substituir o plano básico de Previdência Social Rural pelo Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRÓ-RURAL). Já em 1972, a Lei n° 5.859, de 11 de dezembro, previu a inclusão, na Previdência Social, dos empregados domésticos. A Lei n° 6.036, de 1° de maio de 1974, desmembrou o Ministério do Trabalho e Previdência Social, dando origem ao Ministério da Previdência e Assistência Social. E o Decreto n° 77.077, de 24 de janeiro de 1976, instituiu a Consolidação das Leis da Previdência Social.

Já no ano de 1977, especificamente no dia 1° de setembro, foi editada a Lei n° 6.439, responsável pela criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), o qual possuía o escopo de propor a política de previdência e assistência médica, farmacêutica e social.

A Constituição Federal brasileira de 1988 marcou o retorno de um Estado democrático de direito no país, tendo contemplado vários direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Ela passou a tratar a Previdência Social como espécie do gênero Seguridade Social. Para proteger a todos, o constituinte uniu três direitos sociais, os quais, cada um dentro de sua área de atribuição, protegem seus destinatários e, no conjunto, todos serão protegidos (MILHORANZA, 2014). Para tanto, a Seguridade Social apresenta três faces: a saúde, que tem a finalidade mais ampla de todos os ramos protetivos porque não possui restrição de beneficiários e o seu acesso também não exige contribuição dos beneficiários; a assistência, que trata dos hipossuficientes, ou seja, daqueles que não possuem condições de prover sua própria manutenção, sem exigir deles qualquer contribuição à Seguridade Social; e a

previdência, destinada a afastar as necessidades decorrentes de contingências sociais que reduzem ou eliminam a capacidade de auto sustento dos segurados e/ou de seus dependentes.

Assim, a maior inovação na atual Ordem Constitucional é que a previdência e a assistência social são integrantes da Seguridade Social, desvinculando a ordem social da ordem econômica. Os direitos relativos à Previdência Social, inclusos entre os chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão, por força do disposto no art. 60, §4º, II, da CF/88, constituem cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por meio de emenda constitucional.

Conforme Lincoln Nolasco, o Sistema Nacional de Seguridade Social possui a finalidade precípua de assegurar o bem-estar e a justiça sociais, para que, desta forma, ninguém seja privado do mínimo existencial, ou seja, para que a todos os cidadãos seja assegurado o princípio da dignidade humana (NOLASCO, 2015).

3. COBERTURA PREVIDENCIÁRIA AOS BRASILEIROS RESIDENTES NO EXTERIOR

A Previdência Social, presente em todo o Brasil por meio das Agências da Previdência Social (APS), é um seguro social que tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados, tendo como missão proteger o trabalhador quando ele perde a capacidade laborativa, seja por doença, invalidez ou por idade avançada. É por meio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), [autarquia do Governo Federal do Brasil](#) vinculada ao [Ministério da Previdência Social](#), que o cidadão estabelece contato com a Previdência Social para se inscrever e contribuir mensalmente, bem como solicitar benefícios.

De acordo com o Ministério das Relações Exteriores (2015), atualmente, cerca de 3,123 milhões de brasileiros moram fora do

país. Ademais, segundo pesquisa da Catho, site de classificados de emprego, o percentual de profissionais que aceitariam uma vaga em outros países passou de 75,9% em 2014 para 79,2% em 2015, o que demonstra o grande interesse desse tema para os brasileiros. Sabendo que tão importante quanto planejar melhores condições salariais é manter a contribuição previdenciária em outro país, destacam-se os acordos internacionais previdenciários, que funcionam como um mecanismo de cooperação de informações sobre os segurados brasileiros que residem lá fora.

No Brasil, os Acordos se aplicam aos segurados e seus dependentes sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social dos Países Acordantes, abrangendo os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), vigorando somente após o processo de ratificação pelo Congresso Nacional e a publicação de decreto presidencial.

Os referidos Acordos Internacionais de Previdência Social têm por objetivo principal garantir aos respectivos trabalhadores e dependentes legais, residentes ou em trânsito em determinado país, os direitos de Previdência Social previstos na legislação do respectivo país, ao computar os tempos de contribuição tanto no Brasil quanto no exterior para totalização de períodos, com vistas à solicitação de um benefício previdenciário, relativamente aos eventos (conforme especificado em cada Acordo) (CONTEÚDO TRABALHISTA, 2012):

- Incapacidade para o trabalho (permanente ou temporária);
- Acidente do trabalho e doença profissional;
- Tempo de contribuição;
- Velhice;
- Morte.

De acordo com a Secretaria de Políticas de Previdência Social, os motivos pelos quais o Governo brasileiro firmou

Acordos Internacionais com outros países enquadram-se em pelo menos uma das seguintes situações (IPREV, 2015):

- Elevado volume de comércio exterior;
- Recebimento no País de investimentos externos significativos;
- Acolhimento, no passado, de fluxo migratório intenso;
- Relações especiais de amizade.

Quanto às prestações dos acordos internacionais, Helmut Schwazer, apud Carolina Sautchuk [Patrício \(2013\)](#), entende que

os acordos criam a possibilidade de que o indivíduo que migre dentre países possa: (i) ter acesso a assistência médica, (ii) usufruir, em um país acordante, caso esteja em exercício de trabalho temporário ou, ainda, sob algumas condições especiais adicionais, benefícios do regime geral de previdência social do próprio país de origem; e (iii) requerer benefícios previstos no regime geral de previdência do país para onde o trabalhador emigrou, computando, para tanto, inclusive o tempo de contribuição no país de origem e, ainda, em alguns casos, o tempo de contribuição em países terceiros que, por sua vez, tenham acordo com qualquer dos Estados- parte do acordo em tela.

Para Priscila Gonçalves de Castro, apud Carolina Sautchuk [Patrício \(2013\)](#), os principais problemas que dificultam a elaboração dos acordos internacionais são a divergência dos regimes previdenciários nos países; a incidência de tributação na transferência de valores entre países; a mudança constante da legislação previdenciária; a indisponibilidade dos países de

pagar um benefício a uma pessoa que vive em outro Estado; o período de carência para receber determinado benefício, podendo ou não contar com o período contributivo do outro país e a compensação das contribuições previdenciárias.

Cada um dos países é livre para analisar os pedidos de benefícios apresentados e decidir se o cidadão faz jus ou não àquele direito solicitado, conforme sua própria legislação e o Acordo firmado. Necessário esclarecer que os períodos de contribuição não são transferidos de um país para o outro, mas sim totalizados quando necessário para completar a carência que dará direito ao benefício solicitado (desde que previsto no acordo). O valor a ser pago será proporcional ao tempo de contribuição em cada país e em relação ao tempo totalizado (RESTOM, 2015).

Dessa forma, os pedidos apresentados serão analisados pelos serviços competentes de cada país, que decidirão quanto ao direito a ser concedido e às condições a serem cumpridas, nos termos do respectivo acordo, sem implicar na modificação das legislações locais. O segurado/beneficiário filiado à Previdência Social do país onde reside estará coberto, portanto, pelo sistema previdenciário daquele país, contando ainda com as contribuições pagas à Previdência Social do Brasil. Aqui, o requerimento será formalizado em uma das Unidades/Agências da Previdência Social, conforme a residência do requerente, e encaminhado ao Organismo de Ligação correspondente.

Todavia, caso o cidadão brasileiro resida em país com o qual o Brasil mantém acordo, mas por algum motivo esteja impossibilitado de se filiar à previdência local, ou resida em país com o qual o Brasil não mantenha acordo internacional, deverá se inscrever – pessoalmente ou pela internet – no INSS e contribuir na qualidade de segurado facultativo, se não estiver prevista sua vinculação como segurado obrigatório, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.213/91 (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2015).

Mantendo as contribuições em dia, fará jus às aposentadorias por invalidez, por idade e por tempo de contribuição, auxílio-doença e salário-maternidade, bem como à pensão por morte e ao auxílio-reclusão para seus dependentes. Afinal, a própria legislação previdenciária brasileira vigente não diferencia o trabalhador brasileiro do brasileiro residente ou domiciliado no exterior, estabelecendo que é segurado facultativo o maior de 16 anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), mediante contribuição, desde que não seja segurado obrigatório e nem filiado a regime previdenciário do país com o qual o Brasil mantenha acordo internacional.

No entanto, não será possível somar os tempos de contribuição do Brasil e do país em que se reside. Neste caso, o pagamento das contribuições deve ser efetuado no Brasil, por meio da Guia da Previdência Social (GPS) ou por débito em conta corrente (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2015). Já o requerimento e o recebimento de benefícios são realizados exclusivamente nas APS, caso em que o segurado deverá constituir procurador. Enquanto residir no exterior, o segurado deve encaminhar um atestado de vida anualmente para o consulado, tal como fazer o recadastramento quando solicitado e informar qualquer alteração em seus dados cadastrais para os órgãos de competência.

Se o trabalhador estiver no exterior a serviço de sua empresa, esta deverá continuar efetuando a contribuição correspondente no Brasil. No entanto, se for obrigatória a contribuição no país de domicílio, o trabalhador deverá também fazê-la (CONTEÚDO TRABALHISTA, 2015).

Ao retornar ao Brasil, o cidadão brasileiro, contribuinte ou não, deverá regularizar sua situação junto à Previdência Social para requerer algum benefício no INSS, desde que entregue os documentos comprobatórios das contribuições vertidas na época em que esteve naquele país pelo instituto previdenciário

local e apresente sua carteira de identidade, CPF, comprovante dos recolhimentos no Brasil e comprovante de residência.

4. ACORDOS INTERNACIONAIS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NO CONTEXTO DA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA

A globalização e as oportunidades de trabalho no exterior atraem brasileiros de diferentes idades, profissões e classes sociais. Todavia, aqueles países mais resistentes às imigrações estão reforçando posições conservadoras e restringindo a entrada de imigrantes e refugiados.

Os acordos internacionais se inserem no contexto da política externa brasileira, conduzida pelo Ministério das Relações Exteriores, e resultam de iniciativas do Ministério da Previdência Social e de entendimentos diplomáticos entre governos (VENTURA, 2015). Afinal, o artigo 49 da Constituição Federal de 1988 dispõe: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional – I. resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais graves ao patrimônio nacional [...]”; e o artigo 84, item VIII, enuncia que: “Compete privativamente ao Presidente da República – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Essa competência foi disciplinada pelo art. 6º da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 23 de maio de 1969. Portanto, em virtude de sua qualidade de sujeito do Direito das Gentes, o Estado possui capacidade para celebrar tratados, o que consiste em uma manifestação de sua personalidade jurídica internacional (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, 2001).

Segundo informações da área técnica do Ministério da Previdência, o procedimento para utilizar um Acordo Internacional de Previdência Social ocorre no momento do requerimento

do benefício previdenciário, deslocamento temporário ou pedido de transferência de benefício para pagamento no exterior:

[...] o interessado deve procurar a instituição previdenciária do país de residência e o local onde deve ser protocolado o pedido. No caso do requerimento de um benefício, as instituições previdenciárias se comunicam para a troca de documentos e informações sobre períodos de contribuição. Os documentos apresentados pelo segurado referentes à contribuição serão avaliados e confirmados pela instituição previdenciária daquele mesmo local (RESTOM, 2015).

Urge a superação da falta de informações pelos segurados e aposentados da Previdência Social que moram no exterior, bem como da demora dos entes governamentais (do Brasil e do país da origem do vínculo) no fornecimento dos documentos solicitados pelos segurados (RESTOM, 2015). Caso haja um impasse por parte do INSS, o Judiciário deve ser acionado para resolver qualquer controvérsia existente.

Atualmente o Brasil tem acordos bilaterais firmados com 10 países, além de acordos multilaterais em que são acordantes mais de três países.

4.1 ACORDO BRASIL-PORTUGAL

A Assembleia da República Federativa do Brasil resolveu, nos termos dos artigos 164, alínea “j”, e 169, inc. V, da Constituição Federal, aprovar o Acordo de Segurança Social ou Seguridade Social entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, bem como o respectivo Ajuste Administrativo, assinados em Brasília, em 7 de maio de 1991 (RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA n° 54/94, 1994).

Hoje está em vigor o Decreto n° 1457/95 (substituto do Acordo de Previdência Social de 1969), que define todos os pormenores para a utilização do acordo por parte de brasileiros e portugueses e produz efeitos no território dos dois países.

O Acordo abrange essencialmente os nacionais portugueses e brasileiros (podendo abranger também nacionais de outros países que tenham contribuído para a Segurança Social em Portugal e/ou no Brasil) e visa aplicar de forma coordenada, com vistas à concessão de benefícios, as legislações dos dois países, a saber (CONSULADO GERAL DE PORTUGAL NO BRASIL, 2015):

- Quanto ao Brasil, a legislação sobre assistência médica, incapacidade laborativa temporária, aposentadoria por idade avançada ou por tempo de contribuição, invalidez, pensão por morte, salário-família, e doenças profissionais;
- Quanto a Portugal, a legislação sobre prestações de doença e maternidade pensões de invalidez e velhice, prestações por morte, prestações familiares, acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Segundo Catarino Alves, os trabalhadores dos dois países que recolhem contribuições à previdência têm direito a todos os benefícios oferecidos pelo sistema previdenciário. É preciso que o trabalhador esteja legalmente registrado e em dia com suas contribuições, sendo-lhe permitido contabilizar o tempo trabalhado no Brasil para obter benefícios em Portugal, assim como de lá retornar e utilizar aqui o tempo trabalhado em Portugal, desde que solicite a uma agência do INSS (ALVES, 2015).

A solicitação de transferência de benefício, mantida sob a legislação brasileira, poderá ser requerida pelo beneficiário, para Portugal. Todavia, neste caso, o segurado deverá, antes da mudança ou viagem prolongada, solicitar a trans-

ferência junto à Agência da Previdência Social (APS), onde o benefício está mantido.

Quando o segurado retornar ao Brasil, deverá informar à Agência da Previdência Social mais próxima de seu novo endereço. Tais procedimentos devem ser obedecidos, a fim de evitar a suspensão do pagamento do benefício.

4.2 ACORDO BRASIL-JAPÃO

O levantamento do Ministério da Previdência Social sobre a população brasileira em países com os quais o Brasil já negociou acordos de Previdência Social revela que no Japão existe uma concentração de 7,38% de brasileiros que moram fora (RESTOM, 2015). Por isso é que foi firmado um Acordo Previdenciário entre Brasil e Japão, o qual estava sendo elaborado desde 2004. Entretanto, apenas em 2010 o acordo foi redigido e somente após dois anos o mesmo entrou em vigor. Ou seja, em março de 2012 foi promulgado o Decreto n° 7.702, que regulamentou os direitos previdenciários dos trabalhadores brasileiros que trabalham no Japão e dos japoneses que trabalham no Brasil.

Tem direito à utilização do acordo entre Brasil e Japão a pessoa que esteja contribuindo ou tenha contribuído para Previdência Social do Brasil (Regime Geral de Previdência Social e Previdência do Servidor Público) ou do Japão (*kokumin nenkin e kousei nenkin*) (ACORDO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASIL-JAPÃO, 2010).

Consoante este acordo, os brasileiros residentes no Japão e os japoneses residentes no Brasil terão direito à aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, prevendo a soma dos tempos de contribuições dos brasileiros que trabalham e trabalharam no Japão e dos japoneses que trabalham ou trabalharam no Brasil.

Em resumo, o acordo regulamenta a soma do tempo trabalhado nos dois países (denominada como cálculo de totalização) quando o tempo de contribuição não atingir o tempo mínimo exigido para o pedido de aposentadoria, para completar a carência necessária para obter o direito ao benefício pretendido.

Um benefício será concedido pelo sistema de contagem por períodos independentes quando o período de contribuição cumprido em um dos países acordantes for suficiente para a concessão do benefício pleiteado, dispensando a utilização do tempo contribuído em outro país (ACORDO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASIL-JAPÃO, 2010). Os benefícios recebidos no Brasil serão pagos em reais e os benefícios recebidos no Japão, em ienes. Destaque-se que o beneficiário poderá optar em qual país deseja receber o benefício.

O acordo estabelece ainda que o deslocamento temporário nada mais é que a possibilidade do imigrante temporário contribuir apenas com o seu país de origem, facilitando, assim, o processamento do seu pedido de concessão de benefício e evitando que haja a bitributação. Por fim, o Acordo possibilita a restituição proporcional das contribuições para a Previdência Social ao segurado estrangeiro que retornar ao seu país de origem (desde que renuncie à utilização do período contributivo para fins de aposentadoria).

4.3 ACORDO IBEROAMERICANO

O Brasil é signatário de três Acordos Multilaterais: Iberoamericano, Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai) e CPLP (Comunidade de Língua Portuguesa).

O Bloco Ibero-Americano é formado por 22 países da América Latina e da Península Ibérica, sendo composto por Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua,

Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Principado de Andorra, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Contudo, o acordo Iberoamericano está em vigor apenas na Bolívia, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Espanha, Paraguai, Portugal e Uruguai.

O Acordo de Aplicação da Convenção Multilateral Iberoamericana de Segurança Social foi elaborado em 10 de novembro de 2007, na cidade de Santiago do Chile, pela XVII Cúpula Iberoamericana de Chefes de Estado e de Governo, sendo assinado pelo Brasil em novembro do mesmo ano e ratificado em outubro de 2009, entrando em vigor em maio de 2011 (CONVENÇÃO MULTILATERAL IBERO-AMERICANA DE SEGURANÇA SOCIAL, 2011). Tal documento pretende beneficiar cerca de 5 milhões de cidadãos, dentre eles cerca de 1 milhão de brasileiros.

Conforme artigo de Carolina Sautchuk [Patrício \(2013\)](#), os cidadãos abrangidos pelos regimes de previdência destes países terão direito a prestações pecuniárias por invalidez, por velhice, por sobrevivência, por acidentes de trabalho e doenças profissionais. O mencionado acordo não incluiu as prestações da assistência social e assistência à saúde.

Para Larissa Martins Lamera, apud Carolina Sautchuk [Patrício \(2013\)](#),

o Acordo Multilateral Ibero-americano não revoga as disposições dos acordos multilaterais em vigor entre esses países, mas determina que sejam aplicáveis as disposições que se mostrem mais favoráveis mediante aplicação de um ou de outro convênio.

No caso de existência de dois acordos vigentes entre os países componentes do bloco, aplicam-se as disposições mais favoráveis ao segurado, com o objetivo de que ele e seus dependentes possam gozar dos benefícios gerados com o seu tra-

balho nos países receptores, levando em consideração que a realidade atual aconselha a promoção da cooperação no espaço internacional e, em especial, a proteção social na Comunidade Iberoamericana, onde já existe um profundo acervo comum a nível cultural, econômico e social (CONVENÇÃO MULTILATERAL IBERO-AMERICANA DE SEGURANÇA SOCIAL, 2011).

5. DO ACORDO BRASIL-ESTADOS UNIDOS

Como tema principal do presente trabalho, no dia 30 de junho de 2015, durante a visita oficial da presidente brasileira Dilma Rousseff aos Estados Unidos, houve a assinatura do Acordo Bilateral de Previdência Social entre os dois países. De acordo com a divulgação de dados pelo governo brasileiro, este acordo garantirá a proteção de cerca de 1,4 milhão de brasileiros que residem nos Estados Unidos (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015).

Obviamente, para que os brasileiros residentes nos Estados Unidos possam se beneficiar deste acordo devem cumprir os critérios para que possam solicitar os benefícios previdenciários. Não menos importante vale mencionar que por ser um acordo bilateral, os americanos residentes no Brasil passam a ter o mesmo direito no âmbito da Previdência Social, conforme o artigo 4º do acordo bilateral:

Artigo 4 - Igualdade de Tratamento e Exportação de Benefícios

1. Uma pessoa mencionada no Artigo 3 deste Acordo e que resida no território de um Estado Contratante receberá tratamento igual ao dispensado aos nacionais do segundo Estado Contratante residente no primeiro Estado Contratante no que se refere à aplicação da legislação do segundo Estado Contra-

tante quanto à aquisição do direito a ou ao pagamento de benefícios.

2. Salvo disposição contrária neste Acordo, qualquer disposição da legislação de um Estado Contratante que restrinja a aquisição de direito a ou o pagamento de benefícios unicamente pelo fato de a pessoa residir fora ou estar ausente do território daquele Estado Contratante não será aplicada às pessoas que residam no território do outro Estado Contratante.

Não menos importante, existe a previsão legal, na seara do acordo bilateral, sobre as disposições comuns dos benefícios entre os dois países. De acordo com o artigo 8º, segue: “Instituição Competente de um Estado Contratante levará em consideração períodos de cobertura reconhecidos sob a legislação do outro Estado Contratante”.

O presente acordo traz em seu teor, decisões importantes a respeito da matéria previdenciária, como a soma dos períodos de contribuição, que a partir de agora poderá ser realizada nos dois países (Brasil e Estados Unidos), com o objetivo de implantar e manter os direitos sociais no âmbito dos benefícios previdenciários; outro ponto marcante é a diretriz para evitar a ocorrência da bitributação nos casos de deslocamento temporário. Para que haja um melhor entendimento, vejamos: “será possível a utilização dos períodos de contribuição em um dos países para atingir o tempo necessário para obter o benefício em qualquer dos Estados que firmam o acordo” (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015).

5.1 SOMA DOS PERÍODOS DE CONTRIBUIÇÃO

Uma das principais abordagens do acordo realizado entre Brasil e Estados Unidos, versa sobre a possibilidade de somar os

períodos de contribuição. Assim, será a legislação brasileira que trará os períodos certos de cobertura para que sejam completados, a fim de adquirir, manter e recuperar o direito aos benefícios de aposentadoria por idade, pensão por morte ou aposentadoria por invalidez (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015).

Já os períodos de cobertura no âmbito da legislação americana, devem ser somados apenas quando realmente for necessário. Complementa o artigo 7º do acordo, segue: “aos períodos de cobertura cumpridos sob a legislação brasileira, desde que estes não se sobreponham com períodos de cobertura já creditados de acordo com as leis brasileiras” (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015).

Por fim, outra característica relevante é que ao ser determinado o direito aos benefícios, a autoridade norte-americana deverá creditar um trimestre de cobertura para cada 3 (três) meses de cobertura certificados pela autoridade brasileira (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015).

“Período de cobertura” significa um período de recolhimento de contribuições ou um período de rendimentos do trabalho ou de atividade autônoma, conforme definido ou reconhecido como sendo período de cobertura pelas leis sob as quais tal período o tenha sido completado, ou qualquer período semelhante desde que seja reconhecido pela legislação mencionada como equivalente a um período de cobertura (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015).

5.2 CÁLCULO DO VALOR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Merece destaque a abordagem sobre a maneira que o valor do benefício previdenciário será calculado, deverá obedecer à legislação brasileira, mas observar a proporção ao tempo trabalhado em cada país.

Frisa-se que o acordo assinado não irá gerar encargos financeiros extras para nenhuma dos países acordantes. Isto porque, o benefício que será pago ao segurado residente será proporcional ao período que aquele contribuiu em cada um dos países.

Vale salientar que todo o controle entre os Estados será realizado por meio de medidas administrativas (artigo 9) e por meio de assistência mútua entre os dois países (artigo 10), realizadas através das Autoridade competentes ou das Instituições competentes dos Estados contratantes. Nota-se que a assistência mútua deve ser prestada gratuitamente, salvo as exceções a serem acordadas em um possível Ajuste Administrativo.

5.3 PERMISSÃO DO DESLOCAMENTO TEMPORÁRIO E A BITRIBUTAÇÃO

A permissão do deslocamento temporário foi tratada logo no Artigo 5, item 4, do acordo bilateral Brasil e Estados Unidos:

4. Um empregado que tenha concluído um período de cinco anos de deslocamento sob a legislação de um Estado Contratante de acordo com o parágrafo 2 ou 3 deste Artigo poderá apenas ser qualificado para uma isenção por deslocamento adicional após terem sido completados seis meses de ausência do território de tal Estado Contratante.

Estamos diante de um empregado, que foi transferido ou enviado para trabalhar em outro país, mas continua dentro do quadro de funcionários da mesma empresa, desde que tenha concluído um período de cinco anos de deslocamento sob a legislação de um Estado Contratante, poderá ser qualificado para uma isenção por deslocamento adicional após terem sido completados seis meses de ausência do território de tal Estado Contratante. O termo “deslocamento adicional” não foi definido pelo acordo (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015).

Ou seja, verificamos que os países tentam evitar a ocorrência da chamada bitributação. Isto porque, antes do acordo ser elaborado, havia a obrigação de contribuir com a Previdência de ambos os países.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contribuintes da Previdência Social no Brasil que também tenham efetuado este tipo de contribuição nos países com os quais o país mantém acordos internacionais previdenciários podem requerer os benefícios oferecidos pelo órgão, inclusive aposentadoria, contabilizando todo o tempo de contribuição.

Os acordos estabelecem uma relação de prestação de benefícios previdenciários, não implicando na modificação da legislação vigente no país. Cumpre a cada Estado contratante analisar os pedidos de benefícios apresentados e decidir quanto ao direito e condições, conforme sua própria legislação aplicável.

A nova tratativa que abarca a Previdência Social entre Brasil e Estados Unidos pode ser encarada como um avanço para os problemas mais recorrentes de brasileiros que moram no exterior. Isto porque existe uma vasta lacuna de informações, principalmente sobre a comprovação das atividades exercidas no exterior.

Notamos que a normatização proposta no acordo bilateral aborda e resolve os mais diversos impasses como a somatória dos períodos de contribuições realizados nos dois países, com o objetivo principal de evitar que ocorra a duplicidade da contribuição previdenciária (bitributação) nos casos de deslocamento temporário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Catarino. O acordo previdenciário entre o Brasil e Portugal, 2015. Disponível em: <<http://www.consultor-online.com/2010/09/brasil-e-portugal-acordo-previdenciario.html>> . Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Acordo de Previdência Social entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América, 2015. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/Brasil_EUA-port.pdf. Acesso em 31 out 2015.

_____. Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social, 2011. Disponível em: < http://www3.dataprev.gov.br/sislex/imagens/paginas/02/2011.05.19_AneXos-Assinado_Iberoamericano.pdf > . Acesso em: 29 out. 2015.

_____. Ministério da Previdência e Assistência Social. Acordos internacionais de previdência social. Brasília: MPAS: 2001. 180p. Coleção previdência social, 2001. Disponível em: < http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20sem%20numero/Acordos%20Internacionais%20com%20Brasil_previdencia.pdf > . Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Ministério da Previdência Social. [Brasil assina Acordo de Previdência Social que beneficia cerca de 1,4 milhão de brasileiros residentes nos EUA](http://www.previdencia.gov.br/2015/06/internacional-brasil-assina-acordo-de-previdencia-social-que-beneficia-cerca-de-14-milhao-de-brasileiros-residentes-nos-eua/), 2015. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2015/06/internacional-brasil-assina-acordo-de-previdencia-social-que-beneficia-cerca-de-14-milhao-de-brasileiros-residentes-nos-eua/>. Acesso em 31 out 2015.

_____. Ministério das Relações Exteriores. Previdência Social. Disponível em: < http://retorno.itamaraty.gov.br/pt-br/previdencia_social.xml > . Acesso em: 30 out. 2015.

CASTRO, Priscila Gonçalves de. Teoria geral do direito internacional previdenciário: acordos internacionais no direito previdenciário brasileiro, teoria e prática. São Paulo: Ltr, 2011. p. 122. In: PATRÍCIO, Carolina Sautchuk. Globalização no direito previdenciário: acordos internacionais e suas principais abrangências. Disponível em: < <http://patricioadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/111821601/global> > .

lizacao-no-direito-previdenciario-acordos-internacionais-e-suas-principais-abrangencias > . Acesso em: 30 out. 2015.

Conteúdo Trabalhista, 2015. Disponível em: < http://www.sitesa.com.br/contabil/conteudo_trabalhista/procedimentos/p_previdencia/a05.html > . Acesso em: 30 out. 2015.

IPREV, Instituto de Estudos Previdenciários. Disponível em: < <http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/6377/t/acordos-internacionais> > . Acesso em: 30 out. 2015.

JAPÃO. Acordo de Previdência Social Brasil-Japão, 2010. Disponível em: < http://www.consbrashamamatsu.jp/phoca-download/ETB/Cartilha_2014/11.4-Acordo_da_Previdencia_Social_Brasil_Japao.pdf > . Acesso em: 29 out. 2015.

LAMERA, Larissa Martins. Acordos Internacionais de Previdência Social. In: PATRÍCIO, Carolina Sautchuk. Globalização no direito previdenciário: acordos internacionais e suas principais abrangências. Disponível em: < <http://patricioadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/111821601/globalizacao-no-direito-previdenciario-acordos-internacionais-e-suas-principais-abrangencias> > . Acesso em: 30 out. 2015.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A seguridade social e a previdência na Constituição Federal de 1988. 2014. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/262-artigos-abr-2014/6481-a-seguridade-social-e-a-previdencia-na-constituicao-federal-de-1988> > . Acesso em: 30 out. 2015.

NOLASCO, Lincoln. Evolução histórica da previdência social no Brasil e no mundo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11335&revista_caderno=20 > . Acesso em out 2015.

PORTUGAL. Consulado Geral de Portugal no Brasil, 2015. Disponível em: <<http://consuladoporugal.org.br/dados-sobre-portugal/tratados-e-acordos-entre-portugal-e-brasil/informacoes-sobre-o-acordo-de-seguranca-social-entre-portugal-e-brasil/>> . Acesso em: 29 out. 2015.

_____. Resolução da Assembleia da República nº. 54/94, 1994. Disponível em: <<http://www.embaixadadeportugal.org.br/docs/acordo.pdf>> . Acesso em: 30 out. 2015.

RESTOM, Thaís. Brasileiros que moram no exterior podem contribuir para a Previdência, 2015. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/1616391/brasileiros-que-moram-no-externo-podem-contribuir-para-previdencia>> . Acesso em: 30 out. 2015.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado; coord. Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHWARZER, Helmut. Migrações Internacionais e a Previdência Social. In: PATRÍCIO, Carolina Sautchuk. Globalização no direito previdenciário: acordos internacionais e suas principais abrangências. Disponível em: <<http://patricioadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/111821601/globalizacao-no-direito-previdenciario-acordos-internacionais-e-suas-principais-abrangencias>> . Acesso em: 30 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VENTURA, Hélio. INSS explica como obter benefícios dos acordos internacionais, 2015. Disponível em: <<http://www.brasilportugal.org.br/ce/noticia/81,inss-explica-como-obter-beneficios-dos-acordos-internacionais.html>> . Acesso em: 30 out. 2015.

O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO: IMPACTOS NA QUALIDADE DE VIDA DOS IDOSOS APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Camila Rabelo de M. S. Arruda

Paulo Lage Barboza de Oliveira

José Augusto de Queiroz Pereira Neto

INTRODUÇÃO

O papel do idoso na sociedade vem mudando consideravelmente ao longo dos anos, com o envelhecimento da sociedade e com o aumento da expectativa de vida que aumentou consideravelmente nas últimas décadas.

O aumento do número de aposentados fez com que a previdência se tornasse um desafio para os administradores, com a inversão da pirâmide etária e o aumento do desemprego no país, houve uma nova demanda de alteração ao sistema previdenciário, que está em tramitação no Congresso Nacional, com o escopo de aumentar a idade para a aposentadoria, visando manter a saúde e a própria sobrevivência dos fundos previdenciários.

Muitas famílias contam como única fonte de renda a aposentadoria dos idosos, gerando em muitos dos casos, a necessidade de que esses aposentados tenham de voltar ao

mercado de trabalho, a fim de complementar a renda familiar e cooperar, ainda mais, com a manutenção de seus familiares.

Tendo em vista a necessidade de continuar trabalhando formalmente, ou seja, de carteira assinada, e em vista da obrigatoriedade de novo recolhimento de verbas previdenciárias, criou-se o instituto da **desaposentação**, que é um mecanismo usado para aumentar o valor da aposentadoria dos que retornaram à ativa, mesmo já figurando como aposentado.

Por continuar a contribuir para a previdência e assim acumular um tempo de contribuição maior, muitos destes brasileiros, acabavam indo à Justiça para pedir o recálculo da aposentadoria. Para fazer isso, eles abriam mão de sua aposentadoria e ingressavam com o pedido de uma nova, dando-se a tal instituto o nome de “desaposentação”.

Diversos destes ex-aposentados que voltaram à ativa ingressaram com demandas e saíram delas vencedores, obtendo, com isso, a revisão dos valores percebidos a título de aposentadoria, tudo isto, antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal analisar a controvérsia, não sendo possível, no entanto, precisar o número de beneficiados com tais decisões nas últimas décadas.

A ideia, deste modo, é verificar de que forma a mudança de paradigma feita pelo STF, que impediu a desaposentação, interferiu na qualidade de vida dos idosos que buscavam este instituto, intentando:

- Estabelecer a importância da Seguridade Social assegurada na CRF/88.
- Verificar os fatores que levaram os aposentados e retornarem ao mercado de trabalho;
- Estabelecer a importância do instituto da desaposentação na melhoria da renda das famílias.
- Analisar os impactos da decisão do STF no direito individual do trabalhador.

Com uma pesquisa bibliográfica e revisão da legislação pertinente, em livros, dicionários, revistas especializadas, periódicos e jornais, analisa-se os dados de acordo com a Constituição da República, o Estatuto do Idoso e a decisão do Supremo acerca do instituto em debate.

1. A IMPORTÂNCIA DA SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 define um modelo de proteção social configurado como um sistema de seguridade social. Envolve a previdência social (elaborada nos moldes de seguro social), a assistência social (entendida como direito e não como filantropia) e a saúde. Ou seja, busca-se articular os direitos contributivos e transferências de renda não contributivas vinculadas à assistência social sob a égide dos direitos sociais. Assim, a assistência social integra o sistema de seguridade social como política pública não contributiva. É, portanto, direito do cidadão e dever do Estado.

Com a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em 1993, esta foi reconhecida como política pública de seguridade social, tornando-a responsável pela oferta de proteção social não contributiva à população socialmente mais vulnerável; pela gestão compartilhada da implantação dos conselhos e criação dos fundos de assistência social nas três esferas de governo; pela elaboração dos Planos Municipais de Assistência Social (PMAS); pela criação de instâncias de pactuação e realização de conferências nos três níveis governamentais, as quais concretizaram grandes fóruns de discussão, participação e consensos na evolução dessa política.

A assistência social visa a garantir proteção social efetiva a todos os que dela necessitam, independentemente de qualquer contribuição prévia. Isso significa que qualquer

indivíduo brasileiro tem direito aos benefícios, serviços, programas e projetos socioassistenciais sem o caráter contributivo, o que permite eliminar ou reduzir os níveis de vulnerabilidade e/ou fragilidade social.

Os serviços da política de assistência social são balizados na centralidade da família e nos territórios. A família é percebida como sujeito estratégico no amparo social de seus membros e também como alvo prioritário de proteção.

O princípio da matricialidade sociofamiliar considera a família o núcleo social básico de acolhida, convívio, autonomia, sustentabilidade e protagonismo social do idoso.

Na Política Nacional de Assistência Social ocorre uma divisão de tarefas e responsabilidades, sem, no entanto, reduzir a importância das instâncias nacional, estadual e/ou municipal.

Como projeto governamental de renda mínima, foi criado o Benefício de Prestação Continuada (BPC) que é um direito constitucional regulamentado pela LOAS no valor de um salário mínimo para idosos com 65 anos ou mais e pessoas com deficiência que comprovem renda familiar inferior a um quarto do salário mínimo, ou seja, sem condições de prover sua subsistência, não atingindo, pois, o mínimo existencial para sobrevivência. Não se trata de uma aposentadoria ou pensão, mas de um benefício assistencial, cujo beneficiário não precisa ter contribuído anteriormente para a Previdência Social. Em mais de 70% dos casos direcionados ao sustento da família, representa, para a população idosa, o principal programa de prestação social operado por meio de transferência de renda.

Diante desse novo paradigma, as ações de assistência social dividem-se em duas categorias de atenção, de acordo com a natureza ou o tipo e complexidade do atendimento: proteção social básica e proteção social especial. Cada uma das proteções conta com equipamentos que caracterizam o

direito assistencial, espaços físicos públicos onde são desenvolvidas atividades de proteção à família e ao indivíduo.

2. OS FATORES SOCIAIS PARA A CONTINUIDADE NO MERCADO DE TRABALHO

O instituto da aposentadoria somado ao crescimento da expectativa de vida, neste ponto, destacando-se a do brasileiro que aumentou, em 2016, para 75,5 anos¹, acabou por criar uma nova faixa etária de indivíduos – os aposentados – que passaram a se situar como uma das maiores parcelas do Brasil. Com isso, em razão de que referida categoria de idosos se associa à noção de decrepidez e degradação, o termo “terceira idade” foi criado com a intenção de remover, ou ao menos reduzir o estigma existente com relação a eles. (KERTZMAN, 2004).

A expressão teve berço inicialmente nos anos 70, na França, e tem por finalidade a de irradiar uma ideia de envelhecimento ativo, desvinculando-se da situação da aposentação.

O aumento da perspectiva de vida é uma tendência mundial. Isso se dá devido a vários fatores. Dentre eles, podemos citar os avanços tecnológicos e em especial na medicina, o saneamento básico, a educação e a cultura. Todos esses fatores somados possibilitaram sobremaneira a melhoria da qualidade de vida dos idosos, que passaram a gozar de mais respeito social. É certo que existem algumas exceções, concernentes a países que vivem em estado de miséria e guerras. Mas esse não tem sido o caso vivenciado pelo Brasil. (Poletti, 2010).

1. Fonte: Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4793049/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-755-anos>>

Neste ponto, temos que por meio de maciças campanhas, como a de vacinação, além de fornecimento de água potável, implementação de políticas sanitárias, de saneamento básico, bem como a melhoria das condições de habitabilidade.

A vida em sociedade se conecta de forma íntima à constituição da família e à própria ideia de trabalho, de modo a obter os ganhos necessários à subsistência do referido grupo.

A aposentadoria, sob este prisma da constituição do lar, acaba por revelar verdadeira ameaça, no sentido de que reduz a capacidade geradora de receita para a família, não havendo, como se sabe, uma preparação para esta inevitável fase da vida do ser humano, tendo o indivíduo de paralisar sua rotina criada por um longo período de cerca de trinta anos (POLETTINI, 2010, 3142).

Certo também que nestes trinta anos, o indivíduo se mantém ocupado com estes dois fatores: a família e seu trabalho, o que torna a aposentação por demais frustrante, por revelar uma radical alteração em sua rotina, com a mitigação de sua receita, o ócio e a perda do *status* e, conseqüentemente, da importância na sociedade, sendo um sonho cada vez mais utópico a aposentadoria com a manutenção do mesmo padrão de vida anterior, sendo certo que “A grande maioria dos aposentados de média e baixa renda dependem do quanto o Estado lhe paga para sobreviver e sustentar seus dependentes” (POLETTINI, 2010, p. 3143).

Verifica-se, pois, que “é preciso superar a visão capitalista que dá valor apenas ao ser humano enquanto este for capaz de produzir e reproduzir o capital” (RAMOS, 2000, p. 191 apud SANTIN, 2007, p. 8).

O mercado de trabalho brasileiro produz uma série de distorções, muitas funções discriminam os idosos, mesmo aqueles que gozam de plena saúde e condições de trabalho. Empresas que acabam demitindo os idosos e contratando funcionários mais novos, que no entendimento deles, seriam improdutivos. O desemprego na terceira idade, faz com que os idosos que

ainda não tem idade de aposentadoria, precisem buscar novas funções ou até a informalidade.

3. NOÇÕES BÁSICAS DA DESAPOSENTAÇÃO

Com o propósito de aumentar a renda advinda da aposentadoria, com a manutenção do trabalhador na ativa, com carteira assinada, mesmo já aposentado. Em vista do retorno à ativa, o trabalhador voltava a contribuir para o INSS e, com isso acabava por ingressar em juízo intentando o recálculo de sua aposentadoria, levando-se em conta o acréscimo advindo com as novas contribuições. O trabalhador então renunciava à aposentadoria anterior, postulando uma nova, o que originou o termo “desaposentação”.

Nas palavras de Zambitte (2009, p. 36), temos que:

A desaposentação, portanto, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do status financeiro do aposentado.

No setor público, regido no mais das vezes pelo Regime Próprio da Previdência Social, o raciocínio não destoa do acima apresentado. O servidor aposentado, quando autorizado constitucionalmente a ocupar outro cargo, poderia fazer um concurso público pretendendo somar, após sua desaposentação, o período de contribuição posterior.

Ainda no campo do setor público, embora anteriormente ao entendimento firmado pelo Supremo, o instituto da desaposentação é resguardado ao servidor com a finalidade de

liberar o tempo de serviço de modo a possibilitar a obtenção de outra aposentadoria com condições melhoradas:

MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPOSENTAÇÃO. DESFAZIMENTO DO ATO DE APOSENTADORIA. LIBERAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. DIREITO DO APOSENTADO. A complexidade da questão de direito ventilada não impede que seja discutida em sede de mandado de segurança, contanto que a matéria fática que embase o pedido esteja demonstrada de plano. Assegura-se ao servidor o direito à desaposentação, assim compreendida a renúncia à aposentadoria com o objetivo de liberar o tempo de serviço respectivo para a obtenção de outro benefício em melhores condições. – O princípio da legalidade e o ato jurídico perfeito não impedem a desaposentação por inexistir vedação legal e em se tratando de direito patrimonial disponível, devendo os princípios invocados ser interpretados em favor do aposentado e em harmonia com os princípios da liberdade de trabalho e da dignidade da pessoa humana, guardada a devida finalidade dos benefícios previdenciários de proteção aos segurados –. Sentença confirmada no reexame necessário. (TJ/MG. Proc. 0901479-45.2010.8.13.0024. Rel. Des. Heloísa Combat. Julg. 31.08.2011. DJ. 08.09.2011).

Os servidores com vínculo estatutário, até a formação de entendimento pelo E. Supremo Tribunal Federal, também eram abarcados por essa técnica protetiva denominada previdência social, daí se destacar que:

(...) a aparente complexidade da matéria em discussão, ganha contornos jurídicos claros e esclarecedo-

res quando a aplicação do instituto da desaposentação é aferida de forma ampla, porém mediante a inserção imprescindível de valores constitucionais nesta análise do operador do direito. (AGOSTINHO; SALVADOR, 2013).

Como se sabe, a aposentadoria visa substituir o salário ou a renda que o trabalhador tinha quando estava trabalhando. Não pode ser um prêmio, pois exige contribuição do trabalhador (MARTINS, 2008).

O caso, quando da apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região pelo Desembargador André Fontes, foi decidido pela não possibilidade de se desconstituir a aposentadoria anterior e, com isso, realizar o recálculo para concessão de novo benefício.

Apontou-se que a desaposentação é juridicamente inviável, por violar o princípio da segurança jurídica, em vista do denominado ato jurídico perfeito. Para o então relator, a concessão do benefício previdenciário coloca em risco o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, seja do Regime Geral, seja dos Regimes Próprios da Previdência Social, ressaltando-se que a previdência é dirigida pelos princípios da universalidade, da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial. E além disso, o desfazimento do ato somente é possível nos casos previstos em lei, ou ainda, nas hipóteses de invalidação ou de anulação, o que não configurava no recurso julgado.

Feita esta breve análise do instituto em apreço, passemos ao exame dos contornos de suas consequências no âmbito familiar.

4. A CONTRIBUIÇÃO DA DESAPOSENTAÇÃO NA MELHORIA DA RENDA FAMILIAR

Ao renunciar ao benefício previdenciário em questão, o aposentado tem a oportunidade de retornar ao mercado de

trabalho, o que implica no seu obrigatório recolhimento da contribuição previdenciária, incrementando, como já salientado anteriormente, a renda familiar, melhorando a qualidade de vida, especialmente, em um momento em que mais precisa de recursos financeiros, haja vista que as necessidades com cuidados pessoais e de saúde tendem a aumentar exponencialmente na “terceira idade”.

Considerando a alta taxa de desemprego no país e a exigência do mercado de experiência profissional, os jovens trabalhadores acabam tendo maior dificuldade de sua inserção, levando-os à informalidade. Com isso, os aposentados passam a ser arrimo de família, chegando a, em alguns casos, ser o único responsável pelo sustento de seus parentes.

E assim, se tornou uma prática, visando a manutenção familiar, que os idosos retornem ao mercado de trabalho a fim de complementar as suas rendas, provendo de melhor forma suas famílias. Com isso, muitos idosos procuram o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS buscando a Desaposentação, ressaltando-se mais uma vez que os beneficiários da aposentadoria, tanto de média quanto de baixa renda, terminam por depender direta e unicamente da quantia paga pelo Estado para sua subsistência e de seus familiares (POLETTINI, 2010, p. 3143).

5. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHADOR

A questão, como era esperado, chegou ao Supremo Tribunal Federal que, em outubro passado, concluiu pela impossibilidade de recálculo de aposentadoria por desaposentação sem previsão em lei.

O que se estabeleceu é que somente por meio de lei é possível a fixação de critérios para que benefícios da aposentadoria

possam ser recalculados, utilizando as novas contribuições advindas da permanência ou retorno do trabalhador ao mercado de trabalho após já estar inserido na condição de aposentado.

A linha de entendimento vencedora foi capitaneada pelo Ministro Dias Toffoli, que assentou que uma vez que não existe qualquer vedação constitucional expressa para a desaposentação, a legislação também não prevê tal instituto, o que impediria a aplicação de tal direito, salvo se existente uma norma nesse sentido. Destacou-se, ademais, que a Carta Republicana, reza que, cabe à legislação ordinária o estabelecimento das hipóteses em que as contribuições previdenciárias têm repercussão direta sobre o valor dos benefícios. O aludido Ministro foi então acompanhado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki.

A Ministra Rosa Weber e o Ministro Ricardo Lewandowski acompanharam o voto do relator, Ministro Luís Barroso, no sentido de que não há qualquer vedação legal para a ocorrência do fenômeno em estudo e que as novas contribuições pagas pelo usuário do sistema devem ser levadas em conta para o cálculo de novo benefício.

O Ministro Edson Fachin acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, para dar provimento ao RE 661.256, com o entendimento de que a Corte Suprema não pode se sobrepor à atividade legislativa, que deverá analisar o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social para assentar sobre a possibilidade ou não de ser recalculado o benefício em referência. Os Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes acompanharam a divergência, ressaltando este último que se o aposentado retorna ao mercado de trabalho, o faz voluntariamente, o que não lhe dá o direito de onerar ainda mais o sistema previdenciário. Com relação ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, destacou que “o dispositivo é explícito ao restringir as prestações da Previdência Social, na

hipótese dos autos, ao salário-família e à reabilitação profissional”. E concluiu:

“Não se verifica, portanto, uma omissão normativa em relação ao tema em apreço. As normas existem e são expressas na vedação à renúncia da aposentadoria de modo a viabilizar a concessão de outro benefício com o cálculo majorado”.

O Ministro Marco Aurélio, como era de se esperar, manteve seu entendimento já firmado no julgamento do RE 381.367, no sentido de ser possível a desaposentação.

Citando a alteração advinda com a Lei 8.213/1991, em 1997, o decano da Corte salientou que o aposentado que permanece em atividade não tem direito à prestação previdenciária, salvo o salário família, sendo certo que se o legislador autorizou apenas este benefício, que estaria revelando sua própria intenção – silêncio eloquente –.

Por fim, a Ministra Carmen Lúcia apontou, do mesmo modo, para a necessidade de existência de lei para a concessão do benefício.

Naquele momento, foram julgados os Recursos Extraordinários 381.367, Relator Ministro Marco Aurélio, o 661.256, com repercussão geral, e o 827.833, ambos de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, concluindo o plenário, por maioria, por negar provimento ao primeiro Recurso, provendo-se os demais, todos no sentido de impossibilidade da desaposentação, salvo quando houver lei expressa nesse sentido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal assegurou a aposentadoria aos indivíduos que completarem os requisitos fixados na lei, dentre eles, e talvez o mais importante, o tempo de contribuição.

A Seguridade Social, sistema assegurado pela Constituição, a partir de seu artigo 194, estabelece os direitos do trabalhador, dentre eles a aposentadoria, aqui em estudo. No entanto, o sistema em apreço não se encerra com a previdência, nele se incluindo a imprescindível assistência social, voltada para aqueles que necessitam do Estado, mesmo não podendo contribuir.

Em vista da falta de experiência dos jovens para sua inserção no mercado de trabalho, muitos aposentados acabam por se tornar arrimo de suas famílias e, em diversos casos, o único provedor, o que implica no seu retorno à atividade laborativa, com o intuito de incrementar a renda salarial.

Ao retornar ao mercado, estes trabalhadores voltam a contribuir para o sistema previdenciário gerando, com isso, a esperança de implementar a melhoria de suas aposentadorias. Some-se a isso o fato de que a expectativa de vida aumentou significativamente nas últimas décadas, tal como aferido em 2016, resultando no envelhecimento saudável da população, possibilitando que tais pessoas cheguem à terceira idade gozando de plena saúde e disposição para o trabalho.

A possibilidade de exercer tais atividades diariamente traz ao idoso um maior convívio social, diminuindo o risco de desenvolvimento de doenças ligadas à depressão e a inatividade.

Em que pese terem sido amplamente discutidas as reais vantagens do retorno de aposentados ao mercado de trabalho, possibilitando a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores e de suas famílias, o STF, nas decisões proferidas em ações em que foi envolvido o Instituto Nacional do Seguro Social, manifestou seu entendimento no sentido de que a desaposentação afetaria diretamente ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema da aludida autarquia, bem como, dos fundos de previdência próprios – RPPS.

Deste modo, ao afastar esta demanda, a Suprema Corte, mesmo com o clamor e os reclames da sociedade, com a gran-

de pressão que se fez ao tempo do julgamento, acabou por frustrar a busca da melhoria da remuneração de tais indivíduos que, mesmo voltando a contribuir para a previdência, não podem usufruir da evolução patrimonial que deveria daí advir.

Embora a decisão em estudo não tenha possibilitado a concessão da desaposentação, quando inexistente lei específica nesse sentido, o Supremo infelizmente deixou de se posicionar a respeito dos casos já existentes, onde já realizada a desaposentação e concedida o novo benefício de aposentação, com os novos valores calculados com base nas sessenta últimas contribuições previdenciárias pagas pelo segurado.

De lege ferenda, espera-se que o Legislativo, em cada uma de suas esferas, positive o instituto em apreço, de modo a atender a necessidade fática apresentada, regulamentando uma prática por anos desenvolvido em nosso país, levando-se em conta, tal como mencionado pela jurisprudência, o imprescindível equilíbrio econômico e atuarial da previdência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. **A desaposentação nas relações jurídicas dos servidores públicos: definição e alcance**. 2013. Disponível em: < <http://www.professortheodoro.com.br/noticia/01-10-2013/desaposentacao-nas-relacoes-juridicas-dos-servidores-publicos> > . Acesso em: 3 de maio de 2017
- BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > .
- KERTZMAN, Olga Facciolla. **Responsabilidade Social e envelhecimento: o que as empresas tem a ver com isso?** 2004. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/19188/o->

-resgate-da-dignidade-humana-do-idoso-atraves-do-trabalho > . Acesso em: 30 de maio de 2017.

IGANSI, Ana. TRF2 - Segunda Turma Especializada: ato de concessão de aposentadoria é irrenunciável. Disponível em: <http://www.decisum.com/index.php/77-artigos/662-trf2-segunda-turma-especializada-ato-de-concessao-de-aposentadoria-e-irrenunciavel> Processo nº 2011.50.04.000849-0. Acesso em 31 de maio de 2017.

POLETTINI, Márcia Regina Negrisoni Fernandez. **Idoso: proteção e discriminação no trabalho**. 2010. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcia_regina_negrisoni_fernandez_polettini.pdf > . Acesso em: 30 de maio de 2017.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **A velhice na Constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 8, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000. P. 191 apud SANTIN, Janaína Rigo. **O Estatuto do Idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice**. 2007. Disponível em: < <http://www.associacaoamigosdagrandeidade.com/wp-content/uploads/filebase/artigos/JONAINA%20R.%20SANTIN%20O%20estatuto%20do%20idoso%20inova%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%B5es%20no%20reconhecimento%20da%20dignidade%20na%20velhice.pdf> > . Acesso em: 30 de maio de 2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO. Processo nº 2011.50.04.000849-0. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/portal/trf2-segunda-turma-especializada-ato-de-concessao-de-aposentadoria-e-irrenunciavel/>

ZAMBITTE, Fábio Ibrahim. **Desaposentação o caminho para uma melhor aposentadoria**. Niterói: Impetus, 2009.

O TELETRABALHO DOS SERVIDORES COM DEFICIÊNCIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Elaine Cristina da Silva

INTRODUÇÃO

Apesar da grave crise político-econômica instalada no Brasil ter sido objeto frequente do noticiário nacional e internacional, seus reflexos não tiveram a mesma visibilidade na mídia, dentre eles, o “enfraquecimento” do Judiciário nacional e, de modo mais contundente, da Justiça Trabalhista brasileira, a qual, no presente ano, por meio da Lei Orçamentária Anual (Lei Federal nº 13.255/2016), sofreu um corte no orçamento de 90% dos recursos destinados a investimento e de 29% das dotações para custeio, obrigando tribunais regionais e varas em todo o país a adotarem medidas emergenciais de contenção de gastos para evitar o fechamento e manter o atendimento ao público.

Diante desse contexto, a necessidade de reduzir despesas somada à instalação do processo judicial eletrônico, permitiu o tratamento à distância dos procedimentos judiciais, através de diversos projetos-pilotos criados pelos tribunais, assimilando uma prática moderna e sedimentada na realidade brasileira.

Tendo em vista que 68% é o percentual de empresas praticantes de teletrabalho no Brasil, em suas diferentes moda-

lidades (SAP, 2016), o teletrabalho no setor privado passou a possuir amparo expresso na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943) a partir da Lei nº 12.551/2011.

Definido como modalidade de trabalho realizada de forma remota com utilização de recursos tecnológicos, o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário foi regulamentado pela Resolução 227/2015 (BRASIL, 2016), aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 14 de junho de 2016, tendo como objetivos o aumento da produtividade e qualidade do trabalho, a economia de tempo e gastos com deslocamentos, a redução de consumo de água, esgoto, energia elétrica, papéis e outros bens e serviços disponibilizados nos locais de trabalho, aumento da qualidade de vida dos trabalhadores, diminuição de poluentes e melhoria da mobilidade urbana, devido ao esvaziamento das vias públicas e do transporte coletivo.

A referida resolução também estabeleceu a ordem de prioridade para indicação dos servidores à compor o quadro do teletrabalho, indicando em primeiro lugar os deficientes (artigo 5º, inciso II, alínea “a”).

Em que pese as inúmeras vantagens a serem apontadas em uma análise sucinta e preliminar, a proposta do presente artigo é instigar o leitor a refletir sobre a prioridade dos servidores com deficiência ao teletrabalho sob a perspectiva do afastamento destes do ambiente social do trabalho, enquanto fator de reforço e consolidação de desigualdade e retrocesso na pauta da inclusão, uma vez que nas palavras de Costa d’Amaral (2008, p.42), em relação a essa questão, existe no Brasil um pacto entre Estado e sociedade, em que o acordo começa quando o assunto é mantido na esfera da assistência social, da caridade, do paternalismo, passa pelas falsas políticas de participação e se completa quando entende a deficiência como diferença e aceita a cidadania incompleta dos diferentes.

À título de opção metodológica utilizou-se do aprofundamento teórico para desenvolver a temática.

DESENVOLVIMENTO

Segundo Barros, o teletrabalho é considerado uma modalidade especial de trabalho a distância; constitui um tipo de trabalho descentralizado, realizado no domicílio do trabalhador ou em centros satélites fora do estabelecimento patronal, mas em contato com ele ou em outro local, de uso público. Acrescenta:

(...) essa nova forma de trabalhar poderá ser também transregional, transnacional e transcontinental. Esse tipo de trabalho permite até mesmo a atividade em movimento. Ele é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades (BARROS, 2009, p. 327).

Para Rodrigues (2007, p. 133), trata-se de uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato à distância entre o apropriador e o prestador da energia pessoal. Desse modo, o comando, a execução e a entrega do resultado se completarão mediante o uso da tecnologia da informação, sobretudo a telecomunicação e a informática, substitutivas da relação humana direta.

Em uma análise crítica Viana pontua:

Nos dias atuais, mesmo o teletrabalho, que parece desconectar o empregado das ordens diretas do empregador, não o impede de sofrer cobranças constantes, através da própria máquina. Na verdade, a volta ao lar que hoje se ensaia não significa menos tempo na empresa, mas - ao contrário - a empresa chegando ao lar (VIANA, 2000, p. 176).

Como se observa, atualmente a conceitualização do teletrabalho não apresenta divergências significativas, até porque revela-se uma prática sedimentada na realidade brasileira. Inclusive, pesquisa realizada pela SAP Consultoria com apoio da SOBRATT (Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades) e patrocínio da GCONTT (Grupo de Consultoria em Teletrabalho) identificou que 68% é o percentual de empresas praticantes de teletrabalho no Brasil, em suas diferentes modalidades, sendo que 80% das empresas que adotam a prática implantaram a mesma nos últimos 5 anos e, que a existência da prática ocorre em empresas públicas e privadas, sendo 67% multinacionais (SAP, 2016).

A referida pesquisa (SAP, 2016) apontou ainda que os principais ganhos obtidos com a implantação do teletrabalho foram produtividade (54%) e aumento da satisfação e engajamento de colaboradores (85%) e que para mais de 90% das empresas que não adotam a prática, as principais barreiras de implantação estão relacionadas à cultura da empresa, segurança das informações, aspectos legais, gestão de atividades e aspectos tecnológicos/infraestrutura. O estudo também constatou que no tocante ao comportamento esperado pelas empresas que adotam a prática do teletrabalho destacam-se o nível de independência (80%), aspectos tecnológicos (58%), compreensão de seu trabalho (54%) e produtividade (51%).

Apesar desse cenário, o direito do trabalho brasileiro, à princípio, disciplinou o teletrabalho, por analogia ao *caput* do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), cuja redação tratou do trabalho à distância realizado na residência do empregado. Posteriormente, a norma específica do teletrabalho no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro se conformou através da Lei nº 12.551/2011, a qual alterou a redação

do *caput* do artigo 6º da CLT, prevendo o trabalho a distância, e inseriu o parágrafo único de modo a equiparar a submissão aos meios telemáticos e informatizados de controle do trabalho aos meios pessoais e diretos, para fins de subordinação jurídica, ou seja, para a caracterização de um contrato de trabalho.

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

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

Recentemente, o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário brasileiro foi regulamentado através da Resolução 227/2015 (BRASIL, 2016) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual preconizou como objetivos: o aumento da produtividade e qualidade do trabalho, a economia de tempo e gastos com deslocamentos, a redução de consumo de água, esgoto, energia elétrica, papéis e outros bens e serviços disponibilizados nos locais de trabalho, aumento da qualidade de vida dos trabalhadores, diminuição de poluentes e melhoria da mobilidade urbana, devido ao esvaziamento das vias públicas e do transporte coletivo.

Inobstante as vantagens almejadas com o teletrabalho, válido considerar que o mesmo foi regularizado em um contexto de grave crise político-econômica cujos reflexos atingiram o Judiciário nacional e, de modo mais contundente, a Justiça Trabalhista brasileira.

No entendimento de Souto Maior:

a questão trabalhista, mais uma vez, é o ponto central das tensões sócio-econômicas, mas da forma como a crise política tem se explicitado, a partir de uma disputa no plano das aparências, eis que deixa de lado as causas profundas da relação trabalho-capital, pode ser que os direitos trabalhistas se constituam a moeda de troca para se chegar à estabilidade política, sem que existam forças para se opor a isso, até porque a maior parte das pessoas que tem se posicionado nos debates não sofrerão as consequências diretas desse desmonte de direitos (SOUTO MAIOR, 2016)

A título exemplificativo, no corrente ano, por meio da Lei Orçamentária Anual - Lei nº 13.255/2016 - (BRASIL, 2016), a Justiça Trabalhista sofreu um corte no orçamento de 90% dos recursos destinados a investimento e de 29% das dotações para custeio, obrigando tribunais regionais e varas em todo o Brasil a adotarem medidas emergenciais de contenção de gastos para evitar o fechamento e manter o atendimento ao público.

A redução do horário de funcionamento das unidades judiciárias; dispensa de estagiários; supressão de contratos de serviços terceirizados e revisão dos contratos de segurança; limitação de utilização de equipamentos de informática, telefonia e refrigeração a horários específicos e ínfimos; redução das despesas com serviços postais, consumo de energia; dentre outras, foram algumas das providências tomadas, as quais geraram a precarização dos serviços prestados à população e o sucateamento das instalações que, por óbvio, comprometeram a prestação jurisdicional e, por conseguinte aumentou o número de processos à espera de julgamento.

Diante desse contexto, a necessidade de reduzir despesas somada à instalação do processo eletrônico fruto de um projeto anterior de modernização do Judiciário, permitiu a incorporação do teletrabalho por meio de diversos projetos-pilotos criados pelos tribunais, dentre os quais destacaram-se o projeto-piloto do Superior Tribunal de Justiça através da Instrução Normativa STJ/GP nº 4, de 26/04/2016) e do Supremo Tribunal Federal por meio da Resolução nº 568, de 05/02/2016) cujos textos revelam-se idênticos ao da Resolução 227/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no tocante à prioridade dos servidores com deficiência ao teletrabalho (artigo 5º, inciso II, alínea “a”).

Art. 5º. (...) II – verificada a adequação de perfil,
terão prioridade servidores:

a) com deficiência;

b) que tenham filhos, cônjuge ou dependentes com deficiência;

c) gestantes e lactantes;

d) que demonstrem comprometimento e habilidades de autogerenciamento do tempo e de organização;

e) que estejam gozando de licença para acompanhamento de cônjuge (GRIFO NOSSO)

Mediante análise interdisciplinar, especificamente sob uma perspectiva psicossocial, é possível vislumbrar aspectos, à princípio ocultos, à respeito da prioridade para o teletrabalho dos servidores com deficiência. Como exposto alhures, apesar das diversas vantagens que, em um primeiro momento a referida prática possa apresentar, há que se considerar as consequências do afastamento destes servidores do ambiente social

do trabalho, o reforço e consolidação da deficiência como fator de desigualdade e o possível retrocesso na pauta da inclusão.

Com o escopo de promover a inclusão dos deficientes ao mercado de trabalho, a Lei nº 8.213 de 1991 (BRASIL, 1991) disciplinou sobre as cotas de contratação de pessoas com deficiência para empresas com mais de cem funcionários, devendo ser reservadas de 2 a 5% dos cargos para pessoas com deficiência. Todavia, a referida Lei somente pôde ser materializada através da regulamentação dada pelo Decreto nº 3.298 que estabeleceu a Política Nacional para a integração das pessoas portadoras de deficiência na sociedade e no mercado de trabalho.

O trabalho tem importante repercussão na vida de todos os indivíduos e é apontado como atividade fundamental para a realização pessoal, desenvolvimento da autoestima, interação social, sentimento de pertinência e capacidade, bem como construção de identidade e autonomia (SAINT-JEAN, 2003)

Nesse passo, a luta pela inclusão do cidadão com deficiência no mercado de trabalho consubstanciou os direitos deste de desenvolver-se, de comunicar-se com a sociedade em que está inserido e com o mundo, de oportunidade de conhecimento do novo, de desenvolver potencialidades e habilidades produtivas (POLETTI, 2011).

Nessa linha de raciocínio, Bublitz (2014) destaca que as novas tecnologias postas em prática no âmbito laboral, em especial por meio do teletrabalho, conferem aos trabalhadores com deficiência uma oportunidade de inserção ou retorno ao mercado de trabalho. Desse modo, a deficiência deixa de ser um obstáculo a partir do momento em que o indivíduo desenvolve suas atividades laborais sem as limitações de espaço e locomoção. Assim, o teletrabalho pode representar uma das alternativas à inserção das pessoas com deficiências no mercado de trabalho.

Conquanto, a referida autora pondera:

o teletrabalho apresenta como desvantagem a possibilidade de deterioração das condições de trabalho, entre elas o isolamento advindo da falta de contato com outros trabalhadores. Ora, é sabido que o trabalho realizado no estabelecimento do empregador permite, em muitas oportunidades, o contato com colegas, propiciando conversas amenas, troca de ideias e discussão de problemas pessoais e familiares, em clima de interação profissional e emocional. Nesse sentido, o teletrabalho para as pessoas com deficiência confere renda para subsistência e lazer, mas não torna efetivo o valor social do trabalho, eis que, pela leitura do princípio da fraternidade, observou-se que as pessoas visam, por meio do trabalho, uma forma essencial de realização, de desenvolvimento de sua individualidade e, principalmente, de convivialidade. (BUBLITZ, 2014, p. 113)

Posta assim a questão, é possível considerar que o teletrabalho desestimula a prática social e, nesse sentido, Moraes Filho (1980, p. 101) parafraseando Leroy, ressalta que a convivência gera uma nítida consciência de classe, faz nascer e crescer um espírito de solidariedade mais profundo entre os trabalhadores.

Por certo que o ambiente de trabalho situado no *locus* da empresa empregadora possibilita a interação social. Apesar da vinculação entre os indivíduos ser inicialmente laboral, a convivência diária entre os mesmos estabelece relações, permite a troca de experiências, cria vínculos e gera uma consciência de classe, desenvolvendo o espírito de solidariedade. De outro lado, o teletrabalho não proporciona esse mesmo fluxo social, uma vez que no desempenho de suas atividades, o teletrabalhador

mantem uma interação mínima com o empregador, nem sempre estabelecendo vinculações com os outros trabalhadores.

Em que pese o teletrabalhador, isolado em sua residência ou em seu escritório, munido do aparato tecnológico necessário ao desenvolvimento de suas atividades laborais, produzir de maneira eficiente, é manifesto a ausência de interação social. Oportuno destacar que à despeito da comunicação interpessoal eletrônica, esta não proporciona a mesma qualidade das relações vivenciadas pela comunicação interpessoal direta, verificada no ambiente laboral coletivo.

Na concepção de Chanlat (1996, p. 29):

Reduzir a comunicação humana nas empresas a uma simples transmissão de informações é elidir todo problema do sentido e das significações. É esquecer que todo discurso, toda palavra pronunciada ou todo documento escrito se insere, em maior ou menor grau, na esfera do agir, do fazer, do pensar e do sentir. É condenar-se a não poder apreender em profundidade, nem o simbólico organizacional nem a identidade individual e coletiva.

Portanto, a interação social propiciada no ambiente de trabalho é essencial para o trabalhador e de grande vantagem para o empregador, pois é através das trocas de informações e experiências interpessoais que o indivíduo amplia sua visão a respeito de um determinado assunto. Destarte, a diversidade do espaço laboral, em termos de subjetividade, é diretamente proporcional às oportunidades de trocas de experiências pessoais e profissionais, o que não se verifica na modalidade do teletrabalho.

Ademais, cabe a reflexão sobre a prioridade do deficiente para o exercício do teletrabalho sob a perspectiva do eventual

reforço e consolidação da deficiência como fator de desigualdade e do possível retrocesso na pauta da inclusão.

Para Sassaki (1997), a exclusão dos deficientes é fruto do estigma de que estas pessoas são doentes e incapazes de exercer sua cidadania. Trata-se, portanto, da adoção do modelo médico da deficiência, no qual a pessoa é vista como dependente e inválida, precisando ser amparada e tutelada por terceiros. Esta concepção contribui significativamente para a resistência da sociedade em incluir pessoas com deficiência não só no mercado de trabalho, mas em todas as esferas sociais. Por outro lado, o que se verifica com certa frequência são processos de integração de pessoas com deficiências leves em atividades laborais que não exijam modificações estruturais no local de trabalho.

Nesse passo, oportuno pontuar que existe uma significativa diferença entre integração e inclusão e, de acordo com Sassaki (1997), enquanto na inclusão as pessoas com deficiência e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas e efetivar a equiparação de oportunidades para todos, na integração, a pessoa com deficiência precisa superar as barreiras físicas, programáticas e atitudinais existentes para se integrar na sociedade.

O princípio de inclusão que prega o direito de a pessoa com deficiência viver inserida na sociedade é um facilitador na medida em que repudia qualquer forma de excepcionalidade, tanto aquela que segrega mantendo-a longe, quanto aquela que superprotege mantendo-a diferente. A ideia de inclusão, impondo a todos nós o desafio do convívio dos diferentes, permite criar os mecanismos da igualdade e inventa novas formas de construir democracia (Costa d'Amaral, 2008, p.50).

Enquanto um processo complexo e dinâmico de relações humanas, por meio da *socialização*, as pessoas são submetidas à diversidade, constroem uma nova percepção de si à partir do reconhecimento do outro e de suas potencialidades, aprendem

a lidar com conflitos de ideias, valores e crenças; têm a oportunidade de resignificar a diferença. Apartar a deficiência do ambiente social do trabalho é reduzir a diversidade desse espaço.

Logo, há que se atentar para a defesa inflexível da adequação do teletrabalho para os deficientes enquanto possibilidade de inserção ou manutenção no mercado de trabalho diante da análise de propostas que trazem em seu bojo, embora de forma velada, uma proposta assistencialista tendente a reforçar e consolidar a deficiência como fator de desigualdade, em tempos de valorização da diversidade, como observa Herbert de Souza:

A igualdade e a desigualdade são princípios éticos. A diferença não se relaciona necessariamente com ética. Uma pessoa pode ser diferente da outra e não ser desigual. O princípio da diversidade consiste em admitir que as pessoas podem ser iguais e, ainda assim, ter atitudes e práticas diferentes. (SOUZA; RODRIGUES, 1994, p. 27)

Assim, sob o equivocado argumento da naturalidade da desigualdade, práticas que reforçam a deficiência vão de encontro à pauta da inclusão. Logo, a prioridade dos deficientes para exercer o teletrabalho, assim como para as demais modalidades laborais, não pode ser concebida como forma de abolir ou reduzir diferenças, mas como instrumento para eliminar ou minimizar desigualdades pela via dos direitos. À propósito, oportuna a formulação de Boaventura de Sousa Santos (1997, p.97): “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Este é, consabidamente, um imperativo muito difícil de atingir e de manter”.

Conquanto, a dificuldade apontada por Boaventura, não pode ser utilizada como justificativa para a inércia ou para a

promoção de ações com vieses assistencialistas. A inclusão autêntica das pessoas com deficiência por meio do trabalho pressupõe a socialização destes no ambiente laboral, onde possam ser reconhecidos e, ao mesmo tempo, reconhecer no outro “sem deficiências”, as diferenças de pensamentos, atitudes e saberes. Nesse sentido conclui Costa d’Amaral:

Para que esse caminho comece a ser trilhado, antes de mais nada, precisamos entender nosso olhar sobre a deficiência. A primeira dificuldade é resultante do medo, o medo de olhar a pessoa com deficiência no que ela nos é diferente, no que nos mostra de perda, no que nos ameaça de morte. A segunda dificuldade é que a enorme discriminação imposta ao problema passa indiscutivelmente pela questão da alteridade, de entendermos a diferença, de nos confrontarmos com ela. A sociedade tem certamente uma enorme dificuldade em entender o outro, o diferente, e aceitá-lo. E a sua busca da excelência impõe regras definitivas. (...) Até aqui o deficiente foi mantido à margem do sistema. E a diferença mantida como diferença destrói o ideal de direito à igualdade base da democracia. (Costa d’Amaral, 2008, p.47-48).

CONCLUSÃO

Com vista ao desenvolvimento do presente trabalho, durante a realização da pesquisa bibliográfica constatou-se que a maioria dos estudos concentram-se em estabelecer estatísticas, formas de teletrabalho e perfis de teletrabalhadores ou pormenorizar os critérios de configuração, características e especificidades do teletrabalho. Pouco se tem estudado sobre o aspecto psicossocial do teletrabalho, revelando uma preo-

cupação acentuada com o produto do trabalho em detrimento do sujeito do trabalho.

Não se pode olvidar que em tempos de crise buscam-se medidas para a recuperação do desenvolvimento, mormente aquelas tendentes a sacrificar o capital humano em prol do capital financeiro. Deliberações acerca da flexibilização dos direitos trabalhistas e da redução de gastos pela Justiça do Trabalho são apenas nuances da precarização das relações de trabalho.

Nesse cenário, o teletrabalho foi regulamentado no âmbito do Poder Judiciário brasileiro estabelecendo prioridade aos servidores deficientes. Apesar das vantagens almejadas, propôs-se neste trabalho considerar as consequências do afastamento destes teletrabalhadores do ambiente social do trabalho, o eventual reforço e consolidação da deficiência como fator de desigualdade e o possível retrocesso na pauta da inclusão.

Concluiu-se que o teletrabalho vai de encontro ao princípio da função social do trabalho na medida em que inviabiliza a interação social. Entende-se que a ausência do convívio entre trabalhadores impede a troca de experiências e a formação da consciência de classe, o que, por óbvio, não pode ser suprido pela comunicação interpessoal eletrônica.

Ademais, pontuou-se que a prioridade dos deficientes para exercer o teletrabalho, assim como para as demais modalidades laborais, não pode ser concebida como forma de abolir ou reduzir diferenças, mas como instrumento para eliminar ou minimizar desigualdades pela via dos direitos.

Por fim, filia-se ao entendimento de que é exatamente em tempos de crise e incertezas, que o Estado e suas Instituições devem atuar forte e pontualmente na busca do equilíbrio material entre o capital e o trabalho para evitar a retomada da barbárie e para possibilitar a inclusão social pelo trabalho com dignidade (Simón, 2016).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em 23 de setembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.255, de 14 de janeiro de 2016. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13255.htm > Acesso em 23 de setembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm > Acesso em 23 de setembro de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 227 de 15 de junho de 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

DJe/CNJ, nº 227, de 16/12/2015, p. 7-14. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3134> > Acesso em 23 de setembro de 2016.

BUBLITZ, Michelle Dias. **Pessoa com deficiência e teletrabalho: reflexões à luz do valor social do trabalho (inclusão social e fraternidade)**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014.

CHANLAT, Jean-François. Por uma antropologia da condição humana nas organizações. In: CHANLAT, Jean-François (coordenador). **O indivíduo na organização: dimensões esquecidas**. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.

COSTA D'AMARAL, Teresa. Por um novo compromisso social. In: Instituto Brasileiro de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD). **Inclusão social da Pessoa com Deficiência: medidas que fazem a diferença**. Rio de Janeiro: IBDD, 2008.

MORAES FILHO, Evaristo. Sindicato – Organização e Funcionamento. **Revista UR**, v. 44, n. 9, 1980.

POLETTI, Kézia Zanni. **Pessoa com Deficiência e Mercado de Trabalho: Lei de Cotas**. Espirito Santo, 2011.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SAINT-JEAN, M. Organização do trabalho e saúde mental. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, v. 14, n. 3, p. 48-51, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova, São Paulo, n.48, p.11-32, jun. 1997.

SASSAKI, R. K. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SIMÓN, Sandra Lia. **Crise não pode ser desculpa para precarização das relações de trabalho**. Disponível em: < <http://justificando.com/2016/04/07/crise-nao-pode-ser-desculpa-para-precarizacao-das-relacoes-de-trabalho/> > Acesso em: 27 de setembro de 2016.

SAP, Consultoria em RH. **Pesquisa Home Office Brasil 2016**. Disponível em: < <http://www.sobratt.org.br/index>.

php/11-e-12052016-estudo-home-office-brasil-apresenta-
-o-cenario-atual-da-pratica-no-pais-sap-consultoria/ > .
2016. Acesso em 23 de setembro de 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Os direitos trabalhistas sob o fogo cruzado da crise política**. Disponível em: < <http://www.jorgesoutomaior.com/blog1/os-direitos-trabalhistas-sob-o-fogo-cruzado-da-crise-politica> > Acesso em 27 de setembro de 2016

SOUZA, Herbert de; RODRIGUES, Carla. *Ética e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1994.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

DIMENSÕES SOCIAIS DO PROCESSO DO TRABALHO E SUA EFETIVIDADE

Ester Soares de Sousa Sanches

INTRODUÇÃO

As relações jurídicas nos dias atuais passam por uma profunda e constante necessidade de revisão diante de uma sociedade mais complexa e plural a exigir do Direito a capacidade de satisfazer seus mais variados anseios quer seja no aspecto social, econômico ou jurídico.

No aspecto jurídico, verifica-se que nas últimas décadas, o Estado tem implementado algumas alterações no Direito Processual com o escopo de efetivar a garantia de amplo acesso à justiça atento à observância da eficiência e celeridade processual.

Assim como no Processo Civil, não tem sido diferente com o Direito e o Processo do Trabalho, objeto de profundas e inúmeras mudanças legislativas, fruto do amadurecimento da sociedade sobre temas que lhe são afetos, impondo-se a necessidade de modernização das normas que regem as relações de trabalho e de agilização dos processos em tramitação na Justiça do Trabalho. Em busca da eficiência e celeridade, a Justiça do Trabalho vem ampliando o quantitativo do seu capital humano e de órgãos jurisdicionais em todo o país, avançando no aperfeiçoamento da prestação de serviços por meio do processo eletrônico.

Diante deste cenário, exsurge a necessidade de reflexão sobre a forma de conceber-se o processo na modernidade de forma que venha a ser um importante e capaz instrumento para satisfazer as dimensões de igualdade e liberdade, com efeitos que venham beneficiar a todos, atendendo às exigências sociais e ao fortalecimento da ordem jurídica na nova ordem constitucional.

No presente trabalho serão apresentadas algumas considerações sobre os avanços do processo, em especial, o processo trabalhista em um contexto de valorização da pessoa humana consignado na Carta Magna, com a efetivação de seus direitos fundamentais.

Será feita uma análise crítico discursiva, valendo-se do método jurídico-dogmático, com o objetivo de alcançar a compreensão da realidade que cerca o processo no que diz respeito à implicação da celeridade processual para constatar se de fato, tem sido permitido ao cidadão um processo efetivamente democrático, trazendo soluções que se esperam dele e com o devido respeito aos princípios da igualdade e da liberdade, bases de um sistema democrático de direito.

Ao final, espera-se responder as indagações sobre ser ou não efetiva a tutela jurisdicional oferecida, especialmente no que diz respeito aos direitos trabalhistas, com respeito ao devido processo legal e demais garantias constitucionais, onde seja possível elevar-se a dignidade da pessoa humana dentro de um Estado Democrático de Direito.

1. PRESSUPOSTOS DA MODERNIDADE E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO

O processo, nada mais é do que um meio usado pelo Estado para promover a paz social; é um complexo de atos sequenciais e termos por meio dos quais concretiza-se a prestação jurisdicional, por meio de um instrumento chamado “ação”.

Para poder interpretar e aplicar o Direito de forma adequada através do processo, deve-se compreender os pressupostos inerentes à modernidade, onde o processo precisa ser entendido, como conectado ao mundo da vida pelo fato de viver-se numa sociedade a cada dia mais plural e complexa, a cobrar um entendimento do Direito com capacidade para ligar de forma harmônica, racional e coerente os diversos direitos, deveres e interesses.

Hodiernamente, não se concebe a ideia que tem como apoio suposição de existirem dois mundos distintos correspondentes a dois métodos diferentes de conhecimento, onde de um lado teria o mundo da realidade e de outro, o mundo das ideias ou validade. Sobre este assunto mostra-se fundamental apresentar aqui concepções das teorias idealista e realista do Direito.

Tomando por base os ensinamentos de Alf Ross (2003), verifica-se que a teoria jurídica idealista parte da ideia de que existem dois mundos distintos. No mundo da realidade estariam compreendidos todos os fenômenos físicos e psíquicos no tempo e no espaço, que apreendemos por meio da experiência dos sentidos; já o mundo das ideias ou validade englobaria vários conjuntos de ideias normativas absolutamente válidas que apreendemos de forma imediata através de nossa razão, independente da experiência dos sentidos. Denominado *a priori*. Na visão de seus defensores, o direito pertenceria a ambos os mundos e seu conhecimento, estaria alicerçado na experiência e no raciocínio *a priori* de forma simultânea; não existe uma preocupação com o conteúdo das normas, considerando que a validade do direito é algo abstrato, sem relação direta com a efetividade das normas jurídicas.

Embora também seja considerado positivista, Ross faz várias críticas a Kelsen, um positivista idealista, devido seu idealismo formal que dissocia da censura ética exercida pelo direito natural sobre o direito positivo. Dentre estas críticas pode ser

citado o fato de aceitar como direito qualquer ordem vigente no mundo dos fatos, sustentando, entretanto, que de acordo com o seu significado, o conhecimento do direito não tem por objetivo descrever algo fatural, antes, a apreensão do que é válido, porém, a validade de uma norma jamais pode derivar-se de um fato natural, mas apenas de outra norma superior. O pensamento jurídico conforme Kelsen seria em termos de “o que deve ser” e não de “o que é”; a ciência do direito seria uma doutrina normativa e não uma teoria social, sem nenhum conhecimento da realidade, independente da sociologia, da ética e da política.

Ross, um expoente do realismo jurídico, defende que a ciência do direito tem que ser um estudo dos fenômenos sociais, a vida de uma comunidade humana sendo que, a vigência do direito deve ser interpretada como em termos de efetividade social das normas jurídicas, não sendo o direito apenas um conjunto de normas que podem ter qualquer conteúdo, mas sim um fato social e isto significa tratar-se de um conjunto de fatos sociais reduzidos a um único mundo, o da realidade empírica.

Disto decorre que, precisa o Estado estabelecer normas que possam ser aceitas porque discutidas e aceitas pelos seus destinatários através do consenso entre as partes.

Trazendo tais afirmações para dentro do processo, constata-se a importância do devido processo legal com as garantidas da ampla defesa e do contraditório que possibilitam uma discussão sobre possíveis soluções para o conflito instaurado entre as partes, conduzindo a uma decisão aceitável a partir do consenso entre os litigantes.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A convivência em sociedade é conflitiva devido às infindáveis necessidades e vontades humanas em contraposição

à escassez de bens que possam satisfazê-las. Tais conflitos tornam-se extremamente nocivos à uma vida harmoniosa em sociedade, principalmente quando não existem regras para regular suas relações, restando a solução de seus conflitos pela disputa direta ou física entre as partes envolvidas.

Nem sempre a figura do Estado se fez presente para a manutenção da ordem e da paz social, resolvendo os litígios decorrentes de interesses díspares. Nos tempos primórdios, cabia ao homem, impor o justo por si mesmo e mediante sua força. Nessa fase o que se tinha é a autodefesa, com cada um defendendo o que era seu de forma corporal. Depois disto passa-se aos métodos de autocomposição com os homens resolvendo seus litígios com o auxílio de uma terceira pessoa. Elegia-se, então, a figura do árbitro, pessoa de confiança das partes e imparcial na resolução dos conflitos.

No decorrer da história, com o fortalecimento do Estado, este avocou para si a função de resolução de conflitos e pacificação social, positivando normas a serem observadas pela população e também aplicadas pelos juízes no caso concreto.

Nesse sentido, Dinamarco (2005, p.193) nos ensina que:

Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos, que o direito material preconiza. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).

Surge então, a disciplina do processo, instrumento por meio do qual o Estado exerce o poder jurisdicional, servindo para fazer atuar aquelas normas de conduta que não forem observadas de forma espontânea na convivência entre as pessoas. Assim, caso a norma seja violada, o Estado irá, através do processo, condenar o infrator pela inobservância desta, aplicando a sanção devida, assegurando o restabelecimento da paz social.

Constata-se, desta forma, a complementaridade existente entre o direito material e o direito processual, onde este serve para restabelecimento daquele, não sendo um fim em si mesmo.

Para garantir que as pessoas possam de fato usufruir de um efetivo acesso à justiça, o constituinte fez questão de inserir na Carta Magna, o direito fundamental do indivíduo buscar o amparo judicial para fazer valer seus direitos quando estes forem violados ou quando ameaçados, como se verifica na leitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a saber: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ocorre que, o acesso à justiça nos dias hodiernos não apenas se configura com a mera possibilidade de ingressar em juízo. Diante da ordem jurídica constitucional exige-se o respeito a outras garantias relativas ao processo. Nos incisos seguintes ao artigo 5º da Constituição Federal, conforme citado acima, apresentam-se ainda várias garantias relativas ao devido processo legal, destacando-se os princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p.42), é necessário muito mais que o efetivo acesso à justiça para que o processo, contando com a participação efetiva das partes em um diálogo, venha a alcançar uma solução justa, capaz de eliminar toda a insatisfação decorrente do conflito, ou seja uma verdadeira pacificação social. É o que se extrai de seus ensinamentos:

O acesso à justiça, é, pois, a ideia central que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em um diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.

Com o objetivo de obter-se esta já mencionada efetividade do processo com respeito à sua missão social, com a consequente eliminação de conflitos e conquista da justiça, torna-se imperioso eliminar alguns óbices e tratar pontos sensíveis como a própria admissão ao processo, seu modo de ser e a justiça e efetividade das decisões proferidas.

Na busca de soluções para tais óbices faz-se necessário um demasiado esforço em todas as funções e prerrogativas estatais, como um maior e mais efetivo investimento financeiro para melhorar e modernizar as estruturas físicas do poder judiciário, assim como mudanças legislativas significativas que venham garantir a isonomia e maior acesso de toda a população, corrigindo deficiências espaciais, sociais e econômicas, as quais são evidentes na sociedade brasileira.

Aliado a essa proposta, percebe-se também a necessidade de um maior investimento acadêmico no meio jurídico que

possibilite aprimoramento e amadurecimento dos operadores do direito para uma interpretação em conformidade com os ditames da justiça expressos na Carta Magna de 1988.

Oportuno ainda mencionar que garantir o acesso à justiça exige o respeito à duração razoável do processo, pois a excessiva demora na prestação jurisdicional pode contribuir para o aumento ou ameaça de lesão ao direito ofendido.

Neste sentido, Zavascki (1997) se posiciona:

O direito à efetividade da jurisdição – que se denomina também genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – consiste no direito de provocar a atuação do Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, no sentido de obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma decisão com potencial de atual eficazmente no plano dos fatos.

Portanto, o direito de acesso à justiça não apenas compreende o direito de ingressar no Poder Judiciário para peticionar certo direito ou defender-se de determinada acusação, mas também para obter-se uma resposta efetiva deste mesmo Poder com relação aos pedidos trazidos ao bojo do processo e ao acolhimento da defesa. Tudo isto acontecendo em uma razoável duração do processo.

Contudo, o real alcance destes objetivos tem sido prejudicado face à exacerbada e contingente demanda atual por soluções judiciais afetas à efetivação dos direitos sociais, dentre estes, o direito trabalhista. Isto faz desencadear a fase conhecida por judicialização política, onde o Poder Judiciário, como guardião da Constituição, é chamado a decidir com aplicação do direito ao caso concreto para resolução do litígio.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Importantes mudanças têm sido apontadas na forma de organização e funcionamento das atuais instituições. Os sintomas que denotam tal característica de um mundo em transformação, nada mais são do que a crise da democracia representativa e falência das formas habituais de organização da vida em sociedade.

Aliadas aos clamores por liberdade e demandas sociais por participação movendo os indivíduos e grupos sociais, as expectativas de que seus direitos venham a ser reconhecidos e atendidos de forma igualitária, acentuam-se na sociedade.

O Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas, afastados das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, vem a tornar-se uma importante instituição para a democracia brasileira, tanto no que diz respeito à sua expressão política quanto à sua intervenção no âmbito social.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitui um marco para o constitucionalismo brasileiro com destaque para a ampliação dos direitos fundamentais, ora apresentados em rol aberto com possibilidade de aplicabilidade imediata desses preceitos na busca da sua efetividade conforme interpretação que se faz do art. 5º, §1º, da Carta Magna ao estatuir que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em um contexto de redemocratização com expressiva preocupação com a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais apresentam-se com brilhantes efeitos para todos os ramos do Direito, refletindo a força normativa da Constituição, não podendo tais normas, frutos do poder constituinte originário, da soberania popular, ficar à mercê da intermediação do Poder Legislativo para produzir resultados.

A doutrina (MENDES, 2014, p.154), tem se posicionado no sentido de que os direitos fundamentais são “normas de caráter preceptivo e não meramente programático”.

Pode-se mesmo afirmar serem os direitos fundamentais, verdadeiros direitos subjetivos que podem ser exigidos de forma direta dos Poderes Públicos e dos particulares pelas vias previstas em lei constitucional e infraconstitucional.

Com isto, o Poder Judiciário vem despontando na concretização da Constituição, sendo chamado para intervir sempre que qualquer direito fundamental venha tornar-se vulnerável. Isto depreende-se da leitura que se faz do art. 102 da Constituição da República que diz “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Tem-se ainda que, de acordo com o disposto no art. 103, § 1º do mesmo estatuto, “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Isto foi regulamentado através da Lei nº 9.868/99.

Deste fato resulta essa invasão do direito no mundo contemporâneo repercutindo sobremaneira no âmbito dos poderes republicanos e na esfera política. Também a regulação da sociabilidade e das práticas sociais tem sido atingidas, exigindo que o Judiciário seja institucionalmente provido de meios e modos para o exercício de uma nova intervenção nesse plano.

É todo um conjunto de práticas e de novos direitos, com um continente de diversos personagens e temas que até bem pouco atrás não eram conhecidos nos sistemas jurídicos. A essa assustadora invasão do direito na organização da vida social convencionou-se denominar judicialização das relações sociais.

Num contexto em que é marcante a ausência do Estado, das ideologias, da religião e diante da decadência contínua das estruturas familiares e associativas, ergue-se o Judiciário como uma

bandeira do Direito, com suas instituições e procedimentos, para pleitear promessas democráticas que ainda não foram realizadas.

Com o enfraquecimento do Estado Social, várias demandas são levadas ao judiciário na busca de efetivação dos direitos sociais e dentre estes encontram-se os direitos relativos ao trabalho.

O Direito do Trabalho acompanha a evolução do homem, da sociedade, das relações comerciais, mas, acima de tudo, o movimento de intervenção estatal, no qual, num primeiro momento, tem-se a ausência do Estado, numa situação intermediária, a intervenção inclusive nas relações particulares como o contrato de trabalho. Num segundo momento tem-se a fase conhecida como neoliberalismo do Direito do Trabalho marcada pela autonomia das partes envolvidas, com o Estado ocupando um papel de mínimo interventor, no intuito de apenas ditar regras básicas, limites máximos entre as partes, como salário mínimo, jornada de trabalho máxima e outras mais.

Nasce o Direito do Trabalho com o intuito de proteção ao trabalhador, na busca de redução das desigualdades sociais, tendo agora evoluído voltando-se mais para a proteção do meio ambiente laboral, da personalidade jurídica do trabalhador, à integridade física mas, em especial na busca pela flexibilização das leis e à autonomia das partes com a inserção sindical.

Havendo um litígio trabalhista, podem as partes demandar a Justiça, valendo-se do processo trabalhista, bastante dinâmico e diferente do processo civil, com menor rigor formal, características próprias e orientando-se por princípios menos complexos que visam dar maior celeridade processual, resolvendo os conflitos com menor tempo possível.

Ocorre que, o Poder Judiciário começa a ser demandado de forma acentuada para atender as demandas sociais, muitas vezes ignoradas pelos demais Poderes e isto leva a um exacerbado ativismo judicial, sendo convocado ao exercício de papéis cons-

titucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais. Da presença desse novo processo institucional, surge no Brasil o fenômeno denominado judicialização da política.

Embora recebendo variadas críticas, ressalta-se a extrema importância desse ativismo judicial na busca da efetivação de direitos, onde a função interpretativa do juiz tem sido exigida na devida aplicação das normas.

O problema deste ativismo consiste na exigência da assustadora celeridade processual advinda do espantoso número de processos a exigirem decisões rápidas e que muitas vezes são revestidas de um certo simplismo sem a correta aplicação da razoável duração do processo que não pode ir de encontro a outros direitos fundamentais que marcam o Estado democrático de Direito.

4. A CELERIDADE EM CONTRAPOSIÇÃO À EFETIVIDADE PROCESSUAL

O Direito Processual é construído sobre uma base principiológica que garante às partes o devido processo legal, com observância da ampla defesa, do contraditório, da efetividade e celeridade processual, da razoável duração do processo, dentre outras garantias processuais. Dentre os princípios norteadores do Processo do Trabalho, destaca-se a finalidade social que diz respeito à busca de um equilíbrio entre as partes, permitindo que o mais fraco, o empregado, goze de benefícios que não atingem o empregador, a exemplo da isenção do depósito recursal.

A oralidade também é um princípio a ser realçado porque nele prevalece a palavra falada, não apenas valorizando a conciliação, mas também permitindo à parte propor uma ação ou defender-se, sem a intermediação de advogado.

A gratuidade da justiça não pode deixar de ser mencionada, pois permite que as custas sejam recolhidas após o trânsito

em julgado, pelo vencido e o reclamante só será considerado vencido se perder todos os pedidos, ou seja, a ação for julgada improcedente e mesmo assim, o magistrado pode isentar o reclamante do pagamento das custas, caso este seja pobre na acepção jurídica do termo.

Ainda, tem-se a importância de citar o *jus postulandi* que permite aos empregados e empregadores reclamarem pessoalmente, sem a presença do advogado até o Tribunal Superior do Trabalho, conforme o disposto no art. 791 da CLT, exigindo sua atuação apenas no caso de eventual recurso ao Superior Tribunal de Justiça.

Também, destaca-se a concentração de todos os atos processuais que devem ser praticados em uma única oportunidade (audiência uma) visando a uma solução o mais rápido possível.

Depara-se, entretanto, com a celeridade processual sob a justificativa de que as questões trabalhistas trazem em seu âmbito o único meio de sobrevivência do trabalhador e de sua família, o seu salário, portanto, nada justificaria a demora na resolução do conflito, podendo o juiz aplicar multa se perceber que a reclamada utiliza de recursos com fins exclusivamente protelatórios.

Entretanto, esta celeridade configura-se na redução de várias fases processuais e recursos existentes na esfera civil, assim como na redução de prazos e procedimentos dos atos processuais, desvinculando-se da justiça da decisão proferida.

Mediante tais considerações, resta evidente que a celeridade processual não deve desvincular-se da justiça das decisões proferidas pelos juízes ao cumprirem sua missão de pacificação social, ou seja, o direito à razoável duração do processo não está ligado apenas à tempestividade deste, exigindo-se, de forma concomitante, a aplicação correta da lei, com o devido suporte ao direito lesado ou ameaçado.

Enfim, os entes estatais e os particulares, na busca pela solução dos conflitos sociais, precisam submeter-se às prer-

rogativas constitucionais, com respeito ao devido processo legal e resguardo às liberdades e garantias individuais exigidas em um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Considerando a complexidade e a pluralidade da sociedade nos dias hodiernos, cujas relações jurídicas passam a exigir do Direito capacidade de satisfazer suas demandas, quer seja no aspecto jurídico, social ou econômico, constata-se a premente e constante necessidade de revisão de suas normas reguladoras e fortalecimento das instituições responsáveis por um efetivo acesso à justiça.

Para atender tais exigências, verifica-se uma atuação do Estado nas últimas décadas ao implementar algumas reformas no Judiciário e consideráveis alterações no Direito Processual, tendo o escopo de efetivar a garantia de amplo acesso à justiça, atento à observância da eficiência e celeridade processual, sempre com o fito de proporcionar a isonomia das partes envolvidas.

Um destaque pode ser dado ao Processo do Trabalho que em busca da eficiência e celeridade, tem a Justiça do Trabalho ampliado o quantitativo do seu capital humano e de órgãos jurisdicionais em todo o país, com considerável avanço no aperfeiçoamento da prestação de serviços por meio do processo eletrônico.

Porém, o acesso à justiça, conforme norma constitucional, não se configura apenas com a mera possibilidade de ingressar em juízo mas, exige-se o respeito a outras garantias relativas ao processo como o respeito ao devido processo legal e aos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, sem esquecer da efetividade, celeridade e razoável duração do processo.

Quanto à interpretação e aplicação do Direito de forma adequada através do processo, deve-se compreender os pressupostos inerentes à modernidade, onde o processo precisa ser

entendido, como conectado ao mundo da vida, atento aos fatos sociais e com participação efetiva das partes para que ao final, seja apresentada uma solução justa para ambas as partes que tiveram oportunidade de participarem de toda a discussão envolvida no caso concreto.

O fato de contar-se com um Judiciário extremamente demandado não pode ser óbice para que a prestação jurisdicional não venha a ser simplista, mas de qualidade; não se pode abrir mão da observância de todas as garantias constitucionais relativas ao processo na busca por celeridade, sem preocupar-se com a efetividade do processo, resguardando liberdades e garantias individuais, máximas em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COELHO, Nuno M M S; MELLO, Cleyson M (Coord). *As dimensões sociais, jurídicas, políticas e econômicas do processo*. Estudos em homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.193.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*; tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias*: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/199/Medidas_Cautelares_e_Medidas.pdf. Acesso em 23 de maio de 2017.

A GRATUIDADE JUDICIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, NOS MOLDES DO SUBSTITUTIVO APROVADO DO PL 6787/2016, E OS RISCOS DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DIREITO DE AÇÃO, DO ACESSO À JUSTIÇA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Fernando Barroso de Deus

INTRODUÇÃO:

Na redação em vigor do § 3º do artigo 790 da CLT, é facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Neste sentido, pelo texto atual, a justiça gratuita é concedida àquele que comprovar receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou àquele que declarar não ter

condições de arcar com as custas do processo, sem para isso tenha que prejudicar seu sustento ou o da sua família.

Note-se que o simples requerimento é suficiente à isenção das custas, o que se extrai inclusive de julgado inserido por SAAD (2010), em sua CLT comentada:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA. De acordo com o parágrafo 1o do art. 14 da Lei 5584/70, a Assistência Judiciária é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior a dois salários mínimos, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez que sua situação econômica não lhe permita demandar sem prejuízo de seu sustento e de sua família. De meridiana clareza o art. 1º da Lei nº 7.115/83, ao dispor que tal declaração do autor, sob as penas da lei, presume-se verdadeira. O simples requerimento do benefício feito nos termos da Lei 1.060/50 com a redação dada pela Lei 7510/86 já é suficiente à isenção das custas (...) (TRT/SP – 01130200644202010 – AI – Ac. 2ªT 20081111767 – Rel. ROSA MARIA ZUCARO – DOE 20/01/2009)”

Todavia, a redação proposta pelo substitutivo aprovado do [PL 6787/2016](#), com texto do seu relator, o Sr. Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), estipula que a gratuidade poderá ser concedida pelos juízes apenas para aqueles que ganham até 40% do limite máximo de aposentadoria do INSS, e para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, mas sem a vinculação de prejuízo ao sustento próprio ou da família.

Sendo assim, a diferença da regra atual para a sugerida, fora o valor pressuposto de pobreza, é a impossibilidade da autodeclararão de hipossuficiência. Neste sentido, ou bem com-

prova o Reclamante ter uma renda menor do que o correspondente à 40% do limite máximo de aposentadoria do INSS - e que mesmo assim ficará a critério do julgador conceder a gratuidade de justiça ou não - ou, caso acima desse patamar, terá que convencer o magistrado de que merece a justiça gratuita, com a única facilidade de que não mais precisará comprovar que o pagamento das custas lhe prejudicará o sustento ou o da sua família. A bem da verdade, quanto a este último critério, embora não mais positivado, na análise da gratuidade de justiça é ainda ele o mais lógico a ser observado. Ou seja, da indagação “Quando não precisarei pagar as custas processuais?”, sugere-se imediatamente a resposta “Quando o pagamento das custas não prejudicar o seu próprio sustento”.

Outra diferença diz respeito ao pagamento dos honorários periciais.

Nos termos atuais do artigo Art. 790-B da CLT, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.

A nova redação do dispositivo, sugerida pelo PL, altera a última parte do artigo, definindo que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, todavia, informa que o pagamento subsistirá *ainda* que o reclamante seja beneficiário da justiça gratuita.

O dispositivo sugerido, e que mais detidamente será analisado adiante, antes mesmo de inconstitucional, foge ao bom senso. Se a parte não tem dinheiro para pagar as custas judiciais, quanto mais os honorários do perito, que geralmente são mais caros.

Reconhece-se a existência da redação do § 4º deste mesmo artigo 790-B do PL, sem correspondência na legislação atual, que preceitua que o pagamento dos honorários do perito, deverá

ser feito no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo, o que assumirá a União o encargo. Entretanto, a alteração da regra empreende uma radical redistribuição do ônus probatório, que se mal utilizada, poderá deflagrar uma série de situações processualmente injustas.

Este ensaio, portanto, tem como objetivo analisar até que ponto a justiça gratuita, nos moldes sugeridos pelo substitutivo ao PL 6787/2016, poderá influenciar negativamente no princípio do direito de ação, do acesso à justiça e do devido processo legal.

No entanto, antes de avançar no tema propriamente dito, convém um brevíssimo corte conceitual. Ainda que pela prática forense sejam tidos como sinônimos, o direito de ação, o acesso à justiça e o devido processo legal detêm signos distintos, e é o que se pretenderá esclarecer no tópico seguinte.

1. DO DIREITO DE AÇÃO, DO ACESSO À JUSTIÇA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

Nos termos do artigo 5º XXXV da CF, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isso quer dizer, segundo NERY (2004), que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Diz ainda que pelo princípio constitucional do direito de ação, todos teriam o direito de obter do Poder Judiciário uma tutela jurisdicional adequada.

O professor GRECO (2003), por sua vez, fala de uma ação como direito à jurisdição. Em seus termos, tem-se a ação como direito à jurisdição sobre uma pretensão de direito material, e, ao mesmo tempo, como freio às demandas inviáveis, estabelecendo o necessário equilíbrio entre o direito de amplo acesso à justiça e a garantia da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos.

No que se refere ao acesso à justiça, ensina DINAMARCO (2016), citando Kazuo Watanabe, corresponder a obtenção de resultados justos pela via do processo, tratando-se ainda de acesso à ordem jurídica justa, o que significaria mais do que o direito de ingresso no Poder Judiciário, com o qual não se confundiria, visto que este nada mais seria do que o simples direito de ser ouvido por um Estado – Juiz.

Por fim, no que tange ao devido processo legal, na forma do artigo 5º, LIV da CF, leciona o professor NERY (2004) ser a possibilidade efetiva da parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.

Neste sentido, da conclusão dos conceitos, entende-se ter o requerente, além do direito de pretender em juízo, o de se valer de todos os meios processualmente cabíveis, necessários e adequados ao alcance da tutela pretendida, seja como autor, réu ou terceiro interessado.

2. SOBRE O SUBSTITUTIVO AO PL 6787/2016 E A SUA EVENTUAL OFENSA AO DIREITO DE AÇÃO, AO ACESSO À JUSTIÇA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

Embora a exigência do recolhimento de custas processuais, na Justiça do Trabalho, não seja algo inovador, o texto sugerido pelo PL altera, em muito, o paradigma da interpretação. Assim, semelhantemente ao que ocorre nas justiças estaduais, o pressuposto será a de que a parte terá condições de custear as despesas do processo, cabendo a ela desconstruir a presunção e comprovar que não possui condições de arcar com os custos da demanda judicial.

Lembre-se que na regra atual basta que o reclamante declare, sob as penas da lei, não ter condições de arcar com os custos do processo sem prejuízo próprio ou da sua família, para

que a gratuidade lhe seja deferida, o que de certa forma acaba garantindo o pressuposto da hipossuficiência econômica.

Todavia, com a redação sugerida, conquanto ainda se faculte ao magistrado, no § 4º do artigo 790 do texto do PL, conceder ou não a gratuidade de justiça, sem necessariamente se valer de algum critério de valor, caso a gratuidade não seja deferida, independentemente do prosseguimento da demanda, já terá o Reclamante a dívida das custas da distribuição da ação para suportar.

Isso evidentemente influenciará sua escolha quanto ao ajuizamento da demanda. Pensará: “E se a gratuidade for indeferida? Terei ainda sim que pagar as custas da distribuição? Prefiro não ajuizar a ação”.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, há enunciado nesse sentido, que dispõe:

“En 24. Não dispensa o pagamento das custas e da taxa judiciária, nem autoriza a restituição daquelas já pagas: (NOVA REDAÇÃO) - a extinção do processo em qualquer fase, por abandono, transação, desistência ou por qualquer outro fundamento presente nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, mesmo antes da citação do réu, nos termos do art. 20 da Lei nº 3.350/99; - a desistência de recurso interposto; - o recurso declarado deserto, seja por intempestividade ou por irregularidade no preparo, falta de preparo ou preparo insuficiente; - por atos ou diligências efetivamente realizados e posteriormente tornados sem efeito por culpa do interessado. - *O cancelamento da distribuição inicial, por falta de pagamento do preparo no prazo devido, somente enseja o recolhimento de custas dispensando-se o pagamento da taxa judiciária*”.
(*itálicos nosso*)

Desta feita, suspeita-se que expediente semelhante ocorrerá na Justiça do Trabalho, caso o texto seja publicado. Se a gratuidade não for deferida, terá o Reclamante que custear as despesas, pelo menos, da distribuição da ação, o que poderá desencorajá-lo ao ajuizamento.

Entretanto, lembre-se que o objeto tutelado na Justiça do Trabalho tem natureza alimentar, o que obviamente, como nas ações de direito de família, merece uma guarida judiciária especial, mormente no que se refere ao custeio de processos.

Todavia, a boa notícia é que, a princípio, mesmo com a publicação da nova lei, a gratuidade de justiça das custas processuais deve se manter como regra, e pelos seguintes motivos (uns nobres, outros não):

(i) A grande maioria das ações são ajuizadas por pessoas desempregadas, logo após a rescisão do contrato de trabalho, momento geralmente deflagrador da lide trabalhista. Desta forma, evidentemente não terá a Reclamante condições de arcar com as custas judiciais, e justamente porque não terá renda alguma;

(ii) Por questão probatória, ainda que o Reclamante tenha outras rendas, será muito mais difícil objetivamente provar que, mesmo desempregado, teria condições de arcar com as custas judiciais do processo trabalhista;

(iii) A Justiça do Trabalho, embora unidade de custos orçamentários com certa autonomia (artigo 99, § 1º da CF), é parte integrante do orçamento da União. Sendo assim, os altos custos de estrutura e funcionários (entre servidores e comissionados), precisarão de alguma forma ser justificados, o que somente poderá ser feito com um número mais ou menos considerável de ações em andamento.

A crítica, contudo, paira justamente sobre a alteração do paradigma interpretativo. É bem provável que os juízes do Tra-

balho, assim como fazem os juízes estaduais, permitam a gratuidade de justiça, principalmente com base no § 4º do artigo 790 do PL, não em critérios juridicamente objetivos, mas pela conveniência profissional. É simples: em havendo um número exacerbado de demandas em curso naquela Vara, possivelmente, na falta de critérios mais objetivos, mormente para quem ultrapassará o teto do § 3º do artigo 790 do PL, os magistrados enrijecerão a concessão da gratuidade de justiça, e justamente para eliminar a demanda antes mesmo do seu primeiro andamento.

Entretanto, mesmo que diante destas probabilidades, no que tange às custas judiciais, é provável que a gratuidade seja ainda, na maioria das vezes, a regra na Justiça do Trabalho.

Em contrapartida, a nova redação do artigo 790 B da CLT, sugerida pelo PL, é surpreendentemente estarrecedora. É nesse ponto que parece o verdadeiro objetivo do PL, que é diminuição das demandas judiciais, apresentar o seu aspecto mais *perverso*. Quando do ajuizamento da ação, em razão da questão dos honorários periciais, conjecturará o reclamante: “E se eu perder a ação, terei que pagar os honorários do perito, ainda que eu tenha gratuidade de justiça? Não posso correr esse risco! Não ajuizarei a ação”. Ou ainda: “Não vou pedir nada na ação que precise de perícia, porque posso perder a ação”.

Embora, como já mencionado, o texto do § 4º do artigo 790-B do PL informe que a União responderá pelo encargo do perito, no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo, a utilização do advérbio “somente” em sua redação, induz uma carga probatória ao Requerente que, na prática, poderá ser utilizada de modo a se evitar o prosseguimento de uma ação.

É que para não pagar os honorários do perito, o juiz não poderá presumir, com o deferimento da gratuidade de justiça, que o requerente também não teria condições de arcar com

a remuneração do especialista. Deverá exigir, em razão do adverbio “somente”, que prove não possuir nenhuma outra ação em andamento, na qual tenha recebido algum dinheiro que pudesse arcar com os honorários do perito.

Se não houver alteração no texto, não é possível sequer se presumir que o processo a que se refere a regra é apenas o trabalhista. Processo, dado que instrumento à realização de um fim, o é na esfera comum, trabalhista, federal e administrativa. Desta forma, para conseguir o afastamento dos honorários periciais, deverá o requerente juntar uma série de certidões de cartórios de distribuição, e de todas as esferas da justiça, bem como o *nada consta*, pelo menos, da Administração local. Assim, além de provar não ter recebido nenhum dinheiro em outro processo, capaz de suportar os honorários do perito, deverá comprovar que somente ajuizou aquelas ações, e não outras mais.

Entretanto, como o pagamento dos honorários do perito é responsabilidade da parte sucumbente, pode-se contra - argumentar dizendo que se a parte tem certeza do seu direito, não se incomodará com a probabilidade de perder a ação. Quem o faz, com o devido respeito, não milita minimamente no expediente forense.

O professor CALAMANDREI (1959), em famosa obra, dizia:

“Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade? ”.

O sucesso, desta feita, em uma demanda judicial, depende de inúmeros fatores. Mais do que uma simples expressão em latim,

o brocardo *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo) significa que o exame da demanda é limitado pelas balizas processuais. Prazos, preclusões, e a técnica até mesmo compreensível de só se trazer a luz aquilo que melhor contribuir aos seus argumentos, são indicativos de que mais do que uma verdade material, o que se tem como resultado é uma sentença fundamentada em argumentos invocados pelas partes demandantes, em verdadeira síntese de teses e antíteses, acrescidas das impressões pessoais do julgador.

Neste cenário, é muito comum que uma conclusão pessoal do demandante, no que se refere ao direito que deteria, bem como do seu advogado, caso patrocinado por um, não seja sob um ponto de vista estritamente técnico condizente com o laudo pericial. *Verbi gratia*, o que se está tentando dizer é que mesmo que o Reclamante esteja convencido fazer jus ao adicional de insalubridade, a prova pericial pode demonstrar, finalmente, que não.

Nos adicionais de periculosidade a situação é ainda mais flutuante. Pode acreditar o requerente, por exemplo, trabalhar em contato permanente com inflamável ou explosivo em condições de risco acentuado, e no caso concreto, quando da realização da perícia, o especialista entender não ser a hipótese.

Ademais, conquanto probatoriamente possível, a grande parte das conclusões acerca da periculosidade e insalubridade, ora alcançadas pelos requerentes, não são aprioristicamente válidas, sendo mais resultado de fatos bem articulados com os seus respectivos argumentos, do que propriamente certezas científicas. Sendo assim, mais do que simplesmente o fato de ser o perito do juiz, a prova pericial é necessária porque sem ela não haveria certeza cientificamente defensável sobre o objeto da ação.

Desta maneira, se em um determinado caso - como inúmeras vezes sói acontecer - a conclusão do requerente não for a

mesma do perito, deverá obrigatoriamente custear os seus honorários, ainda que seja beneficiário da gratuidade de justiça, com as ressalvas do § 4º, do artigo 790-B do PL.

Obviamente a conduta influirá no desincentivo ao ajuizamento de ações, ou na não inclusão deste tipo de pedido em ações trabalhistas, ofendendo, em última *ratio*, todos os princípios elencados no tópico anterior, e certamente pela mais desconcertante das vias, a da *não ação*.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO TEXTO DO ARTIGO 790, § 3º DO SUBSTITUTIVO APROVADO DO PL 6787/2016:

Nos termos do artigo 145, II da CF, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Neste sentido, ou bem são cobradas em razão do exercício de Poder de Polícia pelo Estado, ou em virtude de serviço público prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição, desde que específico e divisível.

Isto posto, é indubitável que as custas judiciais são taxas no segundo aspecto do tributo, qual seja, exigidas em razão da utilização de serviços públicos específicos e divisíveis.

Todavia, em apontamento pontual, GANDRA MARTINS (2015) destaca que se a prestação jurisdicional constitui um serviço público, específico e divisível, nitidamente o pagamento que o jurisdicionado fizer ao Poder Judiciário, deve ser exclusivo para o Poder Judiciário, e não destinado a outras finalidades. Arremata dizendo que tudo o que não for remuneração de serviço público específico, indivisível ao ju-

risdicionado não pode, nem deve ser dele cobrado, pois é de manifesta inconstitucionalidade.

Visto isso, é inegável que para o exercício da prestação jurisdicional, a máquina pública necessita despender custos logísticos. Seja com papel, com sistemas de provedor capazes de suportar o PJE-JT, seja com material de limpeza para asseio das áreas do TRT e suas varas do trabalho, e até com a estrutura de som para a realização dos pregões de chamada das partes, muito dinheiro é necessário para fazer a *roda girar*.

Desta feita, embora seja realmente desejável, uma justiça totalmente gratuita ainda não é possível. A receita da Fazenda Pública tem que se preocupar com um sem números de prioridades, como saúde, educação, remuneração de servidores, etc., o que só mesmo uma arrecadação estratosférica poderia permitir o acesso ao judiciário indiscriminadamente gratuito.

Então não é correto dizer, neste ponto, como muito se tem feito de forma desordenada nos meios de comunicação, que a partir da publicação daquilo que se convencionou nominar *reforma trabalhista*, a Justiça do Trabalho não mais seria gratuita para o trabalhador. A bem da verdade, nunca o foi. Entretanto, como a auto declaração de hipossuficiência era suficiente para que a gratuidade fosse deferida, o que se acabou por se criar foi uma sensação de que a gratuidade era observada de forma apriorística, e não fruto de uma petição com posterior deferimento do julgador.

No entanto, como se disse a momentos atrás, a crítica que se faz ao modelo é a mudança no paradigma probatório, assumindo como premissa que o trabalhador teria condições de arcar com os custos judiciais, até que se prove o contrário.

Isso de certa forma poderia sugerir o não ajuizamento de uma ação, principalmente porque mesmo quando indeferida ainda em sede de distribuição inicial, as custas deste ato pro-

vavelmente serão cobradas do Reclamante, caso o pedido de gratuidade não seja concedido.

Entretanto, como também mencionado anteriormente, como a maioria das ações são ajuizadas logo após o encerramento do contrato de trabalho, ou seja, por pessoas desempregadas, é bem possível que a justiça gratuita em âmbito trabalhista ainda se mantenha como regra.

Por fim, contudo, existe um temor de ordem prática, que conquanto não seja capaz de inquinar a regra de inconstitucionalidade, poderia deflagrar alguns obstáculos de difícil acomodação. É que as ações trabalhistas, como infelizmente sói ocorrer em outras especialidades jurídicas, não são processos de rápida solução. Com uma economia aquecida (o que não é o caso atual), não seria difícil imaginar que um eventual Reclamante, no decorrer do processo, pudesse *arrumar* um outro emprego. Não preenchendo mais os requisitos da gratuidade de justiça de forma objetiva (o desemprego), o benefício poderia lhe ser retirado, principalmente se sua atual remuneração ultrapassasse o teto do § 3º do artigo 790 do texto sugerido.

Poder-se-ia argumentar que caberia ao reclamante, nestas situações, provar que embora não mais desempregado, ainda não teria condições de arcar com os custos do processo. No entanto, e mais uma vez a prática nos aplica lições desconcertantes, a depender da *fome* arrecadatória do Tribunal, o debate acerca do direito pretendido tenderia a se tornar perigosamente subjetivo.

No fim das contas, algumas ações poderão ser perdidas, e pedidos julgados improcedentes, caso a superveniência do emprego pudesse sugerir que o trabalhador agora teria condições de arcar com as custas judiciais. Caso realmente não pudesse, e o juiz não se convencesse dos seus argumentos, na falta de parâmetros objetivos (§ 4º do artigo 790 do PL), cada juiz poderá ter uma impressão diferenciada sobre a mesma condição finan-

ceira, o que geraria – e certamente acontecerá – decisões absolutamente solipsistas, contraditórias e até mesmo injustas. Mas se isso irá ou não acontecer, não é o objeto de estudo deste trabalho. Só o tempo e a pesquisa etnográfica poderão responder.

4. DA MOTIVAÇÃO POLÍTICA DO TEXTO DO § 3º E DA INCONSTITUCIONALIDADE DO TEXTO DO § 4º, AMBOS DO ARTIGO 790-B, DO SUBSTITUTIVO APROVADO DO PL 6787/2016:

A regra em vigência do artigo do artigo 790-B da CLT é satisfatória. Neste sentido, deve a parte sucumbente atualmente pagar os honorários do perito, desde que não seja beneficiária da gratuidade de justiça.

No texto sugerido, contudo, somente não seria a parte sucumbente condenada ao pagamento dos honorários do perito, caso provasse não ter recebido tanto na ação, quanto em outras ações, algum dinheiro capaz de custear as despesas do profissional.

A regra passaria a ser constitucional, caso fosse alterada, segundo até mesmo sugestão da Professora Vólia Bonfim (2016), para especificar que os ganhos processuais do beneficiário da gratuidade de justiça serão àqueles do processo em que a perícia foi realizada.

É que o texto do PL traz ainda uma alteração que, no mínimo, soa *estranha*. Os honorários do perito, segundo o § 3º do seu artigo 790-B, não poderão ser exigidos de forma adiantada pelo juiz. Na prática, o perito só receberá ao final do processo, e da parte sucumbente que, caso beneficiária da justiça gratuita, poderá ainda provar que não recebeu em outra ação dinheiro o suficiente para custear a remuneração deste profissional.

E é aí que reside o aspecto político da *coisa*. Que perito, em sã consciência, trabalhará de graça? Qual a garantia que terá de receber, da parte sucumbente, seus honorários?

No mais, caso o beneficiário da gratuidade de justiça não consiga a prova, ao final do processo, de que trata o §4º do artigo 790-B do PL, poderá recorrer de eventual decisão que o condenasse ao pagamento dos honorários periciais, o que em tese tornaria o processo absolutamente desinteressante para qualquer especialista técnico.

O motivo da reforma, deve ser frisado, não foi escondido pelo relatório do Deputado Rogério Marinho. Chega a textualizar o seguinte:

“A pergunta a ser feita é: o País suporta tal demanda? Até quando os tribunais trabalhistas suportarão esse volume de processos? No que tange ao excesso de processos tramitando na Justiça do Trabalho, é certo que muitos deles decorrem do descumprimento intencional da lei pelo empregador, mas não podemos desprezar uma grande quantidade que decorra do detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas, em conjunto com regras processuais que estimulam o ingresso de ações e a interposição de infundáveis recursos, apesar dos esforços empreendidos pelo TST para redução do tempo de tramitação dos processos. Nas palavras do professor José Pastore, a legislação trabalhista “constitui um verdadeiro convite ao litígio”.

Desta feita, certamente a inversão, no que se refere ao adiantamento dos honorários do perito, foi motivada não por aspectos de otimização processual, mas para dificultar a entrega do resultado do processo ao requerente que, diante deste

quadro, poderá desencorajar quanto ao ajuizamento de determinada ação, ou ainda retirar eventual pedido que exija perícia de sua petição inicial. O objetivo ainda é tornar o processo desinteressante para o próprio perito, criando dificuldades, ou até mesmo impossibilitando, que certos direitos possam ser discutidos no Poder Judiciário. Todavia, o texto do § 3º do artigo 790-B do PL não é, *a priori*, inconstitucional, mas os seus efeitos, caso venham a se concretizar, provavelmente serão.

Em contrapartida, defendemos aprioristicamente a inconstitucionalidade do texto do § 4º do artigo 790-B do PL. Faz-se, para se ver livre o beneficiário da gratuidade de justiça dos honorários periciais, exigência que certamente ofende o postulado constitucional da razoabilidade. Em última *ratio*, a cobrança ataca ainda os princípios estampados no artigo 5º XXXV, LIV e LV da CF, tornando o texto inevitavelmente inconstitucional.

CONCLUSÃO

O aspecto político das mudanças apontadas, principalmente no que corresponde ao § 3º do artigo 790-B do PL, soam mais claras, se confrontados com o texto do Novo Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 95, § 3º, I e II do NCPC, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado, ou ainda paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

Desta forma, levando-se em consideração que o Novo CPC foi elaborado por comissão de juristas de notório saber,

aparenta cada vez mais óbvio que a intenção do legislador no PL em exame foi primordialmente a de frear ações judiciais, não se importando com os direitos pretendidos, tão pouco se lógica e processualmente as medidas são defensáveis.

Não se objetiva realizar, neste trabalho, uma manifestação contrária, apaixonada e de cunho político contra o PL em questão. Temos nossas impressões pessoais, mas o que se está aqui a debater – e até certo ponto denunciar – principalmente no que tange ao §3º do artigo 790-B do PL, é o escopo não jurídico da reforma. Pretende-se tudo com o *diferimento* dos honorários periciais para o fim da ação, menos uma eventual desoneração do trabalhador.

Desta maneira, por ofender os princípios do direito de ação, do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, pensamos ser o texto do § 4º do artigo 790-B do PL aprioristicamente inconstitucional, na forma do artigo 5º XXXV, LIV e LV da CF.

Por fim, deve-se ressaltar que não poderá o intérprete, quando da aplicação das referidas regras, se valer da norma processual comum. Na forma do 769 da CLT, apenas nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho. Como não há *vácuo legislativo*, a regra a ser aplicada será mesmo a do PL em questão, e não a do artigo 95 do NCPC, ainda que mais razoável.

BIBLIOGRAFIA:

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Introdução de Paolo Barile; tradução de Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

CASSAR. Vólia Bomfim. *Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16* (in <https://drive.google.com/file/d/0BxLfUqyUbMSXM2NXUThxNHhVY1lRdlBycmhxMTdTMG12RFNn/view> - acesso em 22 de maio de 2017).

DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil. De acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARTINS. Ives Gandra da Silva. *Taxa judicial*. In Grandes questões atuais de direito tributário. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. 19º vol. São Paulo: Dialética, 2015.

GRECO. Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. Ed. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO nº 24.

_____. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=RDF+1+%3D%3E+PL+6787/2016 acesso em 22 de maio de 2017.

_____. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016 acesso em 22 de maio de 2017.

_____. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**

A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E A ADOÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Geovana Faza da Silveira Fernandes

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 constitui um marco da participação mais ativa do Poder Judiciário no processo democrático. A ampliação de sua atuação, com a previsão constitucional de instrumentos jurídicos, princípios e normas que buscam garantir uma justiça mais célere e distributiva, demonstra preocupação com a salvaguarda do Estado democrático de direito.

O Judiciário assumiu-se como poder político posicionando-se mais fortemente em três campos: no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos de poder e na judicialização da política, colocações essas que são aplicáveis a todos os ramos do Judiciário.

O pano de fundo que orienta este trabalho reside na socialização do processo no Brasil, na judicialização das relações sociais, na mudança de paradigma do Estado social para o modelo democrático de direito, e como essas estruturas impactam na forma de pensar a realização da garantia do acesso

ao Judiciário, principalmente na Justiça do Trabalho, para posteriormente, tratarmos da importância dos meios consensuais de resolução dos conflitos na seara trabalhista.

Nos itens 2 e 3 trataremos, em linhas gerais, do Estado social e do fenômeno da judicialização das relações sociais, que passam a exigir um fortalecimento do Judiciário como concretizador dos direitos sociais, impactando no papel instrumental do processo. O redimensionamento do acesso à justiça, junto com diversos outros fatores, deságua num excesso de litigância que abarrotava o Judiciário, refletindo na prestação jurisdicional, que se torna morosa e ineficiente.

Com a morosidade, acrescida à complexidade das relações sociais, surge a necessidade de outros meios resolução de conflitos que não os heterocompositivos. Esses temas serão tratados nos itens 4, 5 e 6, que abordarão a adoção de meios consensuais, em geral e na seara trabalhista, não só como forma de conferir celeridade e eficácia à prestação jurisdicional, mas também como meio de legitimação da prática judiciária, ao ampliar a participação das partes e proporcionar oportunidades de diálogo direcionado ao consenso, empoderamento e fortalecimento da cidadania.

1. ESTADO SOCIAL E JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A Constituição de 1988 inaugura o cenário democrático no qual se descortina a consagração da Justiça Obreira como ramo concretizador da justiça social no campo das relações trabalhistas, não obstante sua criação remonte aos anos 30 e 40. Resaltou seu papel incluyente e democrático, direcionou esforços para o incremento da rede de juízos de primeira instância e de Tribunais. Sua especificidade centra na circunstância de garantir a exequibilidade e efetividade das normas atinentes à proteção jurídica da força de trabalho no contexto socioeconômico.

O direito do trabalho assume cunho mais social do que liberal, decorrente do modelo de Estado social, que nasce imbuído da função de proteger as liberdades e de realizar os direitos sociais, tendentes a diminuir as desigualdades e a permitir uma redistribuição mais equânime de justiça. O Estado precisou publicizar relações que antes eram consideradas do domínio privado, como são as relações trabalhistas, para então instrumentalizar o próprio Estado para a consecução dos ideais sociais.

Podemos dizer que o Estado colocou o direito nos rumos da justiça social. Quando sua face executiva não consegue se desincumbir do dever de zelar pelos direitos que constitucionalmente lhe cabe realizar, sua face judicatória entre em cena para garantir a eficácia desses mesmos direitos.

O sopro de democratização e de expansão do Estado social, que plasmou na Constituição um arcabouço de direitos sociais que dependem de prestações positivas do Estado, fez-se sentir não só no robustecimento da Justiça, mas também impactou diretamente nos escopos do próprio Judiciário e, portanto, do seu principal instrumento, que é o processo.

O Judiciário passou a ser depositário das demandas da sociedade, especialmente de setores mais fragilizados, tendo sido chamado a cumprir papel de relevo político, na legitimação da democracia. Para esse desiderato, precisou adotar maior protagonismo no cenário de construção do Estado democrático de direito, intervindo no cenário das políticas socioeconômicas para suprir as carências de efetividade dos direitos sociais.

Cabe ainda ao Estado-Juiz o papel de tutor de direitos fundamentais, que justifica a ‘judicialização da política’, tão debatida hodiernamente. Mas não devemos perder de vista que é essa judicialização, dentro de limites razoáveis, que propicia maior efetividade da democracia brasileira.

Podemos falar, então, em judicialização das relações sociais, ou seja, em invasão do direito na esfera das relações

privadas, que, por sua vez, implica a submissão ao Judiciário das expectativas de direito e pretensões dos cidadãos. Certa invasão é necessária para a concretização de ideais sociais e democráticos, embora seus efeitos sejam controversos, em razão dos limites nada claros nos quais o Judiciário atua.

A abertura do acesso ao Judiciário, buscada pelo Projeto Florença e suas ondas renovatórias de acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1988), é responsável por seu redimensionamento, tanto em termos físicos quanto de atuação, uma vez que passou a ser chamado a ocupar lugares simbólicos, na perspectiva do acesso à justiça e do próprio escopo social do direito em relação à solução de litígios.

Acrescente-se que a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, a possibilidade de assistência judiciária gratuita, a facilitação do acesso à justiça, mormente na Justiça do Trabalho, também fazem parte do cenário concretizador dos direitos sociais. Esses aspectos integram um amplo contexto de realização dos ideais democráticos, no qual também está inserida a judicialização da política e das relações sociais.

2. IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO PAPEL INSTRUMENTAL DO PROCESSO

O desenvolvimento retardatário do capitalismo no Brasil, fazendo com que a democracia seja, ainda, pouco elaborada, demanda do direito e do Judiciário a assunção de papéis que desbordariam de suas atribuições típicas sob uma ótima liberal e positivista. Conforme leciona de Adriana Orsini (2017, p. 62), o direito, sob a perspectiva do Estado contemporâneo,

não está substituindo a estruturação democrática, pautada no associativismo e mobilização da socie-

dade civil, porque está ocupando uma espécie de vazio. A longa vigência do regime militar desregulamentou a vida social, desestimulou a solidariedade e incentivou o individualismo. Nessa concepção, a atuação do Poder Judiciário, ao invés de gerar cidadania passiva e alijar os cidadãos do processo democrático, ‘pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas’.

O direito e o Judiciário, ao ocuparem um espaço antes vazio, tornam-se também responsáveis pelo fortalecimento da cidadania e pela construção de espaços de participação democrática.

A projeção do Judiciário em vários aspectos da vida social advém de complexos processos sociais, nacionais e internacionais, como as transformações sociais após a segunda guerra, a declaração dos direitos humanos, a necessidade de implementação de ações visando à igualdade material, às limitação das liberdades públicas no decorrer da ditadura, que impôs uma visão hegemônica e imobilizadora da sociedade, a indispensabilidade de empoderar o cidadão para que possa participar dos processos democráticos.

Refletem Luiz Werneck Vianna e outros que da guerra veio a motivação para que as constituições trouxessem em seu bojo um núcleo, “explicitando valores fundamentais a obrigar o poder soberano” a realizar esse mesmo núcleo, ao mesmo tempo dogmático e fundamental para a realização da dignidade da pessoa humana².

Com essa marca legada pelo pós-guerra na Constituição de 1988, positivada em normas programáticas, o Judiciário é

2. Em 1999 Luiz Werneck Vianna e outros autores publicaram a obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, fruto de uma pesquisa realizada no final da década de 1990 acerca da judicialização das relações e das políticas públicas, como diz o título.

colocado na situação de legislador implícito nas hipóteses de omissão dos demais poderes. Esse cenário impactou não só na necessidade de “realocação de lugares simbólicos” (ORSINI, 2017, p. 63) para o direito, mas principalmente no manejo do próprio instrumento de realização do direito que é o processo.

Após a segunda guerra surge a idealização do paradigma do Estado social, que defende o protagonismo judicial com vistas a exercer uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material entre as partes e a fortalecer a ideia do processo como relação jurídica e instrumento estatal de realização da justiça e bem estar social, com escopos políticos, sociais e econômicos.

Surgem tendências processuais socializantes, que conduzem ao fortalecimento do Judiciário, e que chegaram ao ápice com o Projeto Florença³. A principal preocupação do projeto, que serviu de base para movimentos posteriores, era com o problema do acesso dos indivíduos mais pobres à Justiça, a perspectiva da representatividade, por meio de advogados, bem como uma decisão justa e efetiva.

O direito de acesso à justiça é considerado um direito social, colocado em evidência mais precisamente após a segunda guerra (CAPPELLETTI, 1988, p. 15), época histórica em que os Estados insuflaram as constituições com normas programáticas e com a previsão de direitos sociais, com a finalidade de reduzir as desigualdades e garantir o mínimo existencial. Essa postura do Estado trouxe fortes repercussões no sentido de trazer o direito para o centro da vida social, tirando-o de uma perspectiva puramente liberal.

3. O Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti, consistiu no mais abrangente projeto de pesquisa multidisciplinar sobre os sistemas jurídicos. Ao todo participaram 23 países. Representou o ápice do movimento de socialização do processo e visou a diagnosticar os principais obstáculos de acesso à justiça e os motivos da ineficiência dos Judiciários para condução adequada e célere dos processos. Na introdução do livro “Acesso à Justiça” (1988), Cappelletti e Garth esclarecem que o ensaio se destina a servir de introdução geral aos volumes da série Acesso à Justiça do “Projeto Florença”, que possui seis tomos (1988, p. 8).

O movimento socializante, que enfatizou a figura do juiz protagonista, retirando das partes seu ‘empoderamento’ na condução do processo, assistiu a um arrefecimento com a mudança de paradigma do Estado social para o Estado democrático de direito. Na transição paradigmática, a tensão entre posturas sociais e liberais ainda se faz presente no dimensionamento processual e nos escopos do processo.

No Brasil, o escopo dos direitos sociais foram expandidos sob o viés de um discurso socializante que impregnou no processo como instrumento de realização de justiça e dos desideratos sociais. Entretanto, no decorrer da década de noventa e seguintes, a ideologia processual socializante acabou sofrendo degenerações sob o influxo de ideais neoliberais, preocupados com a eficiência e celeridade e o custo.

A morosidade processual passou a ser foco da política judiciária veiculada pela Emenda Constitucional nº45/2004, que alçou à direito fundamental a duração razoável do processo.

Nesse contexto, a instrumentalidade do processo reforçou-se, ora com tendências socializantes, ora com tendências liberais, buscando equacionar a necessidade de resguardo dos direitos e garantias fundamentais com o imperativo de celeridade e eficiência. A instrumentalidade parte da ideia de meio para proporcionar um fim maior: a garantia e efetividade dos direitos. Cândido Dinamarco (2000, p. 372) leciona que

falar em instrumentalidade do processo ou em efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a ní-

vel constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial.

Necessário, portanto, repensar as bases fundamentais de um sistema democrático de processo, lastreado sobre o fio condutor da cooperação entre atores processuais, que possam fiscalizar e contribuir na construção de qualquer provimento.

Com a solidificação da democracia e a institucionalização do direito nas relações sociais, assiste-se a um aumento do demandismo correlacionado a diversos fatores complexos como ineficiência estatal, descumprimento das leis, facilidade de acesso à justiça, criação de novas unidades jurisdicionais competentes para pequenas causas, desigualdades sociais, deficiências nos resultados de políticas públicas etc.

Esse excesso de litígios, que em parte demonstra que o acesso formal à justiça tem aumentado, deságua em uma série de consequências nada positivas para o fortalecimento da democracia. É um paradoxo que tem que ser contornado: garante-se o acesso quase que irrestrito, mas a capacidade do Judiciário, com seus novos papéis no preenchimento de espaços antes não juridicizados e pela reivindicação de novos atores (ORSINI, 2014, p. 63), não absorve adequadamente a demanda, o que o faz incapaz de dar real e efetiva solução aos conflitos em tempo razoável.

Todos esses fatores impactam no direito processual. Embora seu objetivo precípua guarde relação com sua orientação axiológica, que é de servir como mecanismo de resolução de litígios, há quem diga que a jurisdição deva se revestir de novas funções, diante do paradigma do Estado democrático de direito e da situação brasileira. Se à jurisdição são atribuídas outras funções, além da função de aplicar o direito ao caso concreto, ao processo também deverão ser lançados outros olhares que não somente a de composição de litígios.

Leciona Dinamarco que a noção de processo é ontologicamente teleológica porque o processo só se aplica pelo seu fim e, até meados do século XX, preocupava-se mais com a compreensão e conceituação dos seus institutos do que com a própria definição de quais são os fins do processo (DINAMARCO, 2003).

Dinamarco explorou três missões transcendentais da jurisdição, denominando-as de escopos. Cada escopo processual se relaciona a objetivos que devem ser alcançados. São escopos da jurisdição: sociais, relativos à pacificação e à educação através do adequado exercício da jurisdição; políticos, que se relacionam com a influência política que o ordenamento exerce nas relações do Estado com o cidadão; e, por fim, o escopo jurídico, que é a realização do direito material. Para o processualista, “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima em função dos fins a que se destina”. É um raciocínio teleológico, ou seja, que inclui os propósitos norteadores do processo e “das condutas dos agentes estatais que o utilizam” (2003, p. 149).

Com fundamento nessas concepções finalísticas, o processo é visto como instrumento de realização da justiça substantiva, pacificação, atuação do direito material, instrumento de realização da cidadania e fortalecimento da democracia. Assim, seu manejo deve ser coerente com seus escopos, sem, no entanto, desbordar dos limites constitucionais das garantias processuais e sem subverter a separação dos poderes.

3. REPENSANDO A EFETIVIDADE DO PROCESSO: NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE MEIOS ADEQUADOS E CÉLERES PARA A COMPOSIÇÃO DOS LITÍGIOS

Não basta a instrumentalidade do processo, seus escopos e a abertura das portas do Judiciário se não vislumbramos a por-

ta de saída. Desse modo, que instrumentos poderiam conferir maior celeridade, eficiência e qualidade à prestação jurisdicional?

O manejo do processo deve atentar principalmente para a realização eficaz da justiça substancial por meio de uma condução racional, célere e eficaz sem alijar as garantias processuais e em observância a uma coerência e integridade do ordenamento jurídico.

No desempenho do papel realizador da democracia e cidadania, o Judiciário deve perceber o acesso à justiça sob o prisma do jurisdicionado e entender que a garantia do acesso não significa verdadeiro fruir da garantia constitucional. Para tanto, é mister que o juiz entenda não só o direito material que permeia a demanda, mas também compreenda a posição dos atores na estrutura e “suas relações simbólicas que perpassam as negociações, acordos, tensões e a posição de cada um, a partir do lugar social que ocupam no campo das relações” (ORSINI, 2014, p. 64). O processo pode ser visto como um campo onde se reproduzem os dissensos originários dos atores, suas posições sociais, políticas e culturais.

O abarrotamento, pelo excesso de litígios, conduz à política de colocar fim à demanda, não de resolver o conflito. Então, falar em pacificação é parte de discurso indispensável nesses momentos de crise para fazer a sociedade despertar para a necessidade de perscrutar sobre outros meios que não o processo para tratar aqueles conflitos em que as partes, por elas mesmas, não conseguem solucionar.

A população brasileira, acostumada a ter seus conflitos resolvidos pelo Estado, escora-se num Judiciário assoberbado, ajudando a alimentar o paradoxo do acesso à justiça, ou seja, mais demandas, menos demandas.

Outros caminhos devem ser percorridos para devolver à sociedade a capacidade de administrar seus conflitos, deixan-

do para o Judiciário somente aqueles que não puderem ser resolvidos pelo diálogo e pela participação ativa dos atores no desenho de suas soluções.

Leciona Orsini que o desenvolvimento da cultura de paz é realmente um escopo social e processual (2014, p. 65), todavia,

deve ser incrementada pela concepção de empoderamento: as partes devem ser levadas a redimensionar seus conflitos, tornando-se conscientes de como solucioná-los, seja pela percepção da existência das variadas formas de resolução, seja pela consciência do conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que levaram ao choque de atitudes e interesses. O Judiciário pode, portanto, contribuir para uma pedagogia, não apenas direcionada para o civismo, mas também para o desenvolvimento de uma cultura voltada à paz social.

Nessa missão pedagógica, os operadores do direito devem reconhecer que o direito não tem resposta para todos os tipos de conflitos, e que por isso é necessário dialogar com outros campos da ciência sociais, que podem e devem auxiliar na solução dos litígios.

Com mentalidade multidisciplinar, os pesquisadores do Projeto Florença repensaram os métodos de resolução de conflitos, tratados na terceira onda de acesso à justiça, que exigiu uma abordagem mais compreensiva de reforma, com a previsão de novos métodos que tornassem os direitos sociais efetivos. Surgiu a necessidade de previsão de métodos mais simples, não-adversariais, que voltassem o olhar para o conflito. Tornou-se um imperativo a adaptação dos procedimentos a natureza dos conflitos, considerando a complexidade destes.

Por isso, a terceira onda leva a uma exploração de ampla variedade de reformas, incluindo alteração de procedimentos, mudança de estruturas dos tribunais, criação de unidades especializadas, uso de paraprofissionais, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de meios privados ou informais de tratamento de conflitos (1988, p. 71). Nas palavras de Cappelletti (1988, p. 72)

Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. As partes, ademais, podem diferir grandemente em poder de barganha, experiência ou outros fatores (...).

Quando as relações se tornam tão interdependentes na complexa organização das sociedades pós-industriais, quanto eram nas sociedades primitivas, renasce a necessidade de solução harmônica dos problemas, de modo a preservar as relações, com um tendência resultante de se evitarem litígios.

Cappelletti ressalta que a conciliação possui vantagens óbvias “tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento” (1988, p. 83), considerando sua rapidez, baixo custo e eficiência. Ao contrário da decisão adjudicatória, que assenta quem tem razão a partir de atribuição de culpa, nos meios consensuais o terceiro facilitador deve preferencialmente olhar para o futuro e auxiliar as partes a encontrarem soluções com benefícios mútuos.

A conciliação e mediação têm recebido especial atenção como meios alternativos ao Judiciário. Todavia, deve-se evitar a condução desses meios somente com finalidade de conferir celeridade e desafogar o Judiciário. Conforme lembra Cappel-

letti, “devemos certificar-nos de que os resultados representem verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções” (1988, p, 87).

Em uma democracia constitucional, esse diálogo interdisciplinar e a abertura da possibilidade de participação dos atores no desenho da solução de seus conflitos são essenciais à função do Judiciário, “na medida em que esse poder passa a tratar de assuntos políticos, como uma espécie de sucedânea do Executivo e do Legislativo” (VAZ, 2016, p. 65), suprindo vazios. Esses vieses contribuem para a conquista da legitimidade democrática da atuação judicante, que passa pelo “redimensionamento do espaço participativo das partes na solução dos conflitos de interesses”.

Podemos falar em uma legitimação constitucional, derivada do próprio ordenamento jurídico, e em uma legitimação conferida pelos próprios cidadãos através da participação no procedimento de formação do provimento jurisdicional.

No plano pragmático, essas práticas legitimadoras decorrem de estratégias voltadas à participação e emancipação dos cidadãos. Ou seja, passam pelo procedimento, que somente terá função legitimante se der espaço à comunicação, ao diálogo participativo dirigido ao consenso, no qual cada interessado possa aduzir suas pretensões e defender seus pontos de vista.

Assim, a função do procedimento é assegurar que a decisão será legítima, na medida em que permite a participação efetiva dos demandantes na solução do conflito, contribuindo para a sua aceitação e sua conexão com o plano fático.

Como a participação das partes no desenho da solução de seus conflitos é meio de legitimação do provimento jurisdicional, os meios consensuais podem ser considerados como vetores de legitimidade para a própria Justiça, exercendo a um só tempo um importante papel de arena de inclusão e reconhecimento e de efetivação dos direitos fundamentais.

4. PERSPECTIVAS AUTOCOMPOSITIVAS DO DIREITO PROCESSUAL

Para muitas espécies de controvérsias o processo pode não ser o meio mais adequado de resolução, podendo contribuir para o acirramento dos dissensos e esgarçamento de laços sociais. Por isso, surgem a mediação e também como instrumentos adequados para solucionar certos tipos de litígios, principalmente quando em relevo relações preexistentes.

Nesses casos, a vontade do Estado não substituirá, positivamente, a vontade das partes, mas a solução será construída por meio do diálogo direcionado ao consenso. Se a solução não é alcançada, pelo menos as partes tiveram oportunidades de dialogar e até contribuir para a construção da solução adjudicatória.

Segundo Watanabe “durante um longo período, os métodos informais de solução dos conflitos foram considerados como próprios das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representou insuperável conquista da civilização” (2005, p. 684). Continua, “quando as coisas instituídas falham, por culpa de fatores estranhos a nossa vontade, convém abrir os olhos às lições do passado para verificar se (...) não podem elas nos ensinar a vencer desafios do presente”.

Esse volver para o passado enfrenta obstáculos diversos: falta de emancipação, cultura litigiosa, ideologias homogeneizantes, falta de concretude de direitos sociais. Mas talvez o maior empecilho seja a cultura litigiosa dos profissionais do direito, acostumados ao jogo processual e à solução adjudicatória. Segundo Cappelletti, essa mudança deve passar pela advocacia, judicial ou extrajudicial, mas vai mais além, ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas (1988, p. 52).

Esses meios consensuais, se bem conduzidos, podem servir de instrumentos de empoderamento das partes. O facilitador poderá contribuir para sua capacitação, habilitando-as a lidar também com futuros dissensos. À luz dessas lições podemos afirmar que, dentre os escopos sociais de um sistema processual, encontram-se as orientações voltadas à compreensão recíproca das partes (reconhecimento) e à educação para composição de seus conflitos (empoderamento).

No Brasil, o escopo social de educação cívica relativa a direitos e obrigações decorre da inclusão desses instrumentos no ordenamento jurídico, cujo importante marco foi a institucionalização da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, reforçada com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e com o Código de Processo Civil.

O ponto culminante da institucionalização desses meios consensuais é a democratização do sistema de justiça, a descentralização do lócus de solução dos dissensos e a substituição paulatina da cultura da litigância para uma cultura cooperativa, do diálogo e do entendimento.

5. MEDIAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA

Todo o escorço teórico que permeia o tema aplica-se igualmente às autocomposições na seara trabalhista.

A autocomposição não é novidade em matéria trabalhista. Foi inserida nesse campo antes mesmo da sua ênfase no processo civil, sendo inerente ao sistema de composição de litígios desde os primórdios da organização da justiça laboral. Conforme lecionam Antônio Vasconcelos e Marcella Furtado Gomes (2016, p. 85), historicamente se conferiu aos sindicatos a função de assistência rescisória e solução não judicial de conflitos, “como ocorre com a conciliação por intermédio de dois institutos já

presentes no direito brasileiro há quase duas décadas: as Comissões de Conciliação Prévia (art. 625 A-G, CLT) e os Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista (art. 625-H, CLT)”.

Com relação aos espaços de consenso existentes na Justiça do Trabalho, os autores defendem que tais instituições contemplam

objetivos mais abrangentes e se constituem em espaço institucional e formal destinado ao diálogo social e ao diálogo interinstitucional entre sindicalizados e outras instituições, cuja atuação repercute no âmbito das categorias profissionais e econômicas envolvidas (...). Trata-se da abertura de canais de comunicação pelos quais podem transitar *inputs* e *outputs* destinados a contribuir para a adoção concertada de medidas voltadas para a prevenção dos conflitos trabalhistas e para a implementação de meios alternativos, não judiciais de resolução de conflitos na respectiva área de atuação (2016, P. 85).

Em 2016, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução 174/2016, tratando das políticas de conciliação e mediação na justiça trabalhista, instituindo um plano nacional de estímulo aos meios consensuais para a solução dos conflitos laborais.

Essa norma cria a política judiciária de tratamento adequado de conflitos trabalhistas e tem como principal foco regulamentar os centros judiciários de conciliação na Justiça Obreira, limitando a atuação dos conciliadores e mediadores a servidores ativos e inativos e a magistrados aposentados. Diferencia conciliação da mediação, deixando claro que a primeira é método que busca o consenso com a apresentação de propostas pelo facilitador. Já a mediação é método no qual o

terceiro imparcial não pode fazer apresentação de propostas, sendo facilitador do diálogo. A conciliação em dissídios coletivos também foi regulamentada pela resolução.

Nos dissídios trabalhistas a solução consentida sempre foi considerada mais adequada, considerando seus reflexos sociais. A decisão heterônoma, imposta, se não aguça o litígio do ponto de vista psicológico, esgarça o tecido social, e, por isso, deve ser resguardada para as hipóteses em que a solução consensual se torna inalcançável. Não obstante, tratando-se de direitos irrenunciáveis, há sempre espaço para o diálogo e o entendimento e, portanto, para a solução consensual.

CONCLUSÃO

Hoje assistimos a uma onda renovatória dos meios de solução de conflitos mais compatíveis com a complexidade das relações sociais e dos direitos emergentes.

O sistema de neutralidade judicial foi gradualmente substituído por maior ativismo judicial, visando à maximização de oportunidades para que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes. Essa postura ativista é fruto do fortalecimento das democracias, que pressupõe efetividade na tutela dos direitos e uma atuação do Judiciário para além da aplicação dogmática da lei ao caso concreto, isso porque foi preciso que a jurisdição preenchesse espaços vazios deixados pela falta de emancipação da sociedade brasileira após décadas de opressão e pelos novos papéis que precisou assumir para concretizar os direitos sociais. O Estado precisou redesenhar o acesso à justiça, adotando o compromisso com o movimento de abertura e garantindo a potencialização do processo enquanto instância capaz de conferir efetividade aos direitos, em razão da judicialização das relações sociais.

A abertura ao acesso e o processo de democratização ocorrido após 1988 fez com que o Judiciário assistisse a um

aumento considerável dos litígios, não somente em razão de circunstâncias como a facilitação e gratuidade do acesso, mas principalmente em decorrência de uma série de fatores políticos e socioeconômicos.

O excesso de acesso descamba para a ausência de acesso para parcela da população que realmente precisa do Judiciário para a garantia de seus direitos sociais.

Na busca por maior legitimidade e eficiência, ressurgem os meios consensuais, realocados da ancestralidade para o campo do direito processual e matizado por novas teorias sociais, cuja interferência no direito é hoje possível em razão da complexidade da sociedade e das relações que fazem com que a lógica binária e adjudicatória não mais satisfaça os anseios dos cidadãos, que clamam por tratamentos mais adequados a seus conflitos.

O processo passa a servir como meio de efetivação dos direitos, permeado por técnicas advindas de outras ciências e permitindo que as próprias técnicas processuais sirvam às funções sociais. Ademais, o Judiciário passa a não ser mais a única arena para a resolução dos conflitos, permitindo a adoção e o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal. Esse movimento encontra total consonância com a conhecida terceira onda renovatória de acesso à justiça descrita por Cappelletti.

Essa onda atinge em cheio a Justiça do Trabalho, em cujo âmbito a resolução dos conflitos comporta duas missões: resguardar a dimensão humana e social dos direitos trabalhistas, assegurando-lhes eficácia e celeridade; e auxiliar as partes a solucionar o conflito na sua dimensão intersubjetiva, tentando resguardar os laços e desenvolver o empoderamento e reconhecimento recíproco.

Pelos métodos autocompositivos, no âmbito trabalhista, abrem-se caminhos para a busca da participação efetiva das partes no desenho da solução da controvérsia, da emancipa-

ção, do tratamento harmonizador dos conflitos e da concretização dos direitos sociais. São ideais que devem ser perseguidos por meio de políticas que atinjam não só o Judiciário, mas deverão expandir-se por toda a sociedade, eis que pas-sam por uma necessária mudança de mentalidade e cultura.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CAPPELLETTI, Mauro, e Bryant GARTH. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Judicialização das relações sociais e desigualdade de acesso: por uma reflexão crítica*. In: *Justiça do Século XXI*. ORSINI, Adriana Goulart de Sena (Coord.); COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da (Coord.); ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (Coord.). São Paulo: LTr, 2014.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de, Marcella Furdado de Magalhães. *Mediação Judicial Trabalhista In: Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma*. SOUZA, Cláudia Maria Gomes de (Coord.) GOMES, e SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann BURGOS, e Paula Martins. SALLES. *Dezessete anos de judicialização da*

política. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2> > (acesso em 17 de 05 de 2017).

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

O CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO É EXCEPCIONAL. E O QUE ELE NÃO É?

Gilmar Brunizio

INTRODUÇÃO

O Presidente da República, Michel Temer, desde sua posse vem propondo alterações no sistema jurídico das relações trabalhistas. Dentre as propostas de alteração, o contrato de trabalho temporário já foi positivado, por meio da Lei nº 13.429/2017, que alterou a Lei nº 6.019/1974.

A nova lei de contratação temporária gerou inúmeras histerias extremistas. De um lado, os trabalhadores e sindicatos que se manifestaram em sentido contrário à lei, tendo em vista os riscos de subtração e afetação de direitos trabalhistas. Do outro lado, o governo prometeu, sem apresentar dados empíricos, aumento de emprego e desenvolvimento da economia.

A problemática ocorre quando não há observância do caráter excepcional que a norma possui e seus pressupostos essenciais são violados. O uso abusivo desta espécie de contratação desestimula a contratação do contrato de trabalho indeterminado que é a forma mais justa e escoreita de ajuste na relação de emprego.

Além disso, o presente estudo demonstra o que o contrato de trabalho não é. A intenção é demonstrar que os discursos extremistas de defesa ou ataque ao instituto do contrato de trabalho temporário colidem com o real objeto da normatização. Foram explorados alguns argumentos, concluindo-se que se tratavam de discursos políticos que buscavam sustentar suas bases aliadas, diante da crise política que atravessa o país.

No entanto, é importante alertar que o Brasil, em 2013, já era o segundo país a contratar trabalhadores de forma temporária, de acordo com a International Conferation of Private Employment Services. A tendência é aumentar esse número de contratações, tendo em vista a dilação do prazo de duração do contrato temporária e a permissividade de contratar profissionais que exerçam atividades-fim⁴.

O presente estudo possui o objetivo de demonstrar que a não observância dos pressupostos essenciais do contrato de trabalho temporário de viabilizar a contratação temporária para substituição de pessoal permanente ou complementação de serviços prejudicará a classe trabalhadora, como também não será instrumento de alavanca do número de oportunidades de emprego e crescimento da economia.

1. DOS PRESSUPOSTOS DO USO EXCEPCIONAL DA NORMA

É evidente que o legislador, ao longo dos anos, vem buscando introduzir nos sistema jurídico trabalhista, meios eficazes de aumentar a capacidade de produção, aproveitando-se melhor dos recursos com o objetivo de fomentar a competitividade dos empreendedores no mercado interno e externo.

4. Silva (2017, p. 39) define atividade-meio e atividade-fim da seguinte forma: “Doutrinariamente, atividades-meio são aquelas que não coincidem com os fins da empresa contratante, com as atividades descritas como seu objeto social, e atividades-fim são aquelas que coincidem”.

Nesse sentido que a contratação temporária deve ser vista, i.e., como instrumento de aquecimento do setor econômico.

Rezende (1997, p. 15), afirma que:

Sinteticamente, podemos dizer que o movimento de terceirização, quando feito dentro de critérios consistentes, traz os seguintes resultados favoráveis: melhoria da competitividade, aumento do lucro, ampliação significativa da flexibilidade técnica e econômica, diminuição sensível da burocracia e possibilidade concreta de estabelecimento de parcerias (que é um fator cada vez mais importante no contexto de uma administração eficiente) .

Ainda que a terceirização, hodiernamente, seja um instrumento capaz de aumentar a competitividade de uma empresa, deve-se se ter cuidado com seu uso abusivo, como assevera Rezende(1997, p.1)

A terceirização apresenta-se como uma possibilidade infinitamente mais adequada para uma série de situações enfrentadas pelas empresas, mas não pode ser tratada como um novo dogma, visto que estes, tanto os velhos como os novos, não conseguem mais dar respostas satisfatórias à efetiva prática empresarial moderna.

Nessa toada o art. 2º da Lei 13.429/2017 define que:

trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade

de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

O contrato de trabalho temporário, que traduz uma das formas de terceirização de serviços, no qual uma empresa de objetivo secundário é contratada, de forma temporária por uma empresa tomadora de serviços para interposição de mão-de-obra trabalhadora, para determinado fim excepcional.

Todavia, essa espécie de contratação só pode ser utilizada em duas situações, quando: (i) necessidade de substituir, de forma transitória, pessoal permanente; (ii) demanda complementar de serviços. Portanto, esses são os pressupostos essenciais de validade do contrato temporário de trabalho, sob o regime da Lei nº 13.429/2017.

Neste contexto de ampla opção pela terceirização no mercado de trabalho brasileiro, deve-se atentar que ambos os pressupostos que caracterizam o trabalho temporário possuem caráter excepcional. Destarte, não há margem para contratação temporária que não estejam presentes uma das situações anômalas previstas na lei de contrato temporário.

Para cessar a situação anômala afasta-se a regra. Todavia, no caso de contrato de trabalho temporário não se fala num estado de exceção, no sentido amplo, apenas se estabelece dois critérios objetivos que autorizam o empregador contratar de forma temporária.

Entretanto, subsistem semelhanças com o estado de exceção⁵, quais sejam: (i) Como na ditadura comissária⁶ o es-

5. No estado de exceção há uma decisão de um soberano que afasta a eficácia do direito em razão de um fato político que coloca em risco a democracia. No caso do contrato temporário a suspensão dos direitos trabalhistas – aviso prévio, multa 40% - deve possuir o desiderato de viabilizar o negócio empresarial, que em virtude de fatos anômalos supervenientes, terá afetada sua expectativa de resultados.

6. Carl Schmitt define ditadura soberana e comissaria. Sendo esta a ditadura que busca restabelecer a ordem suspendendo o sistema jurídico, em virtude de um fato político. Enquanto que a primeira possui o caráter de criação de uma nova ordem e detenção do poder.

tado a quo deverá ser restabelecido; (ii) a necessidade é um elemento essencial; (iii) o caráter transitório é imperioso. Passa-se a detalhar:

(i) A afirmação que o estado a quo será restabelecido decorre dos próprios fundamentos dos pressupostos de excepcionalidade contidos na norma. Na hipótese de substituição transitória de pessoal permanente, o trabalhador substituído retornará a exercer as funções quando cessadas as necessidades que o levaram a se afastar. Na outra hipótese, concluídos os serviços complementares os trabalhadores temporários serão dispensados, neste caso, não houve um aumento de vaga permanente de emprego.

Como no caso da ditadura constitucional⁷, em que se sacrifica o estado de direito ao afastar a eficácia do sistema jurídico para salvaguardá-lo. Na contratação temporária dispensa-se a contratação por tempo indeterminado e o concurso público para substituir, de forma transitória, pessoal permanente ou para complementar serviços.

A admissibilidade de contratação temporária por ocasião de substituição de pessoal permanente impede a interrupção dos serviços prestados pelo trabalhador substituído, na medida que outro irá substituí-lo apenas naquele período que precisou se afastar. No âmbito privado haverá continuidade da produção da atividade empresarial, não proporcionando majoração no preço final, em virtude das obrigações inerentes do contrato por tempo indeterminado. No âmbito público não ocorrerá a interrupção de serviços públicos, bem como, não acarretará numerosos dispêndios com concursos públicos para preenchimento de vagas temporárias, em consonância com o princípio da continuidade da Administração Pública;

7. De acordo com Agamben (2004, p.21) dois são os critérios essenciais da ditadura constitucional: absoluta necessidade e seu caráter temporal.

(ii) Como no caso do estado de exceção, a lei de trabalho temporário estabelece que a contratação só poderá ocorrer caso haja necessidade e apenas nas hipóteses previstas no art. 2º. Portanto, a necessidade deve ser motivada, sob pena de invalidação da contratação temporária.

A necessidade consiste num elemento essencial para aperfeiçoamento do contrato temporário, pois só se caracterizará nas hipóteses de substituição de pessoal permanente, de forma transitória, e para complementação de serviços.

Extraí-se, portanto, que não pode o empregador ao seu bom alvitre contratar trabalhadores temporários. Em verdade, deverá demonstrar de forma objetiva as necessidades que a lei prevê. Repete-se, essa necessidade é objetiva, não há subjetivismo para contratação temporária, em sentido contrário, caracterizar-se-á fraude a contratação regular.

(iii) Por fim, a semelhança ao estado de exceção se dá, em virtude da transitoriedade da contratação, posto que o objetivo é viabilizar a contratação de trabalhadores apenas para suprir uma necessidade. Noutras palavras, a contratação temporária não pode perdurar ao longo tempo, pois cabe aos contratos regulares proporcionar segurança jurídica que ultima a longevidade na relação de trabalho ou emprego.

A transitoriedade é positivada no parágrafo primeiro do art. 10 da Lei de contratos temporários, no qual estabelece que o prazo não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não. Podendo ser prorrogado por até noventa dias, consoante o dispõe o parágrafo segundo do mesmo artigo.

Por fim, a contratação temporária será inválida se não possuir o objetivo de restabelecer a situação anterior, ou a necessidade não se coadunar com seus pressupostos essenciais; ou possuir caráter permanente, devendo ser convertida na espécie de contrato de trabalho por tempo indeterminado,

em virtude do cometimento de ato fraudulento aos reais objetivos da contratação temporária.

2. O QUE O CONTRATO TEMPORARIO NÃO É

Mendonça (2014, p. 130) ensina que: “Boa estratégia para compreender algo é ver, também, o que esse conceito não é”. Adiante, orientando-se por esta lição, serão analisados alguns argumentos favoráveis e desfavoráveis do contrato temporário de trabalho.

O advento da Lei nº 13.429/2017 gerou inúmeras manifestações e debates, em todo o país, acerca dos efeitos positivos e negativos da alteração da Lei nº 6.019/74. A repercussão foi grande nos diversos setores, podendo-se extrair diversos entendimentos, como por exemplo, a opinião de Guilherme Afif Domingos, Presidente do Sebrae⁸:

A terceirização é um fator de geração de emprego. É uma oportunidade para o surgimento de muitas atividades para novos empreendedores que hoje são trabalhadores. O operário vira empresário. Irá permitir que as empresas participem de cadeias produtivas como prestadoras de serviços especializados ou tenham contratos de trabalho que sejam adequados às modernas relações que a CLT não contempla e traz insegurança jurídica. Regulamentação da terceirização não deve ser confundida com a precarização da força de trabalho. Precarização é a falta de trabalho.

Por outro lado a Nova Central Sindical de Trabalhadores (NCST) contra argumenta:

8. As opiniões foram extraídas da página eletrônica disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/veja-a-repercussao-da-aprovacao-do-projeto-que-permite-terceirizacao-irrestrita.ghtml>>. Acessado em 29/05/2017.

A terceirização conforme permite o PL 4302/98 enfraquece a relação de trabalho e desqualifica o trabalhador, o deixando exposto e sem apoio em caso de demissão ou enfermidade. Pesquisas do Dieese apontam que oito em cada dez acidentes de trabalho ocorrem com terceirizados. Ainda segundo o estudo, neste tipo de relação trabalhista o funcionário recebe cerca de 25% menos e trabalha até três horas a mais que celetistas. Por não ter a cobertura da CLT, cria-se ainda uma relação empresa-empresa e o capital humano é desprezado. Em outras palavras, os únicos beneficiados pela terceirização serão os empregadores, que obterão mais lucros em detrimento do trabalhador.

As opiniões são tão divergentes que aqueles que deveriam proteger os trabalhadores, desvirtuam o objetivo do contrato temporário ao admitir que o trabalhador se perpetue nessa espécie de contratação, como no caso do Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo (SindusCon-SP):

Na indústria da construção, a subcontratação diminuiu a rotatividade. Por exemplo, em vez de a construtora contratar um pintor por alguns meses e dispensá-lo depois de concluído o serviço, esse profissional trabalha para uma empresa especializada, que presta serviços para várias construtoras sucessivamente, e assim ele permanece empregado. Com isso, as empresas subcontratadas e seus profissionais se especializam e o resultado é o aumento da produtividade em todo o setor. Neste sentido, a terceirização traz um benefício não só para a construção como para toda a economia.”

Serão abordados os três principais argumentos que distorcem a realidade da lei, ora estudada, com o objetivo de analisar o que o contrato temporário não é, como segue:

(i) O contrato de trabalho temporário inibe a realização de concurso público? A resposta é negativa, por duas facetas. Primeiro porque há obrigatoriedade, e isso não foi alterado, de promoção de concurso público para investidura em cargo ou emprego público, dependente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, consoante o que dispõe o inc. II do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Os comandos na nova lei ordinária não altera os efeitos dos dispositivos constitucionais. A segunda faceta consiste exatamente nos pressupostos da própria lei de contrato temporário, tendo em vista que a contratação em cargo ou emprego público possui o caráter permanente, enquanto o trabalho temporário é transitório, i.e., admitir-se-á a contratação temporária apenas pelo período de afastamento do agente público. Enfim, o ingresso nos quadros de servidores públicos não será afetado, em virtude da nova lei de contratos temporários. Os mesmos argumentos são utilizados para as hipóteses de complementação de serviços. Contudo, nesta última hipótese cabe maior rigor na fiscalização para que estes serviços complementares não se tornem permanentes. Não poder-se-á admitir um permanente estado de exceção.

(ii) O contrato de trabalho temporário subtrai direitos dos trabalhadores? Identifica-se, de imediato, a subtração de direitos trabalhistas, pois defender o contrário é ignorar a realidade dos fatos e enganar-se a si próprio. O contrato de trabalho temporário subsiste porque reduz as obrigações trabalhistas.

O objetivo da existência do contrato temporária de trabalho é reduzir os custos dos empreendedores nas situações

anômalas de substituição de trabalhador ou complementação dos serviços. Ora, se não reduzisse direitos não haveria razões de sua existência, seria uma lei específica inócua.

Impõe-se, portanto, insistir que a finalidade não é, ao menos não deveria ser, de reduzir os direitos trabalhistas com o uso abusivo desta espécie de contratação. A finalidade real é reduzir os custos da atividade produtiva em virtude da necessidade de substituição transitória de profissionais ou complementação de serviços.

Por tudo isto, o contrato temporário de trabalho não é um instituto que visa reduzir os direitos trabalhistas. A redução de direitos trabalhistas faz parte de sua essência que possui o objetivo de incentivar o desenvolvimento econômico com a redução do custo final da produção, nas hipóteses de excepcionalidade. Todavia, sua malversação ou uso abusivo e ilícito acaba gerando consequências inesperadas que reduzem os direitos sociais.

(iii) O contrato de trabalho temporário aumenta a oportunidade de emprego? Em primeiro lugar, não pode confundir terceirização com contrato de trabalho temporário. A terceirização pode proporcionar aumento de vaga de empregos, todavia, o contrato de trabalho temporário não aumentará a oportunidade de empregos e quando o governo faz essa afirmativa acaba por confessar que pretende subverter o sentido da lei.

Não se pode olvidar que os pressupostos de subsistência da lei consiste na substituição transitória de pessoal permanente ou complementação de serviço. No primeiro caso trata-se de substituição, logo, não há o que falar em adição. Uma mera operação aritmética é capaz de concluir o pensamento. Suponhamos a situação que um professor universitário pediu licença por seis meses para estudar na Europa, haverá uma subtração de mão-de-obra, se contratado um professor temporário para substituí-lo haverá a adição de uma vaga de

emprego, portanto, um menos um o resultado é zero. Não há aumento de emprego nesse caso. A hipótese de aumento de emprego ocorreria se um professor universitário fosse contratado, de forma temporária, em virtude do crescimento do número de alunos o que levaria a universidade admitir mais um profissional. Neste caso, embora tenha aumento de emprego não caberia a contratação temporária por ausência do pressuposto da substituição do pessoal permanente.

Em relação a complementação de serviços poderá acarretar aumento de vagas de empregos quando fatores imprevisíveis ou fatores previsíveis, que tenham natureza intermitente, periódica ou sazonal⁹. Porém, cessada a situação anômala haverá de forma imperiosa a redução, quer dizer, a situação a quo será restabelecida e o suposto acréscimo de emprego se reverterá em desemprego.

Neste trabalho foi apresentado apenas três argumentos discursivos das consequências que a lei de contrato de trabalho temporário pode ou não gerar. Neste aspecto verifica-se que o problema não está adstrito naquilo que esta espécie de contratação não é, o grave problema surge no que se pode transformar esta forma de contratação.

Silva (2017, p. 41) ao lecionar acerca da ausência de regulação para existência da possibilidade de terceirizar a atividade-fim definiu que:

(...) a alternativa mais sensata seria a de que, em não havendo intuito de fraude à lei ou burla à legislação do trabalho, nada justificaria a intromissão do Judiciário para declarar qualquer nulidade

9. Santos Carvalho, José Reis considera que tipos permissivos para contratação de trabalho temporário são abertos que proporcionam insegurança jurídica. Disponível em: < <http://www.anpt.org.br/artigos/3070-na-democracia-so-a-politica-salva>>. Acesso em 21/05/2017

No mesmo sentido, Giacomossi analisa a terceirização :

Despir-se de extremismos, sem demonizar ou idolatrar tal instituto (terceirização), a análise permenorizada é essencial, o “produto” não está acabado. O atual cenário é de crise econômica e política, rugir de leão ou de tigre devem eclodir, para acordar e sacudir debates consistentes que atendam preceitos constitucionais, garantam empregabilidade e segurança ao trabalhador, sem inviabilizar a manutenção e permanência das empresas, pois onde há empresas há emprego, direito e igualdade, perspectivas para um Brasil justo devem apontar no horizonte.

Neste estudo o entendimento é esse, pois se a contratação temporária basear-se apenas nos dois pressupostos de validade e não possuir caráter permanente não há o que se falar em fraude à legislação trabalhista. Logo, se o contrato de trabalho temporário for utilizado de forma excepcional, seus efeitos não serão violadores do Direito do Trabalho, mas também não serão capazes de fomentar o desenvolvimento econômico.

Portanto, a previsibilidade normativa de contratação excepcional para determinadas hipóteses podem gerar benefícios para econômica e preencher algumas vagas de empregos por pequeno lapso temporal, contudo, seu uso deve ser restrito àquelas situações, sob pena de criar um sistema fraudulento de contratações que visam fraudar à lei e reduzir direitos trabalhistas. Não se deve ser ingênuo que a redução das despesas com verbas trabalhistas serão reinvestidas ou empregadas na economia. A fraude só possui um objetivo: o aumento do lucro!

Não se deve admitir o uso reiterado da contratação temporária, quer dizer, não é admissível defender uma necessidade permanente. Não há abertura para que a exceção se torne

uma regra, por força do poder econômico ou um paradigma de governo. O contrato de trabalho temporário, definitivamente, possui o desiderato de preencher uma lacuna entre a previsibilidade e a realidade. Ele não é mais do que isso!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a inserção da nova lei de contrato de trabalho temporário ter por objetivo o desenvolvimento das atividades empresariais e redução de custos de produção, seu uso deve ser pautado na necessidade excepcional. Ao revés, estar-se-á violando a proteção ao trabalhador com a redução de direitos trabalhistas.

Neste contexto, que se impõe respeitar os dois pressupostos de validade da contratação temporária, sob pena da sua convocação em contrato de trabalho por tempo indeterminado. Assim sendo, contratar trabalhadores temporários que não seja para substituir, de forma transitória, pessoal permanente ou complementação de serviços caracteriza fraude à legislação trabalhista.

O caráter excepcional da contratação temporária é imperioso, não sendo crível a perpetuação do preenchimento daquela vaga de emprego por profissionais temporários. Noutros termos, o cargo ou função que foi preenchido pelo trabalhador temporário, na situação excepcional, não pode ser objeto de reiteradas contratações temporárias, caracterizando nesta hipótese fraude à lei.

Por segurança, também, é cogente a motivação da contratação temporária, devendo-se justificar a necessidade, de forma objetiva, com o desiderato de controlar e fiscalizar possíveis abusos e desvios de finalidade no uso do contrato de trabalho temporário.

Alguns aspectos merecem destaques:

(i) a contratação temporária não proporcionará a redução de concursos públicos, pois a Constituição da República dispõe que o preenchimento de cargos públicos dar-se-á

por intermédio de concurso de seleção que possui seu regime próprio e permanente.

(ii) É fato que a contratação temporária subtrai direitos trabalhistas, pois sua natureza é essa, reduzir direitos e custos de produção em determinadas situações excepcionais. Se não houvesse redução de custos e direitos sua existência seria inócua.

(iii) O contrato temporário, de forma isolada, não é instrumento de aumento de oportunidade de empregos, apenas proporciona alguma adição, por pequeno lapso temporal, e somente nas hipóteses de complementação de serviços.

Encerrando, o contrato de trabalho temporário é um instrumento jurídico-trabalhista que pode, excepcionalmente, ser utilizado para cessar uma situação anômala que gera uma necessidade que pode implicar em aumento, inesperado ou não, dos custos de produção. Todavia, o uso abusivo não pode transformá-lo em instrumento de fraudes à legislação trabalhista.

Os protagonistas, a partir deste momento, que possuem o dever de não permitir que a contratação temporária se transforme em fraude aos direitos trabalhistas, são: a fiscalização do Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Tradução de Iraci D. Poleti. **Estado de Exceção: Homo Sacer, II, I**. São Paulo: Boitempo. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

_____. Lei n° 6.019, 03 de janeiro de 1974.

_____. Lei n° 13.429, 31 de março de 2017.

GIACOMOSSI, Michelli. **Terceirização: leão feroz ou tigre de papel?** In: Congresso Nacional Do Conpedi, XXV, 2016, Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: < www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/od9961w9/44D1vM9tT55Bnk1e.pdf > Acesso em: 29 mai. 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Forum. 2014.

REZENDE, Wilson. **TERCEIRIZAÇÃO: A integração acabou?.** São Paulo: Revista de Administração de Empresa. v. 37, n.4, p. 6-15. Out./Dez. 1997

SILVA, Leonardo Rabelo de Matos. **Direito e Trabalho: Reflexões através do tempo.** Rio de Janeiro: Agora21. 2017.

UMA CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO DO TRABALHO PÁTRIO: NOVOS ARRANJOS JURÍDICOS E SOCIAIS DE UMA SOCIEDADE COMPLEXA¹⁰

Hector Luiz Martins Figueira

INTRODUÇÃO

O estudo da ciência do direito do trabalho vem durante anos passando por transformações que parecem não ter fim, com o advento dessas modificações emana a necessidade de se explorar temas da teoria geral do direito laboral, como a crise do positivismo jurídico e suas implicações no ordenamento brasileiro. Haja vista o emprego da norma e dos dogmas jurídicos como algo totalmente arraigado no âmbito dos tribunais e da prática forense, surge o desafio de olhar o direito sob uma nova ótica, qual seja do pós-positivismo, pois uma grande maioria vê o direito como um sistema de normas apenas (só existindo a CLT), sabendo que ele é muito mais abrangente do que isto, a reflexão por ora proposta, se faz indispensável.

Em tempos de acelerado desenvolvimento, e de sociedades complexas e plurais, uma visão meramente legalista da

10. Trabalho encaminhado para o GT4 Direito do trabalho e seguridade social.

ciência do direito se mostra demasiadamente reducionista, pois restringe seu aspecto interpretativo e prejudica a resolução dos conflitos nas sociedades contemporâneas. Pois as relações do trabalho se reinventam no tempo, como por exemplo, o surgimento de vagas de trabalho informal e de flexibilização da terceirização; Daí, exsurge a importância de se revisitar temas da filosofia, da sociologia e da ciência política, na busca por novos paradigmas para se pautar a atuação judicial na esfera do direito laboral. Além de se basear nos dogmas do direito positivo, o ordenamento jurídico contemporâneo precisa ser construído com esteio nos os novos arranjos sociais, ou seja, baseado nas experiências dos casos concretos – (conflitos), que decorrem da formação recente das democracias ocidentais.

Deve-se considerar que a aplicação do direito positivo celetista não acompanhou as reformatações do mundo contemporâneo. Que ao intérprete não cabe mais a investidura do manto da neutralidade. Que o juiz do trabalho ao julgar o caso concreto não pode atuar somente com os métodos hermenêuticos tradicionais. Enfim, deve buscar novas formas de atuação frente ao direito posto. Destarte, com este objetivo em mente, analisaremos o positivismo clássico e as novas linhas de pensamento denominadas de pós-positivismo e neoconstitucionalismo. Ambas as vertentes propõem uma conexão entre direito, moral e a realidade (primazia). Ou seja, as novas teorias buscam transpor o direito de um plano altamente abstrato para um plano mais fático e real, pois como bem se sabe é do fato social que nasce o direito.

Com o fito de se refletir de forma aprofundada sobre a crise do positivismo jurídico e as novas concepções teóricas cunhadas para o seu lugar, faremos a compreensão dos clássicos do Direito como: O Positivismo Jurídico de Norberto Bobbio, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, O Guardião da Consti-

tuição de Carl Schmitt, passando pela sociologia far-se-á uma abordagem sobre a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhuman, e também à sociologia de Max Weber. Contudo, inúmeros outros autores poderão colaborar para que o objeto do estudo seja alcançado. Adiante, a fim de compreender os novos arranjos da ciência jurídica, a abordagem a ser feita será sobre os autores que estudam o paradigma pós-positivista como: Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Robert Alexy e John Rawls etc.

Como se observou acima, a problemática que se propõe é referente a crise do positivismo jurídico no direito do trabalho. Buscar-se-á nesse artigo responder alguns questionamentos: Como e porque o positivismo jurídico tornou-se um meio incipiente para a solução de tantos conflitos trabalhistas na modernidade? De que forma atua os conceitos pós-positivistas e as teorias do neoconstitucionalismo, no âmbito de uma sociedade altamente acostumada ao emprego da norma positivada? Essas e outras questões serão levantadas no decorrer do artigo, e através de uma revisão de literatura se tentará esclarecer tais questionamentos. Todavia, trazer estas respostas é de grande relevância para ciência jurídica, pois aborda assuntos atuais e de vasta repercussão no cenário internacional sobre a teoria do direito.

1. A TRADIÇÃO JURÍDICA DO DIREITO LABORAL

Como bem se leciona nas escolas de Ciências Jurídicas e Sociais, o direito positivo tem por escopo a obtenção da paz social e apresenta-se formalmente em todas as Constituições do mundo, como um instrumento que busca dar tratamento isonômico entre os indivíduos de uma dada realidade social. Contudo, essa realidade vem sendo questionada através de pesquisas empíricas sobre o desempenho do judiciário pátrio. Assim, o positivismo por si só não mais tem conseguido cumprir com seu objetivo

principal. Para tanto, se faz importante compreender um pouco da origem positivista do direito e suas contradições.

Ao falar-se de positivismo jurídico recorre-se, sobretudo, ao alemão Hans Kelsen e a sua entonação para o termo com a Teoria Pura do Direito. Kelsen propunha uma teoria denominada de pura, pois ela deveria ser livre de todos os elementos que lhe fossem estranhos. Ou seja, o autor não se preocupava em adequar o *Direito*¹¹ a uma sociedade específica, não se importava como o direito deveria ser na prática, querendo apenas visualizá-lo como uma ciência jurídica genérica, despida de qualquer fator social ou outros valores que não sejam o direito puro. Pode-se inferir que para o referido jurista o direito deve ser visto como uma norma simplesmente. Essa norma seria algo hipotético, ou seja, contrafactual, só havia interesse pela forma - (uma visão universalista), não se preocupava com o conteúdo ou valor da norma - (não havia uma visão particularizada). Sobre a “pureza” do Direito Kelsen aduz:

A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo. Tão somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional de normas jurídicas. Como teoria ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não

11. A palavra Direito é uma expressão que possui múltiplos significados, podendo estar relacionada com os conceitos de lei, justiça, prerrogativa, dever, faculdade, entre outras. A concepção positivista, em exame, entende o Direito como um conjunto de regras, fruto de uma vontade humana soberana, impostas a todos os cidadãos com o intuito de viabilizar a vida em comunidade.

pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. (Kelsen, 2012, p. 67).¹²

Na mesma linha, Bobbio, quando fala em Direito o entende apenas como Direito Positivo, ou seja, “*o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*”¹³. Tal interpretação se dá porque, assim como Kelsen, ele não crê que se possa estudar a ciência jurídica através do direito natural. Pois, como ciência, o direito exige uma ausência de valores. Na lógica do autor, o direito positivo exprime o real e o direito natural indica o ideal. Mas a ciência se interessa apenas pela realidade e exige do cientista que não faça qualquer juízo de valor para que seja preservada a pureza da norma. O que se preocuparia com os valores não seria a ciência jurídica, mas sim a sociologia ou a filosofia do Direito. Segundo Bobbio, o positivismo jurídico mostrava o direito com uma postura científica, pois seu objetivo era transformá-lo em uma ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, por exemplo. Expressa o jurista:

A característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. [...] A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade. [...] O positivismo jurídico representa, portanto,

12. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 8ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67.

13. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; trad. E notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26

o estudo do direito como fato não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural). (Bobbio, 2006, p. 135-136).¹⁴

Do pouco exposto, extrai-se em síntese que os autores defensores da pura ciência jurídica preocupavam-se somente com o direito positivo. Bobbio na referida obra aponta inúmeras características do positivismo jurídico, corroborando a tese que vê o direito como um juízo de fato apenas e não como um juízo de valor. O jurista estuda o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural. Há uma latente preocupação apenas com a estrutura formal do direito, seu aspecto exterior, ou seja, para uma norma ser válida não há necessidade de se estudar o seu valor. Como já foi dito, considera-se o direito positivo como expressão única do direito, desconsiderando-se como tal o direito natural. Isso está devidamente vinculado ao fato do direito positivo ter o caráter obrigatório da coercitividade (natureza imperativa). E isso é muito visualizado no direito do trabalho:

O Direito Individual do Trabalho define-se como: complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas”. “...o Direito Coletivo do Trabalho pode ser defini-

14. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; trad. E notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135-136.

do como o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam as relações laborais de empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas associações. (Delgado, 2005, p.51)¹⁵

Na linha de entendimento dos autores positivistas, as fontes do direito positivo são somente as leis e os princípios que não forem contrários a elas. Sendo assim, a interpretação do jurista deve ser mecanicista, automática, conforme o princípio cunhado por Montesquieu que apregoava que os juízes deveriam ser “*la bouche de la loi*”¹⁶. Contudo, essa neutralidade total propagada pelo autor não se faz legítima na conjuntura atual, quando se sabe que o aplicador da lei interfere na solução dos conflitos com toda carga de valores pessoais e morais que carrega consigo. A visão positivista se demonstra reducionista, ao passo que seria impossível se ter um direito absoluto, soberano e intacto, sem sofrer interferências interpretativas dos aplicadores e de áreas diversas do saber, como antropologia, sociologia e ciência política.

O direito positivo trabalhista aqui explicitado acredita na obediência da lei enquanto tal, não permitindo a interpretação e maleabilidade em sua aplicação. O juiz que julga afastando-se do caso concreto, não julga de forma equânime, sob pena de não resolver os problemas existentes na sociedade. É por isso que em quadras de neoconstitucionalismo, autores como

15.DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, exemplar nº 10013, 4ª edição, São Paulo: LTr, 2005; p. 51.

16.A afirmação de Montesquieu, extraída da obra de Plauto Faraco de Azevedo de que os Juízes, na concepção da época, não eram senão “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”, hoje empregada, seria o mesmo que negar a função política do magistrado, desqualificar a sua função e ignorar a funcionalidade democrática do Poder Judiciário. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

Ronald Dworkin vão buscar uma reaproximação entre direito e moral. Tema este que será explorado no terceiro capítulo.

Fato, valor e norma, estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito ou pelo jurista como tal [...] a correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional ou dialética, dada a “implicação-polaridade” existente entre *fato e valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo [...]. (Reale, 1994, p.57)¹⁷ *Grifos do original*.

Perfilhamos do entendimento formulado por Miguel Reale quando se busca o estudo da regra jurídica com base no fato social e no seu valor, além da norma. Pois é evidente a noção de que direito é uma ciência social dinâmica que está em constante processo de adaptação. Como seu objetivo é regular fatos sociais, ele precisa acompanhar as mudanças ocorridas no seio da comunidade, ou poderá tornar-se ineficaz. Assim, não vislumbro a possibilidade de se pensar o Direito afastado da realidade fática, uma vez que é das relações sociais que nascem novas normas jurídicas.

2. A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO EM MATÉRIA TRABALHISTA

Neste momento se faz oportuno levantar toda abordagem referente a crise do positivismo jurídico no direito do trabalho, para isso precisaremos dialogar com autores que iniciaram tal embate. É sabido que a concepção positivista do direito laboral

17. REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª Ed., rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57

vem sendo condenada ferozmente sob alguns aspectos neste século, hoje vivemos na era do realismo jurídico, que busca através da jurisprudência, por exemplo, conceber o direito como o resultado de um fato sociológico de uma dada realidade. Sendo assim, é indispensável analisar os trabalhos que formularam e contribuíram para o nascimento de uma nova concepção.

Autor de merecido destaque que já trilha caminhos menos radicais é Hebert Hart, cuja teoria prega um positivismo jurídico mais moderado, diferenciando-se assim, consideravelmente de Kelsen, pois propõe uma “*textura aberta do direito*”¹⁸. E já no prefácio de sua obra “*O Conceito de Direito*” afirma existir uma relação entre direito e moral. Esse posicionamento demonstra uma nova vertente do positivismo, que já reconhece a formação do direito com a participação de outros elementos. Sgarbi ao citar Hart explica:

Segundo Hart, são equivocadas as asserções que consignam ser impossível terem as regras jurídicas e as regras morais mesmo conteúdo. Dizer que as regras morais e as regras jurídicas são distinguíveis é uma coisa; outra completamente diferente é atribuir qualquer impossibilidade de contato. Não fosse assim, as ordens jurídicas seriam, muito provavelmente, apenas “um clube de suicidas”. (Sgarbi, 2009, p.138)¹⁹

Com a passagem acima, pode-se aferir que há uma diferença entre as regras jurídicas e as morais, mas para que elas convivam é fundamental um diálogo, que deve ser promovido por juízes e sociedade. Na matéria trabalhista, o papel

18. Isso significa que os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. SGARBI, A. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.132

19. SGARBI, A. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.138.

do julgador é imperioso nesta aproximação, pois é ele que estabelece as pontes entre empresário e trabalhador a fim de acomodar interesses ou direitos violados. Assim, com essa premissa, visualiza-se a impossibilidade de se pensar o direito como uma ciência jurídica única e apartada do sistema social, político, psíquico, econômico, etc. Principalmente na seara trabalhista, onde temos a influência direta do direito do trabalho, e as consequências na saúde dos trabalhadores.

3. A NOVA ORDEM JURÍDICA: PÓS-POSITIVISMO NO DIREITO DO TRABALHO

A atitude crítica do direito, da norma positivada foi um marco fundamental da filosofia política nos anos 60 e 70. No entanto, a partir dos anos 80, passou-se a enfrentar o tema da justiça distributiva e do pluralismo dos conflitos jurídicos, quando da sedimentação das sociedades democráticas, que vem por meio da concessão dos direitos trabalhistas, representados no art. 7º de nossa constituição. Contudo, questiona-se de onde vem a força do direito nas sociedades atuais? Em qual concepção deve o direito trilhar agora? Em nossos tempos, o que sabemos, portanto, é que inúmeros caminhos existem para ser trilhados, mas é na seara de um velho conhecido nosso, o direito puramente dogmático, que se pretende remodelar as coisas. É exatamente esse direito que queremos rever, buscando algo para além do positivismo, como por exemplo, sua reaproximação com a ética, com a política, com a moral, e as demais áreas do saber.

O novo paradigma pós - positivista surge para ser uma evolução científica em relação aos avanços até então alcançados, cabendo-lhe responder as questões não respondidas pelo positivismo legalista e simultaneamente desvelar os pontos ainda

encobertos do direito como um todo. Sobre essa Teoria crítica ao Direito, se faz preciosa a leitura de Wolkmer:

Na verdade a “teoria crítica” aplicada ao direito pretende repensar, questionar e romper com a dogmática lógico-formal imperante em uma época ou em um determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições para o amplo processo pedagógico de “esclarecimento”, “autoconsciência” e “emancipação”. A Teoria Crítica do Direito não só analisa as condições do dogmatismo técnico-formal e a pretensão da cientificidade do direito vigente, como, sobretudo propõe novos métodos de ensino e de pesquisa que conduzem à desmistificação e a tomada de consciência dos operadores jurídicos. (Wolkmer, 2003, p.4)²⁰

Do aduzido acima, se depreende que a norma jurídica deve ser formulada para o caso concreto a partir de um trabalho sobre dos textos jurídicos e sobre os dados factuais/reais. E isso deve ocorrer, porque o Direito, (diferentemente do texto legal), não se permanece inalterável, contudo ele não pode se comportar como um objeto que se mantém afastado do seu sujeito. Assim, o trabalho hermenêutico deve caminhar no sentido de criar condições para que a norma abstrata seja elaborada com base no caso concreto. Desse modo, ter-se-íamos normas que verdadeiramente atendessem os anseios sociais da população que encontra-se inserida num mercado de trabalho e que tem direitos mínimos violados hodiernamente.

Nesse diapasão, pode-se distinguir a teoria analítica do direito - (lei) da teoria ética do direito, isto é, “*o estudo do que deve*

20.WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação*. 2003. p. 4. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 19 dez. 2012.

ser o direito”.²¹ Referida teoria afasta a concepção tradicional da dogmática posta, e instaura uma concepção pós-positivista de reflexão sobre a produção do direito que seja ao mesmo tempo realista e respeitosa com princípios da democracia e do Estado Democrático de Direito. Todas essas considerações estão postas na obra seminal, *Levando os Direitos a sério*, de Ronald Dworkin. Assim, o autor faz um reencontro do direito com os conceitos da moral, da ética, da política e acima de tudo com a realidade social. Comprava-se com o seguinte comentário:

A linha principal da teoria do direito-norte americano seguiu essa exigência de realismo e evitou a abordagem doutrinária dos textos legais. Ela enfatizou as duas outras habilitações profissionais – a capacidade dos juristas de reunir e organizar fatos e de elaborar táticas para a mudança social. [...] A ênfase nos fatos transformou-se naquilo que Roscoe Pound, de Harvard, denominou de “teoria sociológica do direito”, que ele entendia como o estudo criterioso das instituições jurídicas enquanto processos sociais. Essa abordagem traz um juiz, por exemplo, não como um oráculo da doutrina, mas como um homem que responde a diferentes tipos de estímulos sociais e pessoais. (Dworkin, 2007, p.7)²².

A análise expendida por Dworkin serve de suporte para o que se quer demonstrar neste capítulo. A norma não pode está ali isolada pura e simplesmente, ela precisa ser manuseada e aplicada com ênfase nos fatos sociais. É na aplicação dela que vemos se restabelecer o diálogo com a moral e a política por exemplo. Uma vez que se tem um magistrado decidindo casos

21.DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 5.

22.DWORKIN, op. Cit, p. 7.

difíceis de repercussão geral, estaremos diante de decisões políticas, que devem beneficiar a toda coletividade – direito coletivo do trabalho, por via dos acordos e convenções coletivas. Por outro lado, quando decide um caso isolado, estão criando novas leis, que refletem sua moralidade política e pessoal. Dessa forma, o texto legal está sempre aberto a receber elementos atualizadores advindos dos problemas da sociedade.

Nesse sentido, é preciso entender que às sociedades democráticas contemporâneas deve ser concedido um lugar central no processo político de formação da vontade comum, mas sem que isso signifique abrir mão da sua estruturação em termos de Estado e Direito. Noutras palavras, quer dizer que a complexidade social, principalmente das relações de mercado e de trabalho não permite que uma ordem única e suprema delibere sobre assuntos diversos e de interesses distintos. É preciso que exista sim um arcabouço jurídico norteador, mas que este esteja apto a se modificar na medida em que os anseios de uma população também se alteram. Assim, Habermas, ao formular uma política deliberativa procedimental baseada nos interesses privados e coletivos, expõe sua teoria democrática estruturada nas regras do discurso e nas formas de argumentação:

A teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como uma resposta consequente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático. A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos. Essa teoria não opera com o conceito de um todo social no Estado, que pudéssemos representar como um

sujeito em grande escala com ação voltada para metas. Ela tampouco localiza esse todo em um sistema de normas constitucionais que regulem o equilíbrio de poder e o compromisso de interesses de modo inconsciente e mais ou menos automático. (Habermas. 1995, p. 47)²³

Desse modo, busca-se para o seio participativo de construção deste “novo” Direito, cidadãos que sejam livres e iguais na medida em que as democracias contemporâneas precisam encaixar em seu sistema jurídico meios de contornar as diferenças, desigualdades, pluralidades e liberdades. Parece-me que através da leitura moral de Dworkin sobre o direito, juntamente com a contribuição dos demais autores, é possível (re) articular liberdade e igualdade, para se construir um espaço de direitos fundamentais. Assim, sob a ótica interpretativa de John Rawls, os juristas e juízes do trabalho, na prática forense, devem buscar elementos equitativos e distributivos de aplicação da justiça, a fim de se revisar a antiga ordem positivista, ideológica, excludente, que em sua maioria sempre legitimou interesses das classes dominantes. Nesse sentido, Rawls aduz:

Primeiro princípio de justiça: cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema semelhante de direitos e liberdades para todos; e neste esquema, as liberdades políticas iguais, e somente estas liberdades, têm que ser garantidas por seu justo valor – segundo princípio – A desigualdades sociais e econômicas

23.HABERMAS, Jürgen. *Três Modelos Normativos de Democracia*, traduzido do espanhol por Gabriel Cohon e Álvaro de Vita, in Lua Nova, Revista de Cultura e Política, nº 36, 1995, p. 47.

têm que satisfazer duas condições: primeira, devem ser se relacionar com postos e posições abertos para todos em condições de plena equidade e de igualdade de oportunidades; e segunda devem redundar no maior benefício dos membros menos privilegiados da sociedade. (Rawls, 2000, p. 244)²⁴

Por todo o exposto, vê-se que a concepção de justiça, principalmente a justiça labora, está atrelada a noção de cooperação social. De modo que os direitos e as liberdades básicas devem ser igualmente distribuídos, independentemente dos paradoxos trazidos na formação das sociedades complexas e plurais. Neste contexto de indeterminações e fluidez, é imperioso que se consiga manter a homogeneidade e unidade das comunidades para o bem das instituições jurídico-políticas. Ainda neste sentido, é consectário lógico de todo sistema jurídico a sua adaptação e adequação às peculiaridades e particularidades aos costumes de cada povo/nação.

Diante de inúmeras teorias apresentadas, percebe-se que em sua maioria, encontram-se muito aquém de se alcançar uma identidade da ordem jurídica fundamental. O que se pretende na verdade com artigos deste mote, é refletir sobre as estruturas dogmáticas do direito positivo a fim de se revelar os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência. Isto ocorre, porque em qualquer lugar que existam direitos fundamentais garantidos e uma estrutura democrática posta, precisa existir uma teoria e uma prática do direito que sejam eficientes na resolução dos conflitos sociais. Dessa forma, cabe aos operadores do direito e juízes em especial do trabalho, assumir o papel para a concretização das normas positivadas no Brasil, o que só se realiza através de uma aproximação entre

24. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília/São Paulo: Instituto Teotônio Vilella e Ática, 2000. p. 244.

as instituições e os cidadãos, de forma que possam dialogar e compreender as necessidades da sociedade.

Por último, vale lembrar que é papel da Carta Política de 1988, pelas mãos do direito constitucional - Art. 6º e trabalhista – art. 7º, visa garantir aos cidadãos a plena efetividade das normas nela positivadas. Contudo, a modernidade trouxe desafios de grande monta, que se mostram como obstáculos insolúveis na concretização dos direitos sociais fundamentais. No Brasil, a flexibilização do Direito do Trabalho, remonta a centúria passada. Após a primeira metade do século XX, eram significativas as mudanças entorno das relações individuais de trabalho, pelos mais variados aspectos, sobretudo os de cunho político e econômico. Nesse sentido, Amauri Mascaro, informa e exemplifica:

No Brasil as leis foram flexibilizada, inicialmente, em 1966, com Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que facilitou a dispensa dos empregados optantes para os quais foi extinta a indenização de dispensa, substituída por depósitos mensais que o empregador faz na conta do empregado no fundo e pela estabilidade no emprego que antes adquiriram ao completar dez anos no mesmo emprego. (Nascimento 2009. p. 70)²⁵

Analisando a flexibilização do Direito do Trabalho nestes moldes, lhe afiguraria como instrumento adequado às exigências de um novo tempo, apropriado à realidade, condizente com a lógica evolutiva do Direito do Trabalho.

CONCLUSÃO

Na atual compostura das nações e dos povos, até mesmo com reflexo de um mundo cada vez mais universal estimulado

25. NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

pela ascendente globalização, as culturas, crenças, opções filosóficas e políticas, conhecimento científico e qualquer outra manifestação do saber humano tende a estabelecer uma aproximação muito maior entre as diversas áreas do saber. Sendo importante que o direito tenha um conteúdo interdisciplinar para sua melhor realização. Além disso, percebe-se que o Direito do trabalho é fruto de um produto histórico, sujeito a permanente e natural evolução, nem estabelecido arbitrariamente pela vontade dos homens, nem emanado de Deus, mas pela consciência coletiva de dado povo, em determinado território.

Ao fundar regras para o Direito desprezando o juízo de valores, os conceitos de moral e política, o positivismo jurídico passou a viver como um sujeito impositor de regras, preferindo, primeiro, estas, para posteriormente fazer a aferição de como e em que circunstâncias a vida social reagiria a elas. Eis aí um dilema que o pós-positivismo buscou minorar, pois era clara a noção de que uma ciência totalmente abstrata seria incapaz de definir, sem discrepâncias, os seus próprios problemas de forma genérica.

Percebe-se ainda, que o positivismo sozinho se mostrou incapaz de solucionar o problema da efetivação da Justiça trabalhista, devido à sua teorização e à sua exegese radical ainda hoje enraizada. Contudo, construir a modernidade com as regras conservadoras do passado é negar ao homem o reconhecimento da sua ascensão ao estágio presente e evolução das sociedades e dos seus problemas. Então, a dificuldade que se visualizou no positivismo tradicional é que ele não conseguiu romper o cordão umbilical que o prende às estruturas clássicas das ciências e do conhecimento que o gestaram, e, da mesma forma, a cultura jurídica tradicional se mantém comprometida com o dogmatismo e com o formalismo, impedindo a evolução do ordenamento pátrio.

Ao fim e ao cabo, com as análises aqui feitas, conclui-se prematuramente que um ordenamento jurídico somente pode existir quando a maioria de seus cidadãos acredita que este lhes proporcionará condições de segurança, justiça, liberdade, igualdade, etc. Logo, resta claro que para ter uma relação de compatibilidade entre direito positivo e justiça social é preciso que as leis sejam elaboradas com base nos fatos sociais. Com efeito, essa declaração produz um dos aspectos mais polêmicos da experiência jurídica: o conflito entre a justiça social (igualdade) e a norma posta. Por isso, muito se fala e se escreve sobre neoconstitucionalismo, que seria uma nova maneira de pensar o Direito para além de uma simples norma positivada, visando, portanto, à manutenção do bem comum e das relações trabalhistas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; trad. E notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, exemplar nº 10013, 4ª edição, São Paulo: LTr, 2005; p. 51.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 5.

- HABERMAS, Jürgen. *Três Modelos Normativos de Democracia*, traduzido do espanhol por Gabriel Cohon e Álvaro de Vita, in Lua Nova, Revista de Cultura e Política, nº 36, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 8ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARIOTTI, H. *As paixões do ego: complexidade, política e solidariedade*. São Paulo: Palas Athena, 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília/São Paulo: Instituto Teotônio Vilella e Ática, 2000.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª Ed., rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1994.
- SEVERINO, A. J. *Metodologia do trabalho científico*. 21 ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2000.
- SIMIONI, R.L. *Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas Pouso Alegre, v. 27, p. 119-129, jul/dez. 2008.
- SGARBI, A. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TRINDADE, A. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação*. 2003. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 19 dez. 2012.

O ABUSO DE DIREITO NA ESTABILIDADE GESTANTE, A INEXISTÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR, O ÓCIO REMUNERADO E O DESSERVIÇO NA BUSCA DAS MULHERES POR MELHORES CONDIÇÕES DE TRABALHO

Humberto Muzzio Almirão

INTRODUÇÃO

A Súmula 244, I, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), estabelece que *“O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT)”*.

Enquanto que o inciso I, da Súmula 396 do mesmo TST estabelece que *“Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego.”*

Com a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), iniciado a partir da decisão no Recurso Extra-

ordinário nº 634.093²⁶ de 2011, que ampliou o entendimento de que a cobertura de proteção à maternidade visa proteger tanto a mãe como o nascituro, independente do prazo do contrato de emprego, e observando as súmulas indicadas, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e demais Tribunais Regionais do Trabalho, alicerçados na Teoria da Responsabilidade Objetiva do Empregador reconhecem que a Empregada possui direito público subjetivo à estabilidade provisória de emprego, independente da prévia comunicação ao Tomador de Serviços.

Baseando-se nisso e ampliando ainda mais seu alcance, observando a combinação das súmulas indicadas com a prescrição bienal disposta no artigo 11, I, da CLT, criou-se uma nova modalidade de Reclamação Trabalhista, que vem sendo chancelada pela Justiça do Trabalho: a de Obreiras que após sua dispensa e desligamento dos quadros de funcionários do Empregador, descobrem estarem grávidas, mas optam por não

26. E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, "b") - CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 - INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO . - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes . - As gestantes - quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário - têm direito público subjetivo à estabilidade provisória , desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, "b"), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina . Precedentes. Convenção OIT nº 103 /1952 . - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa. Precedentes (STF, RE 634.093, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22/11/2011 e DJE em 07/12/2011).

comunicarem o fato aos seus ex-empregadores, mantendo-se silentes, ajuizando ação trabalhista dentro do prazo prescricional, mas após encerrado o período de estabilidade gestante, requerendo tão somente a indenização substitutiva equivalente aos salários decorrentes da estabilidade provisória de emprego.

Abaixo ementa de acórdão recente do TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a constatação de possível contrariedade ao art. 10, II, b, do ADCT, e Súmula 244, I, do TST, deve ser determinado o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. ART. 10, II, b, DO ADCT. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO. EXIGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. DESNECESSIDADE. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consolidou-se no sentido de que o desconhecimento da gravidez pelo empregador não o exime da responsabilidade pela indenização resultante da estabilidade assegurada à empregada gestante dispensada sem justo motivo (Súmula 244, I, do TST). O fato gerador do direito à estabilidade provisória da empregada gestante surge com a concepção na vigência do contrato de trabalho e projeta-se até cinco meses após o parto, sem prejuízo dos salários, por força do que estabelecem os artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, b, do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias. Referidos dispositivos legais não condicionaram a proteção à empregada gestante à ciência, pelo empregador, de seu estado gravídico, motivo pelo qual o desconhecimento da gravidez, tanto pelo empregador como pela empregada, no momento da dispensa imotivada, não constitui condição obstativa ao reconhecimento do direito postulado. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.”

(TST - RR: 2351220125020051; Data de Julgamento: 11/03/2015, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015)

Com isso, a maioria dos Juízes do Trabalho, repetindo automaticamente as súmulas do Tribunal Superior e o disposto na Teoria da Responsabilidade Objetiva, julgam as demandas de forma favorável às trabalhadoras, obrigando Empregadores a pagarem salários, que podem alcançar de 14 meses, sem a Obreira ter despendido um único dia de labor neste período.

Sem perceber, a Justiça do Trabalho criou a figura do Ócio Remunerado, em total contrassenso aos princípios que a regem, chancelando a Má-Fé na relação de emprego, permitindo que trabalhadoras mintam e escondam de seus empregadores informações relevantes e pertinentes ao Contrato de Trabalho.

A manutenção desta forma de julgar, embora justificada pelo argumento de proteção ao nascituro e as mulheres e pela busca por melhores condições de trabalho, na verdade gerará o efeito inverso, aumentando a desigualdade.

O objetivo deste Artigo não é se insurgir contra a Estabilidade Gestante, eis ser esta um direito social de extrema relevância e que proporciona às mulheres promover os cuidados necessários, nos primeiros meses de vida, das crianças.

Não se discutirá aqui o Tomador de Serviços que deliberadamente desrespeita a garantia de emprego, dispensando empregada conhecidamente grávida. Eis que neste caso deve o mesmo ser punido, diante dos atos ilícitos.

O que se almeja é discutir e demonstrar que como qualquer direito, o da Estabilidade Gestante precisa estar alicerçado na Boa-Fé, sob pena de se criar instituto deformado e injustiças.

Empregadores, de boa-fé, que dispensam mulheres – que nem mesmo sabiam que estavam grávidas e que ao descobrirem, após encerrado o contrato de trabalho, optam propositalmente por não buscarem a garantia de reintegração de emprego, vindo à Justiça requerer a indenização substitutiva depois de esgotado o período da estabilidade – não podem ser obrigados a custear os meses desta estabilidade, tais quais àqueles que propositalmente desrespeitam a proteção à maternidade.

1. DO ADCT E DAS SÚMULAS SOBRE A ESTABILIDADE GESTANTE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, I, determina como direito social do trabalhador, a proteção contra a despedida arbitrária, sem justa causa.

E desde a promulgação da CF/88 se aguarda uma lei complementar para regulamentar os casos de dispensa sem justa causa, restando determinado nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), artigo 10, inciso II, “b”, a vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

O referido artigo criou o instituto da Estabilidade Provisória de Emprego à Gestante, protegendo as empregadas grávidas da dispensa arbitrária e sem justa causa.

E na omissão do Poder Legislativo, o Tribunal Superior do Trabalho, promovendo interpretação do referido artigo, criou as Súmulas 244²⁷ e 396²⁸.

As referidas súmulas estão em constante modificação e aperfeiçoamento, sendo a mais recente alteração ocorrida em 2012, no inciso III, da Súmula 244.

É exatamente em razão desta necessidade de aperfeiçoamento que se apresenta a referida crítica à interpretação combinada das Súmulas 244, I, com 396, I, do TST.

Pois ao se combinar o inciso I, da Súm. 244, com o inciso I, da Súm. 396, permiti-se que Empregadas Gestantes – que não sabiam que estavam grávidas na dispensa – não comuniquem tal fato a seus ex-empregadores e optem por, somente, ajuizar reclamação trabalhista após encerrado o período estável, obstando a reintegração e obrigando empregadores a pagarem salários sem a contraprestação do labor.

2. DA AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO E DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

A Jurisprudência dos Tribunais do Trabalho vem majoritariamente reconhecendo ser o Empregador responsável pela

27. “Sum. 244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

28. Sum. 396. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO “EXTRA PETITA” (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997); II - Não há nulidade por julgamento “extra petita” da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ nº 106 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997)”

indenização substitutiva equivalente ao período integral da estabilidade gestante, baseando-se, principalmente, na Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador^{29 30}.

Verifica-se que os julgados condenando o Empregador a indenizar a Empregada, baseiam-se na responsabilidade objetiva do empregador, em razão do ônus do seu empreendimento.

Necessário de maneira resumida, conceituar que a responsabilidade civil é: *“a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”*³¹.

29. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a constatação de possível contrariedade ao art. 10, II, b, do ADCT, e Súmula 244, I, do TST, deve ser determinado o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. ART. 10, II, b, DO ADCT. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO. EXIGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. DESNECESSIDADE. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consolidou-se no sentido de que o desconhecimento da gravidez pelo empregador não o exime da responsabilidade pela indenização resultante da estabilidade assegurada à empregada gestante dispensada sem justo motivo (Súmula 244, I, do TST). O fato gerador do direito à estabilidade provisória da empregada gestante surge com a concepção na vigência do contrato de trabalho e projeta-se até cinco meses após o parto, sem prejuízo dos salários, por força do que estabelecem os artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Referidos dispositivos legais não condicionaram a proteção à empregada gestante à ciência, pelo empregador, de seu estado gravídico, motivo pelo qual o desconhecimento da gravidez, tanto pelo empregador como pela empregada, no momento da dispensa imotivada, não constitui condição obstativa ao reconhecimento do direito postulado. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST - RR: 2351220125020051; Data de Julgamento: 11/03/2015, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015)

30. “ESTABILIDADE GESTANTE. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR. IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA. O termo “confirmação”, constante na letra b do art. 10, II, do ADCT, não foi utilizado com o sentido de comunicação ao empregador. Consoante a lição de Nei Frederico Cano Martins: “o termo confirmação, no dispositivo constitucional em exame, não tem o sentido de aviso que deva ser feito pela empregada ao empregador. Marca apenas o início, em termos objetivos, da aquisição do direito ao emprego”, isso porque a “confirmação” de um fato pode ser feita para a própria pessoa, enquanto a “comunicação” é sempre feita para os outros. Logo, a eventual ausência de comunicação da gravidez ao empregador não impede os direitos assegurados na Constituição. O objetivo da norma em foco foi o de proteger a maternidade, especialmente a pessoa que vai nascer, razão porque, na doutrina e na jurisprudência, prevalece a teoria objetiva, pouco importando que o empregador não tenha conhecimento da gravidez – entendimento consagrado pelo TST na Súmula nº 244. Recurso não provido.” (TRT-15 - RO: 52479 SP 052479/2011, Relator: LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS, Data de Publicação: 19/08/2011)

31. RODRIGUES, Silvío, in DIREITO CIVIL 4, Responsabilidade Civil, 2003, Saraiva, 20ª ed., p.6

A mesma poderá ser classificada como subjetiva, quando o elemento do dolo precisa estar presente, ou objetiva, em que o agente responde independente da análise de sua culpabilidade para o ato ilícito.

Ou seja, a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva estabelece que a obrigação de indenizar é independente do dolo, não sendo este analisado. *“Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.”*³²

Entretanto, elemento essencial para a responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, é a existência de Ato Ilícito, restando este definido nos artigos 186 e 187, do Código Civil:

Ao se observar os critérios dispostos nos artigos, percebe-se que o Empregador que dispensa Empregada, sem que ambos tenham conhecimento do estado gravídico, não cometeu ato ilícito. E mais, ao assinarem o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, a dispensa se consuma como ato jurídico perfeito.

No momento da rescisão do contrato e diante da inexistência de qualquer indício de gravidez, o Tomador de Serviços concluiu a dispensa, baseada em conduta de boa-fé estruturada na Teoria da Aparência.

Ora, o artigo 10, II, b, do ADCT, determina que haja a confirmação da gravidez, devendo, de maneira razoável, ocorrer durante o vínculo empregatício, para surgir o direito à estabilidade provisória da gestante.

Desta maneira, se nem a Trabalhadora no momento da dispensa, tinha qualquer confirmação de gravidez ou qualquer suspeita, o elemento da “confirmação” não existe.

Por esta razão, não se pode imputar ao Empregador um fato ao qual não deu causa, eis que não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar direito da gestante.

32. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 137.

Conforme ensina o Professor Sergio Pinto Martins:

*“Desconhecendo a empregada a sua gravidez quando da dispensa, menos ainda teria condições de saber o empregador. O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não avisa que está grávida. Na data da dispensa não havia qualquer óbice à dispensa da trabalhadora, pois naquele momento não estava comprovada a gravidez ou era impossível constatá-la.”*³³

De igual forma, a Eterna Mestre Alice Monteiro de Barros:

“Outra será a situação se à época da dispensa sequer a empregada sabia da sua gestação. Neste caso, entendemos que não lhe assiste razão à estabilidade provisória, salvo norma coletiva mais favorável.

(...)

*Se à época em que o empregador a dispensou, ainda que sem justa causa, exercendo um direito potestativo, sequer a empregada tinha ciência da gravidez, entendemos que o ato jurídico alusivo à rescisão se tornou perfeito e acabado, não se podendo atribuir responsabilidade ao empregador. É que a garantia de emprego em exame surge com a confirmação da gravidez, isto é, ratificação junto à própria empregada, o que ainda não havia ocorrido quando ela foi dispensada.”*³⁴

Ou seja, diante da inexistência de conhecimento do estado gravídico, por qualquer das partes, não há ato ilícito praticado pelo Empregador.

33. MARTINS, Sergio Pinto, in *Comentários às Súmulas do TST*, 15ª edição, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 2015, p. 145)

34. BARROS, Alice Monteiro, in *Curso de Direito do Trabalho*, 3ª edição, Ed. LTR, São Paulo, 2007, p. 1084/1085

Contudo, a Obreira que após sua dispensa, descobre a gravidez e escolhe não procurar e não comunicar tal fato a seu ex-empregador, aguardando o decurso de todo o período da estabilidade para ajuizar reclamação trabalhista, obstando sua reintegração, esta sim, nos termos do artigo 187 do Código Civil, comete ato ilícito.

A Empregada tinha o direito à estabilidade no momento em que descobre a gravidez, mas ao buscar exercê-lo, somente, após exaurido o período da estabilidade, impedindo a reintegração e focando tão somente na indenização substitutiva, excede manifestamente os limites impostos.

Isso porque ao pleitear o direito o faz de maneira subvertida, objetivando tão somente os salários, sem a contraprestação do trabalho, esquecendo que a garantia é de emprego e o salário é consequência deste.

A Empregada neste caso não é a vítima do ato ilícito do Empregador, mas sim o agente do ato, que deliberada e dolosamente, postergou a informação da gravidez, com o único intento de ganhar indenização substitutiva, equivalente ao salário, sem precisar trabalhar.

Com isso, não se pode imputar ao Tomador de Serviços a responsabilidade pelas verbas, eis que agiu de boa-fé. Diferente da Obreira que agiu de má-fé, não visando o direito em si, mas sim e exclusivamente a vantagem monetária decorrente do direito.

3. DO ABUSO DE DIREITO

A Empregada Gestante que atua com esta conduta de má-fé age de forma ilícita, nos termos do artigo 187 do Código Civil e em notável e reprovável abuso de direito, reduzindo a garantia constitucional de emprego a um mero ócio remunerado.

Ao manter-se em silêncio, a Trabalhadora age, conscientemente, para deturpar a lei, visando enriquecer as expensas do Empregador, sem oferecer a contraprestação adequada.

Sem sombra de dúvida que a gravidez deve ser protegida por lei, bem como, a mulher gestante e o nascituro. Porém, o direito não pode ser subvertido e a lei não pode ser vergada, a fim de permitir a Trabalhadora o benefício dos salários, sem a mesma ter demonstrado interesse no trabalho ou na proteção a sua estabilidade.

A Empregada com tais atos ofende o binômio Trabalho x Salário, atitude que não pode ser prestigiada pela Justiça do Trabalho. A Obreira não objetiva o retorno ao labor, para o desenvolvimento saudável e útil do seu ofício, mas tão somente a vantagem pecuniária.

A Gestante que age desta forma escolhe não trabalhar, escolhe não comunicar, escolhe não buscar a reintegração, escolhe aguardar, eis que vislumbra possibilidade de receber seus salários sem precisar despender seu tempo no desenvolvimento de atividades ao empregador, em atitude deliberada, lesiva e de má-fé.

Este ato é contrário ao que preconiza o artigo 422, do Código Civil (Contratos em Geral), que dispõe que: *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”*

Mister salientar que a gravidez não é considerada doença incapacitante, razão pela qual Empregada que descobre estar grávida, pouco tempo após a baixa de sua CTPS, pode de forma digna e em tempo hábil trabalhar, após pedido de reintegração.

Com isso, o ato da Trabalhadora impede que o Empregador promova a reintegração, tolhendo-lhe o direito de se beneficiar da força de trabalho da Obreira, sendo obrigado a, literalmente, pagar 14 meses de salários, sem esta ter cumprido um só dia de labor.

Neste caso ainda o prejuízo do Empregador é duplo, eis que custeia os salários sem receber a contraprestação da força de trabalho da Obreira e, ainda, fica impedido de compensar os meses da Licença Maternidade, permitido pela Lei 10.710/2003, visto que a Empregada não está mais relacionada em sua Folha de Pagamento.

Assim, o ato da Obreira gera desequilíbrio na relação contratual com o Tomador de Serviços, sendo tal vedado pelo art. 478 do Código Civil.

Aliás a Dra. Teresa Negreiros ensina que *“justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade”*.³⁵

Desta maneira é dever moral da Obreira comunicar a gravidez ao seu Tomador de Serviços.

Até mesmo porque o objetivo da Súmula 396, TST, é resguardar empregada demitida por empregador ciente da gravidez ou que, em razão do tempo do processo, viu ser ultrapassado o período de reintegração. Ou seja, o objetivo da Súmula não é salvaguardar empregada que, propositalmente, escolhe buscar o Judiciário somente após o término do período da estabilidade.

A conduta da Obreira é ilícita e reprovável, não sendo atitude comum do “homem médio”. Age de forma torpe e com dolo, visando à benesse monetária do ócio remunerado, eis que se prestasse o dever de informar – atitude esperada nas condutas de boa-fé – seria obrigada a retornar ao trabalho, o que obviamente não é o que deseja.

35. NEGREIROS, Teresa, in *TEORIA DOS CONTRATOS: NOVOS PARADIGMAS*, 2ª edição, Ed. Renova, São Paulo, 2002, p. 169 e RT 0001768.62.2015.5.07.0018

Corroborando com o afirmado, segue doutrina do Professor e Mestre Célio Pereira de Oliveira Neto:

“Findo o contrato, a partir do momento em que a empregada toma ciência de seu estado gravídico, parece bastante razoável, pois, ter o empregador a expectativa de ser informado a respeito. A ausência desse comportamento por parte da detentora do direito faz valer mais o caráter patrimonialista do que o viés social da medida, desfigurando o direito, e fazendo com que essa atitude omissiva, formalmente lícita, converta-se em comportamento contrário à boa-fé objetiva. Nesse diapasão, em sentido diametralmente oposto ao que se esperaria de um contratante cujo comportamento é leal, ético e correto, violando deveres anexos da boa fé-objetiva. (...) Nesse cenário é de se avaliar com os olhos voltados à função social do contrato - que pressupõe confiança recíproca dos contratantes - se a informação como dever anexo da boa-fé objetiva deve ser usada em prol de um contrato justo, permitindo-se ao empregador a ciência do estado gravídico de sua empregada, e não somente quando dos pleitos indenizatórios na Justiça do Trabalho, com mero escopo patrimonial.”³⁶

Com isso, o ato da Obreira é calçado na trapaça, restando evidente o abuso de direito, não podendo a mesma se beneficiar da própria torpeza.

A Obreira, ainda, com esta atitude deforma a proteção ao nascituro originada dos entendimentos do STF. Pois, se o objetivo é garantir o emprego, para que possa trabalhar e deste

36. NETO, Célio Pereira O., in *REFLEXÕES SOBRE OS INCISOS I E II DA SÚMULA 244 DO TST À LUZ DAS CLÁUSULAS GERAIS*, Revista APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO DO TRABALHO, ed. LT-R, Rio de Janeiro, 2015, p. 56/70 e Reclamação Trabalhista nº 0001768.62.2015.5.07.0018 .

ofício receber salários e prover seu sustento e do nascituro, ao agir de maneira diversa, afasta o critério alimentar da verba, renunciando a ela.

Afinal, se a mulher resolve arriscar seu sustento e o do nascituro, não buscando o emprego no qual possuía estabilidade, é porque não vislumbrou neste qualquer benefício alimentar atrelado. E mais, com certeza obteve seu sustento de outra maneira, pois do contrário não iria aguardar tanto tempo para buscar o Judiciário.

Corroborando com o afirmado, segue jurisprudência, com grifos acrescidos:

“EMENTA

ESTABILIDADE GESTANTE. Não faz jus a empregada à estabilidade gestante quando não é comprovado nos autos, com a necessária certeza, o início da gravidez na vigência do contrato.

VOTO

(...)

*Assim, não há como deixar de reconhecer que, tal como alegou a ré, **o comportamento da reclamante, de aguardar o decurso de quase toda a gestação para postular a reintegração que sabia que não seria possível, configura indiscutível abuso de direito.** Com efeito, a Constituição Federal garante à empregada gestante o direito ao trabalho e não aos salários sem a devida contraprestação por parte do trabalhador. Ao deixar transcorrer todo o período da gestação para, só então, ajuizar a presente reclamação, **a reclamante deixou mais do que evidente a sua intenção de receber salários sem trabalhar, o que inviabilizou o binômio trabalho x salário, atitude que não pode ser prestigiada pelo Judiciário.***

(...)

Conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento, a fim de julgar improcedente o pedido”

(PROCESSO nº 0010940-32.2014.5.01.0082 (RO), 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, REDATORA DESIGNADA: ANGELA FIORENCIO SOARES DA CUNHA, Data de publicação: 18/02/2016)

*“GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA. DIREITO AO EMPREGO. **SUBSTITUIÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL PELA INDENIZAÇÃO FINANCEIRA. ABUSO DO DIREITO.** O direito à estabilidade provisória da gestante, que se inicia desde o fato da concepção e termina cinco meses após o parto, nos termos da alínea “b”, do inciso II, do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não é uma garantia exclusiva dela, mas, sobretudo, trata-se de uma medida cujo objetivo é assegurar o bem-estar do nascituro. **O que a legislação garante é o direito ao emprego, e não o direito à indenização, que só deve ser deferida nos casos em que a reintegração foi desaconselhável ou nos casos em que o período da estabilidade se exaurir no curso da ação.** No caso, a matéria fática dos autos autoriza a ilação de que a reclamante pretendeu pura e simplesmente a substituição da garantia constitucional pela indenização financeira, com recebimento de valores sem a respectiva prestação do labor em prol da reclamada, em evidente abuso do direito, o que conduz ao enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico. O fato de não haver notícia nos autos de que a reclamante tenha procurado a reclamada para informá-la sobre a gravidez e pleitear a reintegração ao emprego, aliado ao fato de que a re-*

clamante não pretendeu na inicial o retorno ao trabalho, somente vindo a fazê-lo praticamente ao término do período estável, leva à conclusão inarredável de que prevalece a total inércia da empregada em relação ao seu direito de reintegração.”

(TRT da 3.^a Região (MG); Processo: 0001474-07.2013.5.03.0013 RO; Data de Publicação: **25/03/2015**; Disponibilização: 24/03/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 184; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Juiz Convocado Ricardo Marcelo Silva; Revisor: Desembargadora Mônica Sette Lopes)

*“ESTABILIDADE GESTANTE – ABUSO DE DIREITO – A regra contida no art. 10o, alínea b do ADCT deve ser interpretada em consonância com os demais princípios insertos na Carta Magna, resultando lícita a conclusão e no sentido de que a estabilidade visa garantir o nascituro, limitando o exercício do jus variandi do empregador em relação à dispensa arbitrária da empregada gestante a partir do momento em que se confirma a gravidez. **Entretanto, dúvidas não restam e no sentido de que a obreira, no momento da demissão, não tinha ciência de que estava grávida, operando verdadeiro abuso de direito, ao deixar transcorrer a quase totalidade da gestação para buscar o direito previsto no art. 10, a do ADCT.”***

(TRT/SP – 01995200831902000 – RS – Ac. 2aT 20090527199 – Rel. Odette Silveira Moraes – DOE 28/07/2009)”.

“RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DE EMPREGO. GESTANTE. DEMORA INJUSTIFICADA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ABUSO DE DIREITO. Impende considerar-se que a interpretação da norma em exame - artigo 10, II, do ADCT - não pode dissociar-se

da realidade em que se insere, nem do componente de razoabilidade com o qual deve ser aplicada. Com efeito, restou consignado nos autos que a demora da reclamante em interpor a reclamação, configurou-se em abuso de direito no exercício da demanda. Significaria, na prática, condenar a empregadora, sem que lhe tenha sido oportunizado o cumprimento de sua obrigação, ante deliberada delonga da reclamante. Recurso de revista não conhecido.”

(TST - RR: 836007320015020301 83600-73.2001.5.02.0301, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 24/10/2007, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/04/2008.) – grifos nossos.

Portanto, reconhecer como válida a atitude de tal obreira é pactuar com o ilícito, com o imoral e com a má-fé. É dar aval aos atos movidos pela cultura da “*Lei de Gerson*”³⁷, a lei da vantagem indiscriminada, em detrimento às atitudes de boa-fé.

Assim, resta demonstrado que tais atos podem e devem ser considerados como abuso de direito, sob pena da Justiça do Trabalho estará chancelando a má-fé e a deturpação de direitos.

4. DA PROTEÇÃO EXCESSIVA E DO DESSERVIÇO A BUSCA DAS MULHERES POR MELHORES CONDIÇÕES DE TRABALHO

As interpretações das súmulas 244 e 396, do TST, não podem privilegiar atitude torpe de Trabalhadora, eis que ga-

37. https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_G%C3%A9rson: A Lei da Vantagem ou **Lei de Gérson** é um princípio em que determinada pessoa ou empresa brasileira deve obter vantagens de forma indiscriminada, sem se importar com questões éticas ou morais. A «Lei de Gérson» acabou sendo usada para exprimir traços bastante característicos e pouco lisonjeiros do caráter nacional, que passa a ser interpretado como caráter da população, associados à disseminação da corrupção e ao desrespeito a regras de convívio para a obtenção de vantagens. (Wikipedia, a Enciclopédia Livre)

rantir à Obreira de Má-Fé o direito à indenização substitutiva, equivalente ao período da estabilidade, é transmitir mensagem à Sociedade e ao Mercado de Trabalho de que não há limites para a extensão do direito a estabilidade provisória gestante, mesmo quando as grávidas agirem em conduta lesiva, dolosa e desprovida de boa-fé.

É admitir que a Gestante pode deturpar as garantias legais, e, propositalmente, esperar para ajuizar ação visando tão somente a pecúnia.

A Justiça do Trabalho não pode pactuar com tais atitudes, principalmente, por ser a que visa garantir e promover a isonomia nas relações de trabalho.

Não se pode ignorar que mulheres ainda ganham salários menores que homens³⁸ e são vítimas de discriminação, principalmente, pela insegurança jurídica relativa às gestantes.

Assim, concordar com as Obreiras que escolhem não trabalhar é transmitir mensagem aos Empregadores que admitir mulheres sempre é mais arriscado do que homens, resultando em desserviço à luta destas por melhores e isonômicas condições de trabalho.

Atuar em favor de tais Obreiras fere, inclusive, o disposto no artigo 7º, XX, da CF/88, que prevê a “*proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*”.

Ora, tais decisões favoráveis as Obreiras de Má-Fé, além de não gerar incentivo, depreciam a imagem das demais trabalhadoras de boa-fé, criando mais desigualdade, eis que os(as) empresários(as) optarão por contratar homens, preterindo as mulheres.

Não devem os empregadores partir da premissa que trabalhadoras agirão de má-fé e que a Justiça do Trabalho lhes

38. *Diferença salarial entre homens e mulheres ainda persiste*: <http://oglobo.globo.com/economia/diferenca-salarial-entre-homens-mulheres-ainda-persiste-18832252>

dará cobertura. Isto não é razoável com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a proteção em demasia e indiscriminada, sem observância do princípio da boa-fé, não resultará em melhoria das condições no mercado de trabalho para mulheres, mas em efeito inverso, razão pela qual não deve ser reconhecido qualquer direito a Obreiras que agem com esta conduta.

Por fim, destaca-se que países que tem direito semelhante, tais como Chile, Argentina, França, dentre outros, é obrigatório a empregada comunicar o fato ao empregador. Aliás, na Alemanha, que possui tempo de estabilidade muito superior ao do Brasil – 3 anos de garantia de emprego – a Empregada é obrigada a apresentar documento médico por escrito (“*Schwangerschaftsattest*” - Certidão de Gravidez, em tradução livre), confirmando a gravidez, a fim de receber os benefícios remuneratórios que serão pagos em parte pelo Empregador e outra parte pelo Estado.

Portanto, não é abusivo que mulheres, ao descobrirem estarem grávidas sejam obrigadas a comunicar o fato aos seus empregadores, a fim de lhes ser garantido o direito a estabilidade gestante.

DA CONCLUSÃO

O Direito é uma ciência humana em constante evolução e aperfeiçoamento, razão pela qual verificado o abuso e a desproporcionalidade de algum instituto, é razoável a correção e adequação, a fim de evitar injustiças.

Imputar responsabilidades e condenações aos empregadores de boa-fé tal qual os de má-fé não parecer justo e nem razoável.

Principalmente quando estes não têm conhecimento sobre o estado gravídico de ex-empregada porque esta preferiu esconder a informação.

A mulher gestante precisa ser protegida pela legislação, mas não pode tergiversar direito, visando receber apenas a vantagem pecuniária decorrente deste.

Lembremos que a estabilidade visa à garantia de emprego, a fim de que a Gestante não seja vítima de preconceito, e possa desenvolver seu ofício durante a gestação, recebendo o salário decorrente de sua força de trabalho.

Com isso, aceitar que em casos como este a Obreira possa, simplesmente, optar por não divulgar a informação para o ex-empregador e, após o período da estabilidade gestante, ir à Justiça pleitear a indenização, para poder ganhar salário sem precisar trabalhar, é aceitar que alguém possa agir de má-fé e se beneficiar de sua própria torpeza.

Assim, devem as súmulas e as interpretações jurídicas sobre o tema ser modificadas e adequadas, para impedir que mulheres grávidas, aproveitando-se de sua condição e agindo em abuso de direito e má-fé, deturpem o direito da estabilidade gestante, substituindo-o por mera moeda de troca, sem demonstrarem nenhum interesse pelo labor edificante.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010

MARTINS, Sergio Pinto, *in Comentários às Súmulas do TST*, 15ª edição, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 2015

MARTINS, Sergio Pinto, *in Direito do Trabalho*, 32ª edição, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 2016

BARROS, Alice Monteiro, *in Curso de Direito do Trabalho*, 3ª edição, Ed. LTr, São Paulo, 2007.

NEGREIROS, Teresa, *in TEORIA DOS CONTRATOS: NOVOS PARADIGMAS*, 2ª edição, Ed. Renova, São Paulo, 2002.

NETO, Célio Pereira O., in *REFLEXÕES SOBRE OS INCISOS I E II DA SÚMULA 244 DO TST À LUZ DAS CLÁUSULAS GERAIS*, Revista APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NO DIREITO DO TRABALHO, ed. LT-R, Rio de Janeiro, 2015

VOLPATO, Luana Figueiró Silva, in *Reflexões a Respeito da Orientação Jurisprudencial 399, da SDI-1 e o Prazo Prescricional Para Ingresso Judicial da Gestante Versus a Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Trabalho*, XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, da Universidade de Santa Cruz do Sul/ RS, 2014.

“*Viver Na Alemanha*”, disponível em < <http://www.goethe.de/lrn/prj/wnd/idl/lmk/ptindex.htm> > , Acesso em 30/10/2016

A INCIPIÊNCIA DO MOVIMENTO SINDICAL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE GREVE: BREVE ANÁLISE COMPARATIVA A PARTIR DA OBRA GERMINAL, DE ÉMILE ZOLA.

Iasmim Barbosa Araújo

Marcelly de Santana Batista

INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento do presente trabalho, tomamos como ponto de partida a obra *Germinal*, do francês Émile Zola, que passou meses vivendo juntamente com os trabalhadores das minas de carvão com o objetivo de ter experiência suficiente para descrever as dificuldades. O autor o faz com maestria, à medida que, ao longo da obra, publicada em 1885, descreve o cotidiano dos trabalhadores, bem como a sua luta por uma vida mais digna, narrando o ressurgimento dos movimentos sindicais na França, que haviam perdido sua força após a Revolução Francesa e seus princípios liberais. A partir disso, passamos a ter ciência sobre a forte luta social que levou à reestruturação dos sindicatos nesse país, sendo

referência mundial. Porém, ao compararmos à história do sindicalismo brasileiro, percebemos que este teve uma formação diferente: através de legislação específica, não de movimentos operários que buscassem melhorias na qualidade de trabalho, por exemplo. Assim, comparamos, nesse artigo, a estrutura sindical europeia com a brasileira, além de apresentar a evolução do modelo sindical brasileiro, com as suas consequências no direito de greve. O foco do trabalho, porém, está nas consequências que o ainda incipiente modelo sindical brasileiro traz para o direito de greve assegurado aos trabalhadores.

Ab initio, é interessante definir o que vem a ser sindicato que pode ser entendido como uma entidade associativa que visa a proteger os direitos das categorias profissionais, com o objetivo de lhes proporcionar melhores condições de trabalho e de vida, se valendo, para tal, de mecanismos como a negociação e o acordo coletivos, ou até mesmo da greve, quando se fizer necessária. Embora alguns autores defendam que a antiguidade clássica é o berço do sindicalismo, com suas congregações de pessoas de determinadas categorias profissionais, acreditamos ser um movimento que tem como raízes as Corporações de Ofício da Europa Medieval e as sociedades de socorro mútuo, estas criadas com a Revolução Industrial no século XVIII. Contudo, os sindicatos sofreram graves limitações com a Revolução Francesa e os seus ideais liberais, que acabaram apoiando o lucro do empregador em detrimento da liberdade de greve do proletário, impedindo associações motivadas pela categoria profissional (BARROS, 2011, p. 961). Exemplo disso é a Lei de Le Chapelier, marco da primeira fase da evolução sindical: a proibitiva, ao defender o exercício da livre empresa, punindo severamente aqueles que mantivessem alguma associação ou participasse de movimentos grevistas, tendo sido aprovada em 1791 e somente revogada em

1864, quando os direitos dos trabalhadores começaram outra vez a ganhar força, através dos movimentos populares.

1. A aniquilação de todas espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão, sendo uma das bases fundamentais da constituição francesa, são proibidas de serem restabelecidas de fato, sob quaisquer pretexto e forma que seja. 2. Os cidadãos de um mesmo estado ou profissão, os empresários, os que tem loja aberta, os trabalhadores e companheiros de uma arte qualquer não poderão, quando se encontrarem reunidos, nomear-se nem presidente, nem secretários, nem síndicos, manter registros, tomar decisões e deliberações, formar regulamentos sobre seus pretendidos interesses comuns.³⁹

Essa primeira fase é bem representada no livro *Germinal*, ao retratar o contexto em que vivia a população proletária nesse período, trabalhando em ambientes insalubres e degradantes, a exemplo do retratado no capítulo III, da primeira parte, nas páginas 49 e 50, em que o protagonista descreve sua trajetória no interior da mina.

[...] à medida que se avançava, a galeria fazia-se mais estreita e mais baixa, de teto desigual, forçando as espinhas a vergarem-se continuamente. Estêvão, rudemente, batia com a cabeça. Se não fosse o chapéu de couro, ficava com o crânio fendido. [...] O rapaz sofria também com o escorregadio do chão, cada vez mais pantanoso. Às vezes, atravessavam verdadeiros pauis que só o escorregar lamacento dos pés revelava. Mas o que sobretudo o espanta-

39. Universidade Federal de Minas Gerais: faculdade de filosofia e ciências humanas. Departamento de História. **Lei de Le Chapelier** (1791).

va eram as repentinas mudanças de temperaturas. Ao pé do poço estava muito fresco; e na galeria de tração, por onde passava todo o ar da mina, soprava um vento de polo, cuja violência descambava em temporal, entre as paredes apertadas. Depois, ao passo que se entrava nas outras ruas, que apenas recebiam a sua parte disputada de ar, o vento abrandava, e aumentava o calor, um calor abafadiço, pesado como chumbo. [...]

Na obra, na cidade francesa de Marchiennes, segunda metade do século XIX, chega o jovem proletário Etiénne, em busca de emprego, o que consegue junto a uma das mineradoras do local. Ao iniciar seu trabalho, começa a perceber as dificuldades pelas quais passavam os mineiros: salários míseros; fome constante; necessidade de que todos os filhos trabalhassem, mesmo os pequenos, para contribuir com o sustento da casa; calor insuportável nas minas etc. Inspirado nas suas ideias revolucionárias que trazia da capital, Etiénne acaba por incitar os trabalhadores a buscarem condições mais dignas de trabalho, no decorrer do livro, conseguindo liderar uma grande greve que acabou, porém, não tendo os resultados esperados.

Essa retratação se mostra importante para pôr em tela a questão da luta social por direitos e busca por maior dignidade como geratriz do sindicalismo, uma vez que essa é, efetivamente, a sua finalidade de existência: atender aos anseios da classe trabalhadora. Atualmente, o movimento sindical incorporou outras demandas, não se preocupando apenas com as condições de trabalho propriamente ditas, mas também com a garantia da dignidade humana do trabalhador, não podendo ser este apenas um meio para alcançar determinados fins, mas sim considerado como um fim em si próprio, de acordo com a ética kantiana: “aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa, seja na

pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre, ao mesmo tempo, como um fim” (KANT, 2007, p. 442).

Já no Brasil, podemos dizer que o nascimento do sindicalismo se deu tardiamente, em razão da prevalência quase absoluta do trabalho escravo, até meados do século XIX, situação esta que não configuraria ambiente fértil para a eclosão de movimentos de luta por direitos trabalhistas, até mesmo porque não havia relação de emprego, mas sim relação de dominação, o que, segundo Mauricio Godinho Delgado, não traz condições necessárias à emergência do próprio ramo justabalhista (DELGADO, 2015, p. 1531). Dada essa situação, o sindicalismo do Brasil insurgiu tardiamente e, quando isso aconteceu, não se deu de modo tradicional – a partir da luta das categorias profissionais –, mas, sim, como uma atribuição do próprio Estado a fim de beneficiar e atrair trabalhadores estrangeiros que se preocupavam com as condições de trabalho, dado o histórico escravagista do Brasil.

A partir dessa breve análise, pode-se, constatar grande diferença entre a história do sindicalismo europeu e a do brasileiro, o que, como demonstraremos no decorrer do trabalho, pode ser comparado a uma árvore: no europeu, o sindicalismo fincou raízes para poder se desenvolver, criar folhas e dar frutos; enquanto o brasileiro começou dos frutos e ainda está no processo de estabelecimento de suas raízes, sendo esta entendida como uma fragilidade no movimento sindical brasileiro, à medida que dificulta a assimilação de seus ideais e de seus mecanismos, como a greve, tanto pela população, quanto pelo poder público e, por vezes, pelo próprio trabalhador.

1. NASCIMENTO DO SINDICALISMO OCIDENTAL

Dadas as más condições de trabalho e de vida historicamente imputadas aos trabalhadores, a figura das organizações

profissionais sempre se fez presente na luta por direitos, configurando um germe do movimento sindical, o qual tomou forma mais substancial após as Revoluções Industriais ocorridas na Inglaterra, com o surgimento das primeiras associações de trabalhadores em busca de melhores condições salariais e de labor nas fábricas, em 1720 (MARTINS, 2000, p. 602-603), caracterizando um movimento primordialmente urbano. Nesse contexto, observou-se que o sindicalismo europeu se desenvolveu em três principais fases: proibição, reconhecimento e direito.

Na França, a primeira fase iniciou-se com a aprovação da Lei de Le Chapelier, de 1791, que, como já exposto na introdução, proibia as associações de categorias profissionais. Outro importante marco dessa fase na França foi o Código de Napoleão, que tipificava como crime essas organizações. Em seu artigo 415, em tradução livre, qualquer coalizão dos trabalhadores para parar de trabalhar, ao mesmo tempo, proibir o trabalho em uma oficina de ajuda para chegar lá e ficar lá antes ou depois de certas horas, se houve tentativa ou início da execução, esse delito seria punido com pena de prisão de pelo menos um mês, enquanto os líderes do movimento deveriam ser punidos com penas de prisão de pelo menos dois anos.

Em seguida, houve a fase de tolerância dos movimentos sindicais, iniciada em 1824, na Inglaterra, e em 1884, na França, a partir da lei Waldeck Rousseau, que reconheceu a liberdade sindical e inspirou outras nações, sendo esta uma fase apenas de reconhecimento do direito, não de sua devida efetivação. Desde então, tornou-se mais evidente a necessidade de efetivar o reconhecimento dessa liberdade sindical, a fim de garantir os direitos em prol dos quais essas associações lutavam. Um dos primeiros instrumentos que positivou esse direito, tentando lhe conferir maior grau de eficácia foi o Tratado de Versalhes, realizado no término da Primeira Gran-

de Guerra, que, em seu artigo 427, II, concretizou o direito à sindicalização para patrões e empregados (BARROS, 2011, p. 962). Nesse mesmo tratado, também foi instituída a Organização Internacional do Trabalho, que ampliou as noções de liberdade sindical, ao tratar especificamente dessa questão.

Contudo, apesar da positivação desses direitos, percebe-se forte caráter legalista dessas previsões, sendo o a sindicalização e a greve afirmados como direitos intrínsecos do trabalhador apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ao prever que:

Art. 20

I - Todo o homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

II - Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Art. 23

I - Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II - Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III - Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.⁴⁰

40. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 10/04/2017.

Como se pode observar, o sindicalismo europeu surgiu através de um forte movimento operário na busca de conquista e efetivação de direitos, o que nos leva a deduzir que sua estrutura básica é sólida, tendo fincado raízes na própria cultura social em relação ao reconhecimento da luta dos trabalhadores, contrariamente ao ocorrido no Brasil.

2. ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA

No Brasil, o sindicalismo instaurou-se não como uma conquista da classe trabalhadora, mas como uma atribuição do poder público, com o objetivo de atrair imigrantes para trabalhar nas lavouras de café, vista a recente abolição da mão-de-obra escrava até então empregada (CAMPOS; MIRANDA, 2005. p. 416), fato este que amedrontava os imigrantes, que, como visto no tópico anterior, já tinham conquistado direitos de natureza trabalhista e temiam por perderem esses direitos no Brasil – o que de fato acabou acontecendo, de forma velada. Portanto, pode-se dizer que a primeira fase do sindicalismo brasileiro, ao contrário do modelo europeu, foi a do reconhecimento, visto que surgiu como prerrogativa instaurada pelo governo. Além disso, outra importante distinção a ser feita é que, devido ao tardio processo de industrialização brasileira, essa prerrogativa deu-se em favor dos trabalhadores rurais, enquanto o da Europa se deu em face dos urbanos. Esse fator interferiu na fragilidade do sindicalismo, uma vez que, no campo, as aglomerações trabalhadoras não encontram ambiente tão fértil quanto o das cidades.

Também contrariamente ao modelo europeu, a segunda fase do sindicalismo brasileiro foi a de proibição, com a tipificação das condutas paredistas como ilícitos, a partir do Código Penal de 1890, deixando de ser tipificada como crime logo em seguida, por outro Decreto (1.162/1890) editado em

dezembro do mesmo ano. É interessante ressaltar que essa fase no Brasil, como veremos, foi caracterizada por ser um período de inconstância, havendo sucessivas mudanças em relação aos direitos trabalhistas, trazendo esse Decreto não o direito à greve, mas apenas o seu reconhecimento como liberdade. Em seguida, com o início do processo de industrialização, pós Primeira Guerra, os movimentos dos trabalhadores se fortaleceram, surgindo, assim, o movimento operário. Com isso, significativas medidas operárias em busca da aquisição de direitos foram tomadas, como é o caso da Greve Geral de 1917, ocorrida em São Paulo, quando mais de 2.000 trabalhadores paralisaram suas atividades. É interessante salientar que, dentre esses trabalhadores, destacavam-se em maior número imigrantes europeus, com histórico de lutas sindicais, o que pode ser visto como uma expropriação da titularidade do movimento sindical e grevista brasileiro, haja vista que o ponto de partida por essa conquista por direitos trabalhistas brasileiros foi dado por iniciativa de estrangeiros. Esse movimento, porém, foi fortemente reprimido pelo governante à época, Artur Bernardes, e praticamente extinto na Era Vargas.⁴¹

O período de 1930 a 1945, que compreende o governo de Getúlio Vargas, também se caracterizou por forte instabilidade na garantia desses direitos. Com o estabelecimento do Estado de Sítio, em 1935, os movimentos operários e as greves perderam, definitivamente, o seu reconhecimento legal, como pode-se ver na Carta de 1937, havendo diplomas normativos infraconstitucionais que criminalizavam movimentos paredistas, como a Lei de Segurança Nacional e o próprio Código Penal. Ao fim desse período, com o processo de redemocratização do país, a greve foi permitida nas atividades

41. SANTIAGO, Emerson. Greve Geral de 1917. In: infoescola: Navegando e Aprendendo. Disponível em < <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/greve-geral-de-1917/> > Acesso em: 05/04/2017.

acessórias, sendo, porém, esse direito ainda bastante restrito, como disposto nos arts. 158 e 159 da Constituição de 1946.

Art 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público. (BRASIL, 1946)

Essa situação perdurou, porém, somente até a década de 1960, com a instauração do regime autoritário do governo militar, período em que houve forte restrição aos movimentos paredistas e aos direitos dos trabalhadores no geral, principalmente devido às restrições de qualquer manifestação de cunho político, bem como o impedimento de paralisação trabalhista, como se observa no Ato Institucional nº 5, de dezembro de 1968 (DELGADO, 2015. p. 1533).

Por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual fora chamada de Constituição Cidadã, em virtude da série de garantias a direitos individuais e sociais que traz em seu corpo, inaugura-se, no Brasil, a terceira fase de desenvolvimento do movimento sindical: a de direito, momento em que os direitos trabalhistas voltaram a ser reconhecidos, em uma tentativa de, agora, efetivá-los. Tal iniciativa pode ser comprovada no seu art. 5º, XVII:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar [...]

3. O DIREITO DE GREVE COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto anteriormente, a greve é um dos mais importantes mecanismos utilizados pelas categorias trabalhadoras para reivindicar direitos e melhores condições de trabalho. Alguns doutrinadores, como Sérgio Pinto Martins (2000, p. 742), atribuem a origem da sua nomenclatura a praça de Grève, em Paris, em que se reuniam os trabalhadores quando descontentes com sua situação de trabalho, ou quando planejavam paralisar suas atividades. Segundo esse autor, nesse local havia o acúmulo de gravetos trazidos com a enchente do rio Sena, daí surgiu o nome greve. Renato Saraiva (2009, p. 498) conceitua greve como:

a paralisação coletiva e temporária do trabalho a fim de obter, pela pressão exercida em função do movimento, as reivindicações da categoria, ou mesmo a fixação de melhores condições de trabalho [...] é um direito assegurado aos trabalhadores, devendo esses decidirem sobre a oportunidade de o exercer e sobre os interesses que devam por meio deles defender

A consagração da greve como direito fundamental na ordem jurídica democrática lhe conferiu força e civilidade, sendo mecanismo que tem como natureza jurídica a de direito fundamental de caráter coletivo; para tal, é de grande importância

a atuação dos sindicatos, que foram largamente explorados ao longo deste artigo. Diante do seu atributo de direito fundamental, depreende-se que é parte constitutiva da dignidade da pessoa humana, tanto no sentido de ter liberdade para se associar sindicalmente, quanto na possibilidade de luta por direitos.

4. PREVISÕES LEGAIS DO DIREITO DE GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Hodiernamente, o direito de greve é regulado pela lei 7.783/89, chamada Lei de Greve, que define os limites de atuação dos grevistas e em seu art. 2º introduz o conceito de greve como “a suspensão coletiva temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”. Dentre essas limitações legais, é importante ressaltar que a greve só poderá se dar caso não tenha havido acordo ou negociação coletiva ou que estes tenham sido frustrados, conforme o art. 3º desta lei – se houve acordo e a paralisação é mantida, configura-se abuso do direito de greve. Além disso, é necessário que o sindicato convoque assembleia geral previamente para deliberar sobre a greve e definir as pautas reivindicadas. Em seguida, se for decidido pela paralisação, deverão ser o empregador e o sindicato patronal avisados com antecedência de 48 horas; em se tratando de atividades essenciais, o aviso deve ocorrer com pelo menos 72 horas de antecedência, além de ser avisada a sociedade em geral nesse prazo. Nesses casos, também é necessário que sejam mantidos grupos de trabalho, para revezar na prestação dos serviços considerados essenciais.

Configurada a greve, a referida lei prevê direitos e deveres dos grevistas em seu art. 6º, sendo a eles facultado o uso de meios pacíficos e arrecadação de fundos para patrocinar o

movimento, bem como persuadir outros trabalhadores a aderirem à paralisação; não podem, porém, coagi-los, impedir o acesso ao trabalho, constrangê-los ou violar garantias individuais, tampouco ameaçar a integridade da pessoa ou sua propriedade. A inobservância de qualquer desses preceitos também configura abuso do direito de greve.

Por fim, é importante salientar a previsão constitucional do direito de associação e também o de greve, como norteador de toda a legislação nesse sentido.

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de co-

lônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o direito à associação sindical e, atrelado a ele, o direito de greve sejam garantias fundamentais constitucionais, alguns fatores já expostos dificultam o firmamento desse movimento no Brasil como algo efetivamente sério. Primeiramente, como exposto, grande parte dos movimentos grevistas brasileiros foram idealizados por imigrantes, o que gera um protagonismo indesejado ao movimento. Mesmo que as greves tenham sido realizadas e tenham sido alcançados novos direitos ao trabalhador, o fato de ser idealizada e conduzida por estrangeiros é um reflexo da parca cultura de mobilização do proletariado brasileiro, o que acaba também por refletir na ideia que a população em geral tem sobre a greve.

Outro fator que influencia na dificuldade geral de se entender a greve como direito é a sua tão recente positivação como tal, na Constituição Federal e nos diplomas legais seguintes. Há meros 28 anos é que a greve pôde se estabelecer como direito fundamental e se reestabelecer como forma de busca por ideais trabalhistas, visto que durante vários anos

nos governos anteriores ela foi estritamente proibida ou, no mínimo, limitada. Com isso, pode-se dizer que há ainda na população em geral, nos trabalhadores e também nos empregadores certo receio do movimento grevista. Isso pode ser facilmente percebido ao se analisar os posicionamentos dessas categorias quando se fala da greve: muitos cidadãos não envolvidos ainda têm a visão de que a greve é algo ruim; muitos dos trabalhadores não entendem qual é o real objetivo da greve e muitos dos empregadores veem com maus olhos os seus empregados que participam dos movimentos paredistas.

Conclui-se, portanto, que o fato de a greve ser direito tão recente na sociedade brasileira, dada a cultura de repreensão a esses movimentos até então vivida, influencia na forma como as pessoas veem o direito de greve, seja qual for o seu enquadramento nessas situações. Logo, vê-se como necessário que a população em geral busque se informar mais sobre a importância do direito de greve como forma de adquirir e garantir direitos para toda a classe trabalhadora, sendo um movimento que deve ser realizado com responsabilidade e seriedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm > . Acesso em: 14/04/2017.

_____. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm > . Acesso em: 14/04/2017.

_____. **Constituição de 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em 15/04/2017.

_____. **Lei de Greve**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm > . Acesso em: 14/04/2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> > . Acesso em: 16/04/2017.

CAMPOS, Flávio de; MIRANDA, Renan Garcia. **A escrita da história**. vol. único. 1. ed. São Paulo: Escala Educacional, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa/PT: EDIÇÕES 70, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SANTIAGO, Emerson. **Greve Geral de 1917**. In: infoescola: Navegando e Aprendendo. Disponível em < <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/greve-geral-de-1917/> > Acesso em: 05/04/2017.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**: versão universitária. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Departamento de História. **Lei de Le Chapelier** (1791). Disponível em: < http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/LeiChapelier.pdf > Acesso em: 10/04/2017.

ZOLA, Émile. **Germinal**. Trad. Eduardo Nunes Fonseca. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

A LEI ORDINÁRIA N° 13.429/2017 E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Ingrid de Figueiredo Lopes

Raffael Salomão de Azevedo

INTRODUÇÃO

O direito trabalhista é aplicado às atividades econômicas quando ocorre uma prestação de serviço subordinada que, por sua vez, fornece respaldo ao contrato de trabalho. Desta forma, o tomador de serviço, ao utilizar um intermediário no fornecimento de mão-de-obra, reduz o número de empregados vinculados e, portanto, as suas obrigações com encargos diminuem.

A terceirização, considerada uma decorrência das alterações de âmbito socioeconômico por ensejar novas práticas de gestão, atrai tais consequências de redução de custos com consequente precarização de direito para os trabalhadores, visto que consiste em ser um mecanismo jurídico qual permite ao empregador fazer contratações sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida.

A terceirização é um fenômeno jurídico composto por três sujeitos distintos: o prestador de serviço, trabalhador; a empresa terceirizada ou interposta, aquela que realiza o contrato de trabalho com o trabalhador; e, a empresa tomadora dos

serviços ou a terceirizante, aquela que não assume a posição de contratante do trabalhador, mas que se beneficia da mão-de-obra com os serviços realizados.

Sendo assim, os empregados terceirizados podem ser considerados como subcontratados, uma vez que um terceiro à sua relação jurídica principal contrata uma empresa, para que sejam realizadas as atividades de natureza não essencial, objetivando reduzir os gastos e aumentar os lucros sem que exista uma preocupação com as garantias trabalhistas.

Doutrinariamente, é muito discutido o seu conceito, uma vez que não existe definição consensual na legislação brasileira e até a aprovação da Lei nº 13.429/2017, a ausência de regulamentação pouco interferiu no avanço das práticas terceirizantes do mercado ao longo dos últimos anos.

A terceirização era regida pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que restringia o tomador de serviço às contratações terceirizadas, cabendo, principalmente, aos casos vinculados à ideia da atividade-meio, isto é, aquelas atividades que não são essenciais à atividade-fim da empresa e não se inserem em sua atividade econômica.

A grande discussão sobre a atividade-meio e atividade-fim já dura mais de duas décadas, e, partindo do pressuposto que a atividade-fim é a principal em um contrato social, a atividade-meio é considerada acessória ou de suporte à atividade principal, podendo ter seus serviços terceirizados somente nesses casos (DELGADO, 2009, p. 418).

No Brasil, esse fenômeno se tornou cada vez mais presente no mercado de trabalho, alterando de forma significativa as relações de subordinação clássica insculpidas na Consolidação das Leis do Trabalho. Dessa forma, surgiu uma discussão polêmica acerca de uma regulamentação legislativa da terceirização, ao invés de contar com a única e exclusiva uniformização jurisprudencial da mencionada súmula.

Nesse contexto, retornou a discussão do Projeto de Lei nº 4.302/1998, no qual, em breves linhas, permite que as contratações terceirizadas possam abranger atividades de natureza essencial (atividade-fim) além de permitir a quarteirização, a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras de serviços, entre outros aspectos.

Por certo, os pontos contidos em outro Projeto de Lei, o 4.330/2004, aprovado em 08 de junho de 2011 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, e com discussão paralisada até então, deverão voltar à tona para acrescer à nova lei, possivelmente sobre a quarteirização e a responsabilidade sindical, como exemplo.

O Projeto de Lei nº 4.302/1998, aprovado em 22 de março de 2017, pela Câmara dos Deputados, foi transformado na Lei Ordinária nº 13.429/2017, mas o que deveria representar uma segurança jurídica para as relações de trabalho se demonstrou uma medida legislativa contraditória aos princípios constitucionais trabalhistas.

Portanto, o presente trabalho busca desmembrar os principais aspectos tanto de um projeto quanto do outro, uma vez que a discussão deles dois em conjunto poderia formar uma regulamentação completa acerca dos problemas trabalhistas que geram a flexibilização e precarização das relações trabalhistas. Assim, será possível analisar os verdadeiros propósitos da nova legislação ordinária, demonstrando os pontos favoráveis e desfavoráveis, bem como as consequências que as recentes e futuras aprovações trarão para as relações trabalhistas existentes.

1. ANÁLISE DA LEI ORDINÁRIA

No Brasil, as discussões legislativas acerca do projeto de terceirização começaram a ganhar destaque em meados de 1990. Apesar das modificações ocorridas ao longo dos anos devido às críticas, o projeto de lei manteve seu núcleo essencial em seus

pontos polêmicos, em especial a terceirização da atividade-fim, devendo ser questionada, então, a validade de tal medida.

Assim, a lei buscou realizar alterações consideráveis no âmbito da terceirização brasileira, abordando assuntos além das atividades, como a responsabilidade solidária, pagamentos, dentre outras temáticas, visando suprir a falta de respaldo legal e a insegurança jurídica. Destacam-se os seguintes pontos mais importantes acerca de ambos os projetos, se complementando:

- Estende a terceirização para todas as atividades, inclusive de profissionais liberais e o produtor rural, e introduz os conceitos de qualificação técnica, capacidade econômica e objeto social único;
- É facultativo à empresa contratante oferecer ao terceirizado o mesmo atendimento médico e ambulatorial dado aos seus empregados, incluindo acesso ao refeitório.
- A qualificação técnica poderá ser comprovada pela demonstração da aptidão para o desempenho da atividade, ou pela indicação das instalações, aparelhamento e do pessoal técnico disponíveis pela contratada para a realização do serviço ou pela indicação da qualificação dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.
- Obrigatoriedade da fiscalização das obrigações trabalhistas pela contratante, bem como a interrupção do pagamento dos serviços e a retenção das verbas quando constatado o inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada.
- Permite a quarteirização.

- Estabelece a responsabilidade subsidiária se comprovar a fiscalização do pagamento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada e solidária caso não comprove;
- Permite a representação sindical pelo sindicato da categoria da --contratante quando a contratada pertencer à mesma categoria econômica; ou quando forem categorias econômicas diferentes e houver mais de um sindicato, poderá haver negociação conjunta.
- Assegura as mesmas condições dos empregados da contratante relativas à: alimentação; transporte; atendimento médico ou ambulatorial; treinamento; condições sanitárias e medidas de proteção a saúde e segurança (COELHO; TEIXEIRA, 2013, p. 8).

Em primeiro lugar, deve-se detalhar o ponto mais polêmico, qual seja, a terceirização da atividade-fim. Isso significa, em síntese, que a relação trilateral formada entre o tomador de serviços, a intermediadora e o empregado irão se estender para atividades consideradas essenciais para uma determinada empresa.

Em tese, a terceirização teria como objetivo obter, por meio de outras empresas, serviços especializados e qualificados para integrar o seu ciclo produtivo, podendo se concentrar no núcleo essencial da empresa por meio da redução de custos com atividades consideradas acessórias, como os serviços de limpeza e vigilância.

Entretanto, com a aprovação dessa medida, as relações trilaterais se tornarão a regra nas relações trabalhistas daqui por diante, rompendo definitivamente com o modelo clássico de subordinação objetiva, consagrado na Consolidação das Leis do Trabalho no século XX.

Em segundo lugar, outro ponto polêmico diz respeito à quarterização, que pode ser definida como uma relação formada por

quatro partes, isto é, formada por uma empresa tomadora de serviços, duas empresas prestadoras de serviços e um empregado, sendo um mecanismo viabilizador de processos de administração e gerência das terceirizações (DELGADO, 2003, p. 142).

Esse fenômeno ocorre por meio de subcontratações da empresa prestadoras de serviços, também denominado de contratação da contratação, distinto do que já ocorre atualmente na terceirização com uma relação trilateral ou o liame empregatício clássico formado por apenas duas partes, quais sejam, o empregado e o empregador.

Nessa relação jurídica, então, a empresa prestadora de serviços realiza uma subcontratação com outra prestadora de serviços, de forma a suprir uma demanda que a primeira intermediadora deixou pendente não conseguiu cumprir em virtude da falta de recursos financeiros.

Em suma, a quarteirização agrega à relação uma quarta empresa, especializada em gerenciar as parcerias, e só traz benefício para os empregadores distanciando-se, assim, cada vez mais da relação empregatícia já consolidada na legislação trabalhista.

Em terceiro lugar, a lei apresenta pontos interessantes para os contratos terceirizados, quais sejam: as mesmas condições de trabalho para os empregados da empresa contratante com o da contratada; a responsabilidade solidária na hipótese de não fiscalização das obrigações patronais pela contratada; dentre outros.

2. ASPECTOS DESFAVORÁVEIS

Apesar das motivações econômicas que ensejam o debate acerca da aprovação da Lei Ordinária n° 13.429/2017, é imprescindível analisar os argumentos desfavoráveis sobre esse projeto, de forma a verificar a sua viabilidade jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

O maior argumento levantado traz à tona a questão da inconstitucionalidade de tal medida legislativa. Nesse ponto,

cumpre ressaltar que, independentemente de qualquer argumentação, é necessário verificar se o projeto está em harmoniza com as normas e princípios constitucionais, permitindo chegar à conclusão, sob um viés jurídico, se poderá integrar o ordenamento jurídico pátrio.

Em primeiro lugar, enfatiza-se que a Constituição da República Federativa do Brasil tem os seus objetivos estipulados nos incisos I, III e IV do seu artigo 3º, que tratam, respectivamente, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e, por último, da proibição da discriminação.

Referidos objetivos também são tratados no artigo 170, que ainda estipula a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, assegurando dessa forma a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

Por conseguinte, é possível se compreender a adoção do Princípio da Igualdade como um direito fundamental para todos os cidadãos, junto com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Juntos, orientam a elaboração de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico, cuja proteção deve estar voltada para o ser humano, sendo estruturas básicas do sistema jurídico brasileiro e essenciais para a efetividade dos direitos fundamentais (COELHO; TEIXEIRA, 2013).

Destarte, sob o viés jurídico, não é possível a criação de uma determinada norma infraconstitucional que insira um contexto de desigualdade, o qual ocorre com a nova legislação que estabelece, em um mesmo ciclo produtivo, duas espécies de trabalhadores, aqueles terceirizados e aqueles que possuem liame empregatício direto com a empresa tomadora de serviços.

Na prática, ambas categorias de trabalhadores não vivem em condições de igualdade, mesmo naquelas situações de terceirização lícita, pois não são garantidos os mesmos di-

reitos e benefícios que possuem os empregados diretos, em especial na questão da equiparação salarial.

Isto posto, o trabalhador terceirizado normalmente passa por situações de desigualdade quanto aos direitos e benefícios concedidos aos trabalhadores diretamente empregados, devendo recorrer à Justiça do Trabalho para obterem uma isonomia perante aos demais.

Sob esse ponto, conclui-se que a terceirização, na prática, coloca o trabalhador terceirizado em uma categoria distinta de forma discriminatória e sem uma justificativa plausível, promovendo uma espécie de categoria de trabalhadores de segunda classe.

O segundo argumento que deve ser levado à tona diz respeito à representação sindical, sendo esse um dos pontos mais polêmicos a ser debatido no Projeto de Lei nº 4.4330/2004, principalmente pelos setores sindicais. Aqui, é necessário compreender a representação sindical nos setores terceirizados e quais os pontos estabelecidos pela proposta.

A representação sindical está prevista no artigo 511 da Consolidação das Leis Trabalhistas e no inciso IV do artigo 8º da Constituição Federal, estabelecendo, em síntese, que os sindicatos devem se organizar por categoria, sendo a categoria profissional conferida aos empregados e a econômica aos empregadores.

Pela classificação de classe, cada um dos sindicatos até hoje se organiza utilizando como o critério mais importante a questão da atividade econômica desempenhada pelo empregador e não do empregado.

Consequentemente, os sindicatos representativos da categoria profissional dos empregados terceirizados são diferentes dos sindicatos da categoria profissional dos empregados diretamente contratados, por possuírem empregadores diferentes, resultando, assim, em um tratamento diferenciado no âmbito coletivo repercutindo diretamente nos contratos individuais e na identidade de classe.

Deste modo, é imprescindível uma nova leitura do sistema sindical de forma a possibilitar o fortalecimento da representação dos empregados terceirizados. Para tanto, um ponto importante para resolver tal questão seria um novo contorno acerca dos conceitos de subordinação e das relações representativas presentes. Contudo, tal realidade não foi inserida no entendimento jurisprudencial da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho nem no projeto analisado.

Assim, a incorporação do empregado terceirizado a um sindicato deve contar com a verdadeira subordinação existente entre ele e a empresa tomadora, pois este se insere na dinâmica do próprio tomador de serviços, estando vinculado à sua estrutura prática independentemente do liame empregatício entre a prestadora de serviços e o empregado.

Ocorre que a regulamentação da terceirização prevista no Projeto de Lei nº 4.4330/2004, entende que a representação sindical será realizada pelo sindicato da categoria da contratante quando a empresa contratada pertencer à mesma categoria econômica, ou, quando pertencerem a categorias econômicas diferentes, será permitida a negociação conjunta.

Deste modo, a nova lei não enfrentou o dilema existente sobre a representação sindical, deixando os trabalhadores terceirizados excluídos das negociações coletivas que, verdadeiramente, poderiam lhe atribuir direitos. Tal situação ainda se agrava com a previsão que permite a contratação de um mesmo trabalhador por diferentes prestadoras de serviços, pulverizando cada vez mais a representação sindical de um empregado, pois lhe submete a vários sindicatos distintos, desconsiderando o meio produtivo em que esse está submetido.

Outro argumento desfavorável abordado em ambos os projetos e presente na lei, versa sobre manter a responsabilidade subsidiária no caso do cumprimento das obrigações

trabalhistas pela empresa contratante. Nesse ponto, a empresa tomadora de serviços se mantém isenta do pagamento das verbas oriundas das relações trabalhistas em algumas situações, ao invés de ser responsável quando ocorrer alguma situação de inadimplemento das obrigações patronais.

Caso seja excluída a responsabilidade subsidiária, mantendo somente a solidária, todas as empresas contratantes teriam a obrigação de sempre fiscalizar o cumprimento das obrigações patronais e, no caso do seu descumprimento, as empresas, seja ela prestadora ou tomadora, iriam responder, excluindo qualquer hipótese de isenção de responsabilidade.

A responsabilidade subsidiária pressupõe o exaurimento do patrimônio das empresas e dos sócios da prestadora de serviços, para só depois se iniciar a execução trabalhista em face da tomadora. Quanto à responsabilidade solidária, o empregado pode acionar qualquer uma das empresas para obter a satisfação dos débitos trabalhistas, o que facilita o recebimento das verbas.

Ora, se a tomadora buscou essa forma de contratação, deverá assumir todos os riscos inerentes a essa relação trilateral, inibindo definitivamente a hipótese de fraudes trabalhistas que estão normalmente vinculados a esse fenômeno. Ademais, o processo de execução trabalhista se tornaria mais efetivo e rápido, atendendo às classes dos trabalhadores terceirizados que, exatamente por estarem em uma relação trilateral, devem propor ações a uma ou mais empregadoras para terem seus direitos garantidos.

Um último argumento desfavorável de suma importância consiste no aumento das demandas trabalhistas em função da terceirização. De acordo com o Ministro Jorge Roberto Freire Pimenta, o aumento das demandas judiciais está necessariamente vinculado ao fenômeno da terceirização, porque são nessas relações trilaterais que se evidenciam as maiores situações de

rebaixamento de salários, jornadas extenuantes, condições insalubres e degradantes, acidentes de trabalho, entre outras.

Para o magistrado, esta demanda tem muito a ver com a terceirização, já que entre 30 a 40% dos processos que chegam ao TST referem-se a empresas terceirizadas. Um dos males, conforme Pimenta, é que na maioria desses processos não há acordo até que a ação chegue à Seção de Dissídios Individuais, órgão de uniformização de jurisprudência do Tribunal. “As empresas não fazem acordo no primeiro grau, nem no segundo. Deixam que o processo seja julgado por uma Turma do TST e quando está para chegar na SDI-1, conciliam. Muitas vezes no dia do julgamento”, informou. “Isso para que a SDI-1 não gere precedentes, não consiga regular a matéria”, lamentou (MACHADO, 2014).

O fenômeno da terceirização continua carecendo de uma regulamentação efetiva que colabore para a diminuição da vulnerabilidade dos empregados e que se proponha a enfatizar os direitos fundamentais e humanos. A necessidade que se apresenta é de uma legislação mais severa que busque proteger o trabalhador acima de todas as coisas, para que se elimine a exploração perversa de mão-de-obra.

3. ASPECTOS FAVORÁVEIS

Em primeiro lugar, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho não soluciona os problemas inerentes acerca da terceirização, em razão de dois pontos principais: o primeiro diz respeito ao Princípio da Legalidade e o segundo as decisões dos tribunais ao reconhecerem a inconstitucionalidade

de algumas normas infraconstitucionais que estipulam novas formas de terceirização.

Na questão do Princípio da Legalidade, cumpre ressaltar que o entendimento jurisprudencial não tem o condão de regulamentar ou desregulamentar, muito menos de limitar a licitude desse fenômeno somente para as hipóteses de atividade-meio, serviços de vigilância e serviços de conservação e limpeza.

Já no segundo ponto, seria também defeso ao judiciário trabalhista caracterizar medidas legislativas previstas nos setores da economia, como no caso da subempreiteira, prevista no artigo 455 da Consolidação das Leis Trabalhistas; das telecomunicações, no artigo 94, inciso III, da Lei n° 9.472/1997; e outras atividades de concessão ou permissão de serviço público, nos termos do parágrafo primeiro, do artigo 25, da Lei n° 8.987/1995. Ou seja, seria vedado ao judiciário trabalhista simplesmente regulamentar situações de terceirização, excedendo a sua função.

A lei regulamentando o mercado de trabalho terceirizado, portanto, sob nossa ótica, tem justamente a finalidade de regulamentar uma situação a que se tem, então, negado status jurídico, mas que há muito incorporou à realidade de milhares de empregados e empregadores. Daí decorre sua urgência e necessidade (PESSOA, 2015, p 449).

Para os defensores dos projetos, eles apresentam benefícios diretos e indiretos aos trabalhadores, além de benefícios evidentes aos setores empresariais. O primeiro benefício direto seria a questão da representação sindical.

Nesse ponto, cumpre relembrar que a lei ordinária não aborda essa temática, mas é considerável a hipótese de que, em breve, será discutido o Projeto de Lei n° 4.330/2004. Os maiores argumentos dos defensores são que havendo a terceirização da

atividade-fim, ambas as empresas irão pertencer à mesma categoria econômica e, conseqüentemente, os empregados terceirizados terão a mesma representação sindical do que os empregados com vínculo direto, sendo possível estender as vantagens instituídas em normas coletivas (PESSOA, 2015, p. 449).

Portanto, quanto à representação sindical, os defensores e opositores do projeto divergem de forma significativa. Os defensores argumentam que o projeto irá enfrentar o dilema da representação sindical, possibilitando que um mesmo sindicato (da contratante) irá representar os interesses dos trabalhadores terceirizados e os demais quando houver a mesma categoria econômica entre as empresas.

Já os opositores argumentam que nem o projeto legislativo nem o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho irão enfrentar esse dilema específico, já que em nenhuma dessas medidas se verifica os novos contornos de subordinação que surgiram após o crescimento da terceirização.

Por conseguinte, os terceirizados ainda se mantêm sem uma representação sindical unida e realmente capaz de garantir novos direitos para essa classe de trabalhadores.

Por outro lado, tanto um posicionamento quanto o outro se assemelham à necessidade de regulamentação sindical para os setores terceirizados que prescindem de uma representação sindical forte, prejudicando os direitos coletivos dos terceirizados e gerando consequências diretas nos contratos individuais de trabalho.

Uma das maiores consequências dessa representação pulverizada consiste na luta pela equiparação salarial entre os terceirizados e os demais empregados, resultando em situações discriminatórias de trabalho, mesmo que haja condições de isonomia por meio dos requisitos legais previstos no artigo 461 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Considera-se também um benefício à vedação da utilização de terceirizados nas atividades divergentes da estabelecida no contrato de trabalho, bem como o direito a ter as mesmas condições de alimentação e refeitórios, transportes e higiene, salubridade e de proteção à saúde e segurança, já inseridos na Lei Ordinária nº 13.429/2017 (PESSOA, 2015, p. 449).

Mais um argumento favorável ser apresentado é a conseguir promover a manutenção de salários e benefícios, além do período concessivo de férias nos últimos seis meses do período aquisitivo, nos casos de contratações sucessivas de um mesmo trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços.

Por último, aponta que o número de trabalhadores terceirizados deverá ser considerado no cálculo das cotas de cada empresa que opta por aderir a esse sistema de relação trabalhista, já expressos anteriormente na Lei nº 8.213/1991 (PESSOA, 2015, p. 449).

Já como benefícios indiretos, apresentam-se outros dois: o primeiro é sobre a responsabilidade solidária e o segundo é sobre a interrupção do pagamento dos serviços quando se verifica o inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada.

Os defensores argumentam que a responsabilidade solidária, quando a empresa não fiscaliza as obrigações trabalhistas, irá exigir às empresas contratantes a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, além de facilitar a execução trabalhista já que o empregado poderá recorrer a qualquer uma das empresas para ter seus direitos garantidos (PESSOA, 2015, p. 449).

Nesse ponto, surge mais uma divergência doutrinária, pois é evidente para ambos que a responsabilidade solidária irá romper, definitivamente, com a possibilidade de isenção das empresas tomadoras de serviços, por eventuais débitos

oriundos de uma relação empregatícia trilateral. Dessa forma, ambos concordam que a responsabilidade deve ser solidária nos casos em que envolver o fenômeno terceirizante, mas divergem quanto à questão dos benefícios previdenciários.

Os opositores argumentam que, apesar da responsabilidade solidária ser uma realidade com o advento dos projetos, essa deveria ser estendida a todas as situações terceirizadas, excluindo a hipótese de responsabilidade subsidiária nos casos em que a empresa fiscaliza o cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto os defensores não abordam a responsabilidade subsidiária.

Deste modo, os defensores argumentam, em síntese, que os projetos são imprescindíveis para se definir os alcances da terceirização, além de enfrentar os dilemas já envolvidos nesse processo terceirizante, tais como a questão da responsabilidade solidária e o da representação sindical, conferindo, assim, vantagens para a situação atual desse fenômeno terceirizante.

CONCLUSÃO

A terceirização foi criada para especializar serviços e possibilitar a redução dos custos empresariais, uma vez que não haveriam mais gastos com verbas trabalhistas e sociais. Sem embargo, no Brasil, até recentemente, apenas a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho abordava o tema, não sendo uma regulamentação completa e efetiva para dar garantias dignas aos trabalhadores, em atenção às brechas que são geradas para um desrespeito imenso aos direitos dos funcionários terceirizados.

Entretanto, conforme visto o entendimento jurisprudencial consubstanciado nessa súmula não enfrentou os verdadeiros dilemas inerentes a essa relação trilateral, tais como jornada extenuante, condições de insalubridade, acidentes de trabalho, entre outros. Nesse contexto que surge a discussão

legislativa que culmina na Lei nº 13.429/2017, regulamentando a terceirização de forma ampla e não apenas em situações específicas, como os serviços de vigilância.

Desse modo, é imprescindível a discussão acerca dessa medida legislativa quanto aos pontos favoráveis, destacando-se as mesmas condições de trabalho aos terceirizados e a hipótese de responsabilidade solidária. Assim como discutir os pontos desfavoráveis em relação ao aumento das demandas trabalhistas, a violação ao Princípio da Isonomia e a representação sindical.

Conclui-se, então, acerca dos pontos positivos e negativos levantados, respectivamente, que uma lei sobre a terceirização é, sem dúvidas, uma necessidade, pois a legislação infraconstitucional e constitucional deve sempre se atentar à realidade econômica, social e política de uma determinada sociedade, contudo não nos moldes que vem sendo apresentada.

Para tanto, é imprescindível uma releitura dessa medida, principalmente referente à terceirização da atividade-fim e a responsabilidade solidária, bem como, voltar o debate sobre a representação sindical dos terceirizados e a quarteirização, já que esses assuntos são tidos como obstáculos à harmonização dos interesses antagônicos entre os empregados e os empregadores.

Por conseguinte, caso a lei não enfrente a fundo à terceirização e não harmonize os interesses dos empregados e empregadores, irá trazer malefícios ao direito do trabalho, prejudicando cada vez mais os trabalhadores terceirizados que ficarão em situações discriminatórias e sem garantias de vínculos trabalhistas obrigacionais e previdenciários com as empresas.

A terceirização é mais uma prática comercial, de forma que os empregadores a utilizam apenas como meio de diminuir os custos e aumentar o lucro, bem como a produtividade, ou seja, é inegável o seu caráter de uma dinâmica mercadológica.

Diante dessa importância, será cada vez mais necessário que a ordem jurídica se adeque às suas peculiaridades, não sendo possível manter o mesmo nível dos valores de trabalho, de forma que a legislação e o poder estatal devem acompanhar o desenvolvimento econômico e terceirizante.

REFERÊNCIAS

- COELHO, Elaine D'Avila; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Que tempos são estes, em que é necessário defender o óbvio?** Disponível em: http://www.csd.org.br/csd/noticias/item?item_id=102966. Acesso em: 30 maio 2017.
- COELHO, Elaine D'Avila; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Que tempos são estes, em que é necessário defender o óbvio?** Disponível em: <http://2013.cut.org.br/sistema/ck/files/Artigo%20terceirizacao.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- MACHADO, Juliano. **Para ministro do TST, a terceirização aumentou a demanda de processos trabalhistas**. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=881066&action=2>. Acesso em: 30 maio 2017.
- PESSOA, Valton. **A Terceirização no Brasil: análise dos aspectos trabalhistas da PL 4.330/04**. São Paulo: LTr, 2015.

DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DA INSERÇÃO DA MULHER NEGRA.

Ingrid Thayná de Freitas Acácio

Natália Pinto Costa

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo identificar e analisar as possíveis situações de discriminação nas relações de emprego sob as perspectivas de gênero e de raça. Mais especificamente, descreveu-se a inserção da mulher, sobretudo negra, dentro do mercado de trabalho.

Até chegar ao ponto principal do presente artigo, discorreu-se sobre o princípio da igualdade e o da não discriminação, bem como acerca das dificuldades vivenciadas pelas mulheres negras para acessar a educação e alcançar uma de formação qualificada.

Foram, ainda, discutidas algumas práticas discriminatórias vivenciadas pela mulher negra dentro da sociedade brasileira, houve a análise de dados sobre a evolução da mulher no mercado de trabalho e, por fim, alçou-se discussão acerca das políticas públicas necessárias para tratar a questão, tendo como finalidade a devida aplicação do princípio da igualdade no Brasil.

1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO DENTRO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO:

Com o surgimento da PEC 287, denominada de “reforma da previdência”, colocou-se em pauta a discriminação em relação à mulher dentro do mercado de trabalho. Um dos pontos mais polêmicos da dita reforma foi a previsão de que homens e mulheres devem se aposentar com a mesma idade, justificando tal medida na consagração do princípio da igualdade, previsto constitucionalmente. Entretanto, no transcorrer deste artigo, pretende-se mostrar que as mulheres, ainda no presente século, sofrem inúmeras discriminações e injustiças dentro do campo profissional, bem como apresentar a realidade do preconceito de gênero dentro do mercado de trabalho.

Nota-se que, durante muitos anos, foi socialmente construída ao redor da figura feminina uma identidade de inferioridade da mulher em relação ao homem, um grande exemplo disso é a forma como homens e mulheres eram/são educados de maneiras distintas.

Como amostra da identidade social de inferioridade feminina e da educação distinta para homens e mulheres, temos os adjetivos escolhidos pela revista VEJA para definir Marcela Temer como: *bela, recatada e do lar*. As escolhas desses adjetivos são um reflexo do papel que a sociedade esperava que a mulher ocupasse, já que os homens eram criados para serem provedores do lar, enquanto as mulheres para serem cuidadoras da casa e dos filhos. Diante disso, eleva-se o poder masculino através do patriarcalismo.

No entanto, com o passar dos anos, as mulheres, começaram a ingressar no mercado de trabalho, conseguiram aos poucos quebrar os paradigmas de comporem o “sexo frágil”, de que o seu principal papel não é ser apenas reprodutora e

dona de casa. À contramão, dados mostram que ainda existe uma discrepância entre homens e mulheres, uma vez estas recebem, em termos salariais, ainda menos que os homens⁴². A renda per capita da mulher é 66,2% inferior, quando comparada com a do sexo masculino, dados estes divulgados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com números de 2015.

A discriminação contra a mulher é uma construção social, como afirma Saffioti (p.15, 1987):

Do exposto pode-se facilmente concluir que a *inferioridade feminina e exclusivamente social*. E não se senão pela igualdade social que se luta: entre homens e mulheres, entre brancos e não-brancos, entre católicos e não- católicos, entre conservadores e progressistas. Afinal, travam-se, cotidianamente, lutas para fazer cumprir um preceito já consagrado na Constituição brasileira. Efetivamente, desde a primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, “Todos são iguais perante a lei” (§ 2.º do artigo 72). Esta igualdade legal, que passou a ser minuciosamente especificada a partir da Constituição de 1934, assim consta da Constituição vigente desde 17 de outubro de 1969: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas” (§ 1.0 do artigo 153) .

O princípio da igualdade também é consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, devendo ser visto sob dois aspectos: material e formal. Dentro do campo trabalhista, deve-se perceber que a igualdade não deve ser tratada

42. http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html
<acesso em 15/04/2017>

como nos demais ramos do direito, já que, nessa relação, em razão do poder diretivo do empregador e a subordinação do empregado, pode-se ver a formação de uma relação de poder.

Portanto, quando se aborda o princípio da igualdade dentro do campo laboral, significa que, o Estado, ao reconhecer a desigualdade, deverá buscar uma contrapartida para corrigi-la. Conclui-se, portanto, que o princípio da igualdade, dentro do direito do trabalho, deve ser visto como tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Outro princípio que será abordado é o princípio da não discriminação, conceituado pelo professor Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2017, p.93): “não ser admitido o tratamento desigual sem razoabilidade lógica, caracterizando injusta diferenciação sem parâmetros que possam ser admitidos ou mesmo justificados”.

Sobre o assunto, tem-se ainda a Convenção n° 111 da OIT, que trata sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, definindo discriminação como sendo qualquer tratamento com distinção em razão de raça, cor, sexo e opinião política. A Convenção afirma que as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

Conceituar o que é discriminação dentro do ordenamento jurídico é uma tarefa árdua, uma vez que a palavra é recente, surgindo a primeira vez apenas em 1968 e, em termos constitucionais, apenas em 1988. A palavra *discriminação* tem origem latina *discriminare*, que significa dividir, colocar diferença entre alguma coisa, como atribui o filósofo britânico Walter Skeat. Dentro da língua portuguesa nota-se que o significado é bem semelhante, podendo ser definida como: separação, faculdade de distinguir, entre outras palavras com sentido próximo.

Hodiernamente, pode-se afirmar que discriminação, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tem sentido semelhante

com o explanado no parágrafo anterior, ou seja, como tratamento diferenciado. A vedação da discriminação em suas mais diversas formas de manifestação constitui como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Dentro da perspectiva trabalhista, existem proteções contra a discriminação, não se limitando apenas ao poder de contratar, mas também na intervenção do mercado de trabalho, para, dessa forma, tornar mais igualitária as relações de trabalho. No entanto, existem diversos dispositivos constitucionais que permitem a distinção entre homens e mulheres, o que não é considerado como discriminação, já que medidas que visam proteger grupos discriminados não podem ser vistos como atitudes discriminatórias, tendo em vista que constituem parte do processo para se alcançar a verdadeira igualdade.

Pode-se citar, como exemplos, o artigo 7º, XX da Constituição Federal 1988: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”; e o inciso XXX do mesmo artigo: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Ainda a título de exemplo, temos abaixo uma portaria que foi publicada no Diário Oficial do Município de São Paulo no dia 17/12/2015 que trata sobre uma medida para eliminar a discriminação contra o trabalho da mulher:

CONSIDERANDO a necessidade de se promover uma melhor equalização de gêneros no quadro de funcionários das empresas prestadoras de serviço público de transporte coletivo de passageiros nesta Cidade, o que se coaduna com o art. 3º, incisos I, III e IV; art. 5º, inciso I, e art. 7º, XXX, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO os termos da Lei Orgânica do Município de São Paulo, particularmente o art. 172;

art. 173, inciso IV; e art. 175, inciso VI, os quais atribuem ao Poder Executivo, dentre outras, a competência para editar normas relativas ao pessoal daquelas empresas;

RESOLVEM:

Art. 1º. Cada uma das empresas delegatárias dos serviços de transporte coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo deverá reservar, no mínimo, 30% (trinta por cento) das vagas de trabalho às mulheres.

§ 1º - Para os fins desta portaria, deverá ser considerada a identidade de gênero autodeclarada, independentemente do que constar em documento ou registro público.

§ 2º. O percentual definido no caput deste artigo incidirá sobre o total das pessoas empregadas pelas empresas, não sendo obrigatória a sua observância por função, cargo ou categoria.

Art. 2º. Em caso de comprovado não preenchimento dessas vagas por insuficiência da oferta de mão de obra feminina no setor, elas poderão ser ocupadas por trabalhadores do gênero masculino.

Parágrafo único. As empresas devem realizar ampla e específica divulgação das vagas destinadas às mulheres, demonstrando que se esgotaram todos os recursos possíveis para sua contratação, antes de fazerem uso da previsão do caput deste artigo.

Art. 3º. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação revogando as disposições em contrário.

A necessidade da criação de uma lei que assegure a participação de mulheres dentro de uma profissão que é predo-

minantemente masculina, mostra o reflexo de uma sociedade patriarcal e misógina, em que a contratação e a permanência em um emprego muitas vezes são baseadas em uma divisão de sexo. A lei citada acima tem o intuito de promover a igualdade de um grupo que é bastante prejudicado.

Existem, todavia, artigos dentro da CLT que, apesar de ter intuito “protetivo”, acabam causando discriminação. Entre os mencionados artigos, cita-se o art. 384, que disciplina acerca da obrigatoriedade de conceder, exclusivamente às mulheres, intervalo de, no mínimo, 15 minutos antes do início do período extraordinário de trabalho. Questiona-se: Por que esse intervalo é garantido apenas as mulheres? Por que não a todos os trabalhadores? Quais justificativas biológicas ou psicológicas são usados para assegurar que entre a jornada ordinária e a extraordinária apenas as mulheres devem ter a pausa de 15 minutos?

Considerando que a maioria das famílias ainda não desconstruiu a ideia de que cabe exclusivamente a mulher realizar os trabalhos domésticos de sua residência, as trabalhadoras – sobretudo as mais pobres – após um dia cansativo de labor, desenvolvem as atividades domésticas de sua casa, em uma espécie de terceiro turno de trabalho. Tal fato afasta o possível argumento de que o homem possui maior resistência física para exercer o labor, o que torna irrazoável a concessão do intervalo anterior ao início da sobrejornada exclusivamente para mulheres.

Existem situações em que o próprio legislador apenas reproduz, através de sua função legislativa, discursos discriminatórios e misóginos que acabam refletindo como um desestímulo para a contratação de mão de obra feminina.

A discriminação é o desrespeito ao princípio da igualdade. Embora já tenha havido grandes avanços sociais acerca do tema, é comum ouvirmos relatos e, até mesmo, vivenciarmos a prática de atos discriminatórios, muitos deles já dissemina-

dos socialmente, fazendo-os passar despercebidos pela normalidade que os trazem.

2. A MULHER NEGRA NO MERCADO DE TRABALHO - UMA DUPLA DISCRIMINAÇÃO:

Negros, mulheres, homossexuais, pobres e os demais grupos classificados como “minorias” – que, ironicamente, compõem, unidos, a maior parte da população brasileira – são as maiores vítimas da discriminação, persistente na sociedade brasileira de forma perversa, em suas variadas formas, sendo verificadas tanto nas relações sociais em geral, como no âmbito do trabalho.

Ser apenas negro ou apenas mulher requer demasiadas lutas sociais diárias pela conquista de direitos igualitários. Ser mulher negra, certamente, é vivenciar, diariamente, dupla discriminação e, conseqüentemente, duplo sofrimento, duplos sacrifícios e, sobretudo, dupla luta para alcançar uma efetiva igualdade.

A discriminação contra a mulher, no âmbito do trabalho, provém, mormente, das alegações de que a sua força física reduzida seria fator limitante para a realização de determinados trabalhos, bem como com o argumento de que a gravidez a torna menos produtiva, uma vez que gera períodos de afastamento do laboro. Já no que diz respeito ao gênero, especificamente aos negros, o tratamento desigual adveio do período em que se admitia o trabalho escravo e que vigoravam leis em que os negros eram considerados como objetos, sendo classificados como coisa e mercadoria.

No entanto, a abolição da escravatura não foi suficiente para equiparar homens brancos e negros, o que gerou, especialmente em razão da imigração europeia, a designação de trabalhos mais árduos e de baixa remuneração aos negros, contribuindo para as situações de desemprego, subemprego e marginalidade.

Além disso, há de se ressaltar que os índices de mulheres negras escolarizadas demonstram-se muito aquém quando comparados com os das mulheres brancas. É, portanto, comum encontrar na população trabalhadora negra a falta de qualificação profissional influenciada pelas dificuldades que esse grupo social enfrenta no processo de escolarização no Brasil. Muitas delas necessitam ingressar no mercado de trabalho de forma prematura para ajudar no sustento de suas famílias, impossibilitando o acesso à educação.

As práticas discriminatórias não se restringem apenas a população feminina e negra que não teve acesso às escolas. Elas atingem, inclusive, mulheres negras de alto nível intelectual, com escolarização e formação superior, que, ainda assim, encontram maiores dificuldades para ingressar no mercado de trabalho e, quando conseguem, percebem menor remuneração quando comparadas com as mulheres brancas e com os homens.

Segundo Soares (2000), dividindo o processo de inserção do sujeito no mercado de trabalho em: formação, inserção e a definição do salário, entende-se a defasagem referente às mulheres negras, principalmente na formação e inserção. Ao alcançar a dita formação e inserção no mercado de trabalho, sofrem, ainda, com a definição salarial, sempre ganhando menos que as mulheres brancas.

Em maio de 2016, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em conjunto com o MTPS (Ministério do Trabalho e Previdência Social) divulgaram a Nota Técnica “*Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014*”⁴³, o qual apresenta a evolução da mulher no mercado de trabalho, os postos que ocupam e a evolução salarial.

Através da pesquisa acima referida, temos que os homens, sejam eles negros ou brancos, continuam sendo a maioria

43. http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf

no mercado de trabalho, abrangendo uma taxa de 80% de presença, enquanto as mulheres, de ambas as raças, apenas alcançam o percentual de 60%.

Tomando como referência os 10 anos utilizados para a realização da pesquisa (2004-2014), houve melhora na renda percebida pelas mulheres, no entanto, restou insuficiente para equiparar os ganhos entre gênero e raça. O rendimento médio do brasileiro cresceu quase 50%, passando dos R\$1.000,00 em 2004 para R\$1.595,00 em 2014. As mulheres negras foram as maiores beneficiadas, com 77% de aumento no período. Os homens, no entanto, continuam ganhando mais que as mulheres (em média, R\$1.831,00 contra R\$1.288,00, em 2014). As mulheres negras seguem, no mesmo ano, com a renda em torno de R\$ 946,00.

O trabalho doméstico, conforme demonstra, continua sendo um dos líderes nos postos ocupados pelas mulheres, concentrando cerca de 14% da população feminina, cerca de 5,9 milhões de mulheres, em 2014. As mulheres negras totalizaram 17,7% entre as trabalhadoras domésticas, contra 10% do percentual das mulheres brancas.

Para a realização da Nota Técnica descrita acima, foram analisados os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) de 2014, do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), não tendo sido incluso na pesquisa o trabalho doméstico não remunerado feito no espaço privado, as mulheres que cuidam dos filhos, idosos e doentes de suas famílias e as trabalhadoras rurais.

Percebe-se a relação homem/mulher e raça/classe, nos estratos sociais, como uma pirâmide. No que diz respeito à raça, seu topo é preenchido socialmente por uma população majoritariamente branca que usufruiu de uma condição de melhor emprego, renda, escolarização, serviços de saúde; na base, a população negra, submetida, em regra, a baixos salários, ao desemprego, a

marginalização social. A mesma analogia pode ser feita ao comparar homens e mulheres: encontram-se os homens no topo da pirâmide, enquanto, as mulheres, em sua base. A situação certamente se agrava quando se é, cumulativamente, mulher e negra.

Visto que a discriminação se dá pela ausência de efetividade do princípio da igualdade, cabe ao Estado, enquanto regulador da ordem social, buscar meios para alcançar o ideal de equidade, sobretudo dos mais vulneráveis, a fim de propiciar o bem-estar de todos os membros da sociedade, sem distinção. Para tanto, os poderes do Estado devem se direcionar para a construção de uma sociedade justa e igualitária através de políticas públicas.

As políticas públicas não podem ser confundidas com os próprios direitos sociais, sendo essas apenas um meio para efetivá-los através de programas de governo.

Por meio do Decreto nº. 4.228 de 2002, o Poder Executivo instituiu, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, o qual dispõe acerca da observância da presença afrodescendentes no preenchimento de alguns cargos, a eleição de requisito em licitações promovidas por órgãos públicos, de atribuição de pontos às entidades que tiverem no âmbito de suas empresas ações afirmativas, bem como a contratação de empresas que apresentem metas percentuais de participação de afrodescendentes. Pelo mesmo Decreto, foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racional, em 2003, com objetivo de promover a igualdade racial, acompanhado do Ministério do Trabalho e Emprego, que possibilitou a criação dos: Programa Primeiro Emprego, Programa de Qualificação e Requalificação Profissional e o Programa Brasil, Gênero e Raça. Para um melhor funcionamento de tais programas, foram criadas, ainda, as Delegacias Regionais do Trabalho e Núcleos de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Com-

bate à Discriminação. Estes últimos recebem denúncias de práticas discriminatórias no trabalho.

Em 2003, surgiu a previsão de reserva de vagas em universidades públicas federais para o acesso de negros à educação, tendo sido pioneira a Universidade de Brasília (UNB).

Em meados de 2010, o Poder Legislativo sancionou a Lei nº 12.288 instituindo o Estatuto da Igualdade Racial, tido como uma grande tentativa de combater a discriminação do negro no Brasil, trazendo consonância com a já referida Convenção nº 111 da OIT, resultando em importante contribuição para as políticas públicas e para o arcabouço legal do País.

A ex-presidente Dilma Rousseff, em 2013, estabeleceu cota mínima de 20% para negros no serviço público.

Diante do grande problema social trazido pelas práticas discriminatórias sofridas por grande parte dos brasileiros, o Brasil vem adotando medidas sociais que visam disseminar as diversas formas de preconceito vividas no País.

O aumento de ações afirmativas, realizadas pelo Estado e pelos diversos setores da sociedade, que garantam a igualdade de oportunidades, de tratamento e que promova a conscientização – mormente no âmbito da educação básica – acerca do tratamento igualitário que deve ser dado a todos é extremamente necessário e urgente. Almeja-se, dessa forma, compensar as perdas provocadas pela discriminação e marginalização proveniente de motivos raciais, étnicos, religiosos, gênero, sexo, dentre outros, bem como garantir que as próximas gerações possam viver em um País que haja, de fato, igualdade, não apenas formal, mas, prioritariamente, material.

CONCLUSÃO

Grande parte da população brasileira é patriarcal, machista e racista. No que se refere a este artigo, há de se ressaltar

que a tripla discriminação sofrida pelas mulheres negras – de gênero, raça e social – faz com que o implemento de políticas públicas que visem o ingresso e ascensão das trabalhadoras negras no mercado de trabalho seja imprescindível.

Para surtirem os efeitos desejados, tais medidas devem contar com a participação da população, sendo necessário admitir que a questão só pode ser combatida com o amplo engajamento dos diversos setores da sociedade, abrangendo poderes públicos e privados.

Como dito, as ações afirmativas e mudanças legislativas são necessárias. É imperioso construir e estimular a consciência da população acerca das questões de gênero e raça. Para tanto, deve ser desenvolvido, dentro de escolas, universidades e demais instituições educacionais, de caráter público ou privado, palestras e estudos, de acesso livre e gratuito, que conscientizem sobre o respeito e a liberdade do sexo feminino, que dissertem sobre a capacidade da mulher, independente de sua cor, de desenvolver os mesmos trabalhos desenvolvidos pelos homens, que, sobretudo, contribuam para a formação de uma sociedade de consciência livre, justa e igualitária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Echeverria, Gabriela Bothrel; Campana, Gabriel Cerqueira; Monteiro, Lara Valléria Barros; Tavares, Marcelo Góes; **Preconceito e desigualdades sociais: a mulher negra no mercado de trabalho Brasileiro**. Cadernos de Graduação Ciências Humanas e Sociais, ISSN IMPRESSO 2317-1693, ISSN ELETRÔNICO 2316-672X. Disponível: < <https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/view/2073/1280> >

Garcia, Gustavo Filipe Barbosa, **Curso de direito do trabalho**, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, 11 edição., ver., atual e ampli.- Rio de Janeiro: Forense, 2017

Lima, Firmino Alves, **Teoria da Discriminação nas relações de trabalho**, Firmino Alves Lima.- Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

“Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014”, Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf > Acesso em 16 de Abril de 2017.

Pires, Breiller, **Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU**, disponível em: < http://brasil.elepais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html > , Acesso: 15 de Abril de 2017.

Saffioti, Heleieth I.B.S134p, **O poder do macho**, Heleieth I.B. Saffioti. --Sao Paulo: Moderna, 1987.

SOARES, S. **O perfil da discriminação do mercado de trabalho – homens negros, mulheres brancas e mulheres negras**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, n.769. Brasília: 2000.

TRIPPIA, Luciane Maria; BARACAT, Eduardo Milleo. **A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho e as políticas públicas**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 3, n. 32, p. 26-38, jul./ago. 2014. Disponível < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/94254> >

NECESSIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: VERDADE OU MITO

José Augusto de Queiroz Pereira Neto

Daniele Ramos Marques da Cruz

Rafael Rodrigues de Andrade

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a Reforma da Previdência Social, que o governo pretende regulamentar através da PEC 287/16, exibindo as principais mudanças da regra original e alterações que foram realizadas no projeto original.

Informará os dados oriundos do déficit da Previdência Social, apresentados pelo governo e a evolução no decorrer dos anos, mostrará a situação atual do governo e como a reforma afeta diretamente o contribuinte brasileiro, desde contribuintes homens ou mulheres, trabalhadores estatutários, que possuem vínculo empregatício, trabalhadores rurais, professores, autônomos, beneficiários de auxílio doença, recebedores de benefícios assistenciais, entre outros.

O objetivo da pesquisa é de conhecer a proposta da Reforma da Previdência, como o governo está apresentando a referida reforma e do déficit existente, qual a sua influência perante o povo brasileiro e como ele vai afetar diretamente o

contribuinte ou seu dependente no momento em que for receber o benefício previdenciário.

A metodologia usada é uma metodologia quantitativa onde mostra os valores dos déficits da previdência social apresentados pelo governo e as novas regras para o contribuinte se aposentar, com idade limite e percentuais de recebimentos. Foi realizado também uma pesquisa bibliográfica para sabermos da importância da previdência social para o cidadão.

1. ORIGEM DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em nossa história, nem sempre houve a preocupação com a proteção dos indivíduos, em relação aos seus infortúnios. Só em tempos mais recentes, mais precisamente a partir do século XIX, é que a previdência social se tornou importante perante o Estado.

Segundo Mozart Victor Russomano⁴⁴: “a Previdência Social tem sua história ligada a duas tendências do homem: a poupança e a caridade”.

Nascendo assim, do ponto de vista de cada indivíduo, a necessidade de assegurar o necessário à segurança do futuro.

Utilizando-nos do irretocável conceito fornecido por Celso Barroso Leite :

Proteção social, portanto é o conjunto de medidas de caráter social destinada a atender certas necessidades individuais que não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade⁴⁵.

É aceitável que os autores em muito casos entendam que as origens remotas da Previdência Social estão perdidas no fundo da História.

44. RUSSOMANO, Mozart Victor, *Curso de Previdência Social*, 4ª Edição: Forense, 2001.

45. LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 1978, p.16.

Engana-se quem pensa que as raízes da Previdência Social surgiram no momento em que o indivíduo guardou o alimento para o dia seguinte. Pois, isso é poupança, em sua forma rudimentar por excelência. A Previdência Social, apesar de assemelhar-se com a ideia de poupança, não funciona como mero sistema de acumulações de reservas para o dia de amanhã, tendo como plano principal a solidariedade entre os homens, ante as necessidades de alguns e a sensibilidade de muitos.

Na verdade, a Previdência Social começou a aparecer nas organizações que, superando o conceito individual ou familiar de poupança (que é auto proteção), se encarregam de emprestar auxílio aos necessitados.

Desde sua aparição a Previdência Social possui o pensamento de que o homem se auto protege, com isso criam-se entidades que se encarregam de lhe assegurar o apoio, na hora necessária, visualizando assim, a hetero proteção. É por isso que os sistemas da Previdência Social pedem, dos segurados, a contribuição econômica, a fim de que possam distribuir benefícios e serviços, também utilizando, é claro, para esse fim, outros recursos orçamentários.

Há quem diga, que no antigo Oriente surgiram as primeiras organizações que, de modo singelo ou rudimentar, tinham tais finalidades, fato esse, entretanto, de frágil comprovação.

Na verdade a história da Previdência Social, inicia-se no princípio do século XVII, com a tendência de autoproteção, o Estado através de órgãos especiais inicia a institucionalização do sistema dos seguros e assistências sociais, assumindo o ônus de organizar os serviços administrativos e o custeio de tal operação.

Nesse período a Inglaterra promulga a lei dos Pobres, que ficou entendida como o Estado sendo órgão social que tem o dever implícito de garantir assistência às pessoas necessitadas, estando porém muito longe da existência de um verdadeiro

regime de Previdência Social, que deve ser considerado como a organização administrativa, sob as prestações que cobrem os riscos inerentes à sua atividade profissional ou econômica.

Na verdade o embrião da Previdência Social surgiu em 1883, com a primeira lei de Otto Von Bismarck, que foi promulgada até o termino da I grande Guerra, em 1918.

Logo após surgiu o Tratado de Versalhes, em 1919, que veio aperfeiçoar o sistema previdenciário das nações europeias e rompimento dos seguros sociais das fronteiras do velho mundo, que sua influência atingiu o resto do mundo, sobretudo a América Latina.

Por fim há um terceiro período que começa a partir da II Grande Guerra e prolonga-se nas reticências de um futuro indecifrável.

Conforme entendimento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Existem, pois, dois modelos fundamentais de proteção social, que coexistem no Estado Contemporâneo após a Segunda Guerra Mundial, ambos, todavia, baseados no ideal de solidariedade e na intervenção do Estado no domínio econômico, diferenciando-se quanto à parcela da população destinatária e os limites da participação do Estado no sistema de proteção⁴⁶.

O ápice do nosso momento é a transformação da Previdência Social, em um regime de Seguridade Social mais aplicável ao povo, pelos acréscimos dos riscos cobertos, pela melhoria das condições de concessão dos benefícios e serviços, pela extensão dessas prestações a generalidade do povo

46. DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, Manual de Direito Previdenciário, 7ª Edição, Ed. LTr, 2006.

e pela tendência de transferir ao Estado a responsabilidade global do custeio de tão grande programa de ação.

2. A CRIAÇÃO DA PEC 287/16

Em 06 de dezembro de 2016, o Governo Federal enviou à Câmara de Deputados Congresso Nacional a proposta de Reforma da Previdência, protocolada como PEC 287.

Entre os principais pontos propostos estão:

- 65 anos como idade mínima para aposentadoria de homens e mulheres, sem diferenciação, atingindo os setores público e privado, à exceção dos militares, sendo ajustada ainda a idade mínima para aposentadoria ainda estará sujeita a ajuste, caso aumente a ‘sobrevida’ dos brasileiros.

- a aposentadoria por idade será de no mínimo 25 anos de contribuição, quando na regra atual são 15 anos (180 contribuições).

- Para recebimento do teto Constitucional o contribuinte deverá respeitar os 65 anos e contribuir no mínimo por 49 anos ininterruptos.

- A pensão será de 50% (cota familiar) dos proventos do falecido, com um acréscimo de 10 pontos percentuais (cota individual) para cada dependente, até o limite de 100%, as cotas individuais de 10% da pensão serão extintas quando o beneficiário deixar de ser dependente (quando os filhos atingirem a idade limite para recebimento).

- trabalhadores rurais que na regra atual não são obrigados a contribuir com a Previdência Social, deverão contribuir e terão idade mínima de 65 anos como regra, que serão discutidas . De acordo com o governo, a proposta é que para

os trabalhadores rurais as regras deverão ser discutidas após possível promulgação da PEC, através de projeto de lei.

- Os militares também terão projeto de lei específico, pois, ao contrário, não deverão ser atingidos pelas mudanças contidas na reforma, o entendimento vale também para policiais militares e bombeiros, que estão submetidos a regras estaduais.

- Os policiais civis, no entanto, seguem a regra nacional, de 65 anos de idade mínima e 25 de contribuição.

- Haverá uma regra de transição para os contribuintes que tiverem a partir de 50 anos de idade (homem) ou 45 anos de idade (mulher).

Em abril de 2016 o governo realizou medidas que intituiu como ajustes a sua Proposta de Emenda da Constituição, PEC 287/16, que ficou da seguinte forma:

- A idade mínima para aposentadoria passaria ao invés de 65 anos para todos de 62 anos para mulher e 65 para homem.

- A regra de transição será alterada também, pois quem tiver com 25 de contribuição poderá se aposentar com 40 anos de contribuição e não mais com 49.

- Trabalhadores rurais terão uma idade diferenciada de 60 anos para homem e 57 anos para mulheres.

- Vinculação da pensão ao salário mínimo, podendo cumular com a aposentadoria, caso a soma das duas não alcance dois salários mínimo, caso ultrapasse o beneficiário irá optar pelo maior benefício.

- Professores retornam as condições especiais, sendo necessário ter no mínimo 60 anos de idade e 25 de contribuição,

nos casos de transição a idade mínima vai para 55 anos para homem e 50 anos para mulheres e nos casos de regimentos próprios de 50 anos para homens e 48 para mulheres.

- Policiais civis e militares terão uma idade mínima de 60 anos com 25 anos de contribuição e 20 de atividade de risco comprovada.

- Os policiais federais terão idade mínima de 55 anos.

- Os benefícios assistencialismos considerados benefícios de prestação continuadas, aumentará a idade de 65 para 68 anos a partir de 2020, sendo vinculado ao salário mínimo.

2.1 DA ARGUMENTAÇÃO NA NECESSIDADE DE REFORMAR A PREVIDÊNCIA

O grande argumento do governo em reformar o meio de previdência por causa dos valores que são pagos a esses trabalhadores e por consequência das contribuições que deixam de ser arrecadadas.

Então, qual é o motivo dessa reforma? O governo nos apresenta uma série de números dizendo que a previdência social está com déficit, e com o aumento da expectativa de vida tal diferença negativa iria só aumentar.

Através da vinculação da necessidade de reformar a previdência, da criação da PEC 287/16, um grande estrago já foi feito no sistema previdenciário, porque a previdência social é um banco onde contribuímos a vida inteira para quando tiver a necessidade de proteção ir lá e retirar o benefício, isso é o sistema previdenciário.

Tal fato está claro quando é informado, através dos meios de veiculações de mídias que a nossa Previdência Social não vai suportar o pagamento dos benefícios de quaisquer que sejam, aposentadorias, pensões, assistências ou auxílio doenças, dos

futuros e até mesmo dos presentes aposentados, as pessoas acabam se afastando do sistema previdenciário, pessoas, essas consideradas, contribuintes autônomos, empresários entre outros.

Nota-se que o afastamento nada mais é do que uma reação normal do cidadão que quer garantir o seu futuro, fato esse que acontece também com o sistema privado, ou seja, quando alguém tem a informação de que o Banco que possui o seu investimento não vai poder retribuir o seu investimento, logo, por questão de lógica, acaba retirando o seu investimento e aplicando em outra instituição com um investimento melhor e mais rentável.

O ano de 2016 a Previdência Privada através da criação de duas leis importantes, cresceu 21 % e isso responde muita coisa, quando as pessoas perguntam a quem que interessa a reforma a resposta está aí as pessoas dentro das suas possibilidades estão se distanciando cada vez mais da Previdência Social, por culpa das inúmeras propagandas de que a Previdência no Brasil vai ser extinta.

Acontece que a Previdência Privada ao contrário da Previdência Social, não possui cunho assistencial, motivo pelo qual as pessoas estão correndo o risco de não receberem sequer o salário mínimo nacional no momento da sua aposentadoria.

2.2 DA REALIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Ao longo da nossa história da Previdência Social, por um período de quase 100 anos, desde 1923, todos os governos, sem nenhuma exceção, tiraram recursos do sistema de seguridade social, por razões infinitas, umas necessárias, outras nem tão necessárias, enfim, foram retirados bilhões de reais que nunca foram repostos

Um dos fatos mais alarmantes de retiradas de recursos, são as desonerações, que no ano de 2016, chegou a cento e quarenta e dois bilhões de reais, empresas foram desoneradas, ou seja, na verdade será mesmo que a culpa do déficit

da Previdência Social é do aumento da expectativa de vida do cidadão que está aposentado ou se aposentando?

Outro fato alarmante, que não é informado pelo governo, é a desvinculação das receitas da União (DRU) que ao longo dos últimos 10 anos passou de 20% para 30%, chegando ao montante absurdo de seiscentos bilhões reais, ou seja, o governo retira 30% dos recursos da seguridade social para serem usados no pagamento da dívida pública, valor esse que deveriam ficar nos cofres públicos para servirem até mesmo de um caixa para um momento de crise.

Por curiosidade somente no ano de 2014 a arrecadação da seguridade social foi de seiscentos e oitenta e seis bilhões, sendo gasto porém, o valor de seiscentos e trinta e dois bilhões com pagamento de recursos previdenciários, não havendo assim déficit nesse ano.

Outro fato que causa um grande alarme é a dívida ativa existente das empresas privadas, que pelo último dado do ano de 2015, passava de trezentos e cinquenta bilhões de reais.

Pensando então em dívida ativa, logo visualizamos por empresas que estão falidas, ou pelo menos estejam com condições precárias de administração, mas estudando o caso mais a fundo notamos que os verdadeiros devedores são as grandes empresas como Bancos, empresas do ramo alimentício e construtoras, que anualmente anunciam seus lucro que ficam em torno de milhões e bilhões de reais.

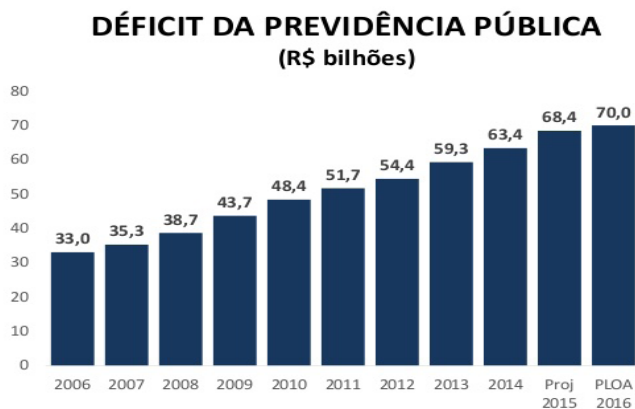
Notamos também que tal fato causa estranheza quando pensamos que os principais devedores são as grandes empresas que por ano têm lucros milionários e muitas vezes bilionários e que o percentual de dívida cobrado pelo poder público é de 0,82 %, isso mesmo, 90,28% da dívida pública não é cobrada por uma série de fatores.

Somente para elucidar dentro no nosso Código de Processo Civil existem diversas ferramentas e o Estado tem vários mecanismos para aumentar esse percentual de cobrança,

como por exemplo o Bacen-Jud, onde em um processo de execução o poder judiciário determina o bloqueio do valor da dívida, diretamente na conta do devedor, ajudando assim os credores de receberem o que lhe são devidos.

O chamado déficit da Previdência, então, aqui é importante a gente fazer uma distinção, a Constituição Federal diz que deve haver o orçamento da Seguridade Social, ou seja, Saúde, Previdência e Assistência, entretanto o Governo Federal na criação de mecanismos para o desenvolvimento social esquece da Previdência Social, um exemplo disso foi a criação da CPMF, que teve a sua aplicação direcionada para saúde, apesar da lei 8212/91, versar sobre saúde e seguridade social.

Considerando os dados informado pelo governo, e o repasse da Desvinculação da receita da União, no ano de 2012, ocorreu um déficit, 54,4 milhões, no ano de 2013 ocorreu um déficit de 59,3 milhões, no ano de 2014, um déficit de 63,4 milhões, no ano de 2015 ocorreu um déficit de 68,4 bilhões e o ano de 2016 ocorreu um déficit de 70 bilhões, conforme vejamos;



Fonte: MPOG.

Questionando então o que será que esse ano aconteceu uma epidemia de morte ou de doença, ou até mesmo um número grande de pessoas alcançaram a idade de se aposentar? Lógico que não está claro que o problema está na arrecadação e não na concessão de benefícios previdenciários, motivo pelo qual não justifica as mudanças propostas pelo governo.

A lei 8212/91, que versa sobre a seguridade social, é uma lei que foi criada, ao contrário do que muita gente pensa com uma série de obrigações para suportar os benefícios num todo, tanto que sobra dinheiro.

Estamos claros que a Previdência não tem que resolver o problema do suposto déficit, o problema é a economia e do ajuste fiscal, até porque qualquer reforma que faça ela vai repercutir a longo prazo e não nesse ano ou ano que vem, então o discurso todo esta desconectado da realidade do sistema Previdenciário.

Por outro lado, fato esse também não divulgado pelo governo, o Brasil gasta 48% do seu orçamento, em torno de quinhentos bilhões para pagar a dívida pública, principalmente com os grandes devedores da previdência e ninguém fala nada.

Existem Estados que criaram tetos em seus orçamentos para pagarem os precatórios, ou seja, alcançando aquele teto, somente no ano que vem, o Governo poderia fazer o mesmo com a dívida criava um teto de 10% para pagamento da dívida pública e não gastaria 48% por cento do orçamento, garanto que assim sobraria dinheiro para pagar os aposentados.

2.3 CASOS PREJUDICIAIS AO CONTRIBUINTE

A legislação atual prevê algumas situações diferenciadas como, por exemplo, a aposentadoria das pessoas que exercem atividades nocivas a saúde, isso praticamente vai acabar com a PEC 287.

Nós temos hoje três possibilidades: Uma situação de perigo, situação de risco de contágio de doença e exposição da saúde como insalubres

Com a PEC tanto os casos de situação de perigo como trabalho em redes elétricas e contágio de doença como trabalhos nos hospitais de médicos e enfermeiros, não tem diferenças a regra da previdência social, ficando somente com uma aposentadoria especial os que trabalharem em local insalubre, como por exemplo, o ruído, raio x, que a exposição continuada vai muito provavelmente afetar a pessoa.

Acontece que tanto no trabalho de situação de perigo, quanto no trabalho de contágio de doença, a pessoa tem o risco de morrer de uma hora para outra, mesmo na situação em que suas atividades estão sendo consideradas especiais.

Já nos casos dos trabalhos insalubres, os segurados terão redução da idade em dez anos e poderão ter redução do tempo em cinco anos, que mesmo assim ainda continua sendo um absurdo, pois trabalhador de uma mina de subsolo que esta exposto a um agente perigoso, insalubre e penoso, que começou a trabalhar aos vinte anos e aos quarenta você já trabalhou o suficiente para se aposentar, o que ele vai fazer até os seus cinquenta e cinco anos? Vai esperar em casa quinze anos sem trabalhar? Lógico que não ele vai trabalhar até os cinquenta e cinco anos e provavelmente no mesmo trabalho insalubre, pois não sabe exercer atividade laboral em outro ramo e vai por ficar mais quinze anos exercendo atividade insalubre, ou seja, na prática não adiantou em nada essa redução.

Os professores também é um caso que chama atenção, uma professora com cinquenta e nove anos de idade em uma turma de cinquenta adolescentes dando aula em pé, sofrendo desgastes e pressão, ela provavelmente não vai aguentar e vai terminar ou ingressando no auxílio doença ou não exercendo o seu trabalho como deveria ser exercido.

Outra regra relevante é a aposentadoria por invalidez, na regra geral, não importa se a causa é acidentaria ou não, é de cem por cento da média das contribuições.

Caso a PEC seja aprovada o benefício oriundo por acidente de trabalho, espécie 91, fica no 100%, agora caso o benefício for oriundo de uma doença que não foi adquirida através de um acidente no trabalho, espécie 31, o cálculo se faz com 51 %, mais 1% por ano de contribuição retornando assim a regra que existia no ano de 1995, só que naquela época a diferença era menor 80%, sendo porém extinta devido ao conflito que gerava entre auxílio doença e auxílio doença por acidente de trabalho.

A pensão por morte somente poderá ser cumulada se a média não alcançar dois salários mínimos, caso ultrapasse a pessoa tem que optar pelo maior benefício, sendo que o valor recebido pela pensão será de 50% do valor que o contribuinte recebia ou iria receber se aposentado fosse, mais 10% por filho dependente, ou seja, se uma pessoa possui dois filhos menores e o seu companheiro venha a falecer a mesma receberá o percentual de 70% do valor correspondente ao valor da média das doze últimas contribuições, até cada dependente possuir a maior idade, ou seja, 18 anos de idade ou 24 anos fazendo faculdade, data em que o companheiro voltará a receber o percentual de 50%.

Nota-se então que a mesma regra por equiparação a regra da pensão por morte acontece com o auxílio.

O trabalhador rural é que por um lado tem uma das maiores modificações da Previdência Social, a sua idade mínima vai para sessenta anos homens e cinquenta e sete anos mulheres, com uma contribuição de uma alíquota de 5% ou menos sobre o salário mínimo, que deverá ser regulamentada em até vinte e quatro meses, após a conclusão da Reforma da Previdência, continuando a contribuição opcional sobre a produção, que é a regra atual, os agricultores que trabalham em regime de economia familiar contribuem com uma alíquota sobre a produção comercializada.

Tal fato também causa uma enorme injustiça pois se observar um trabalhador rural, que começou a trabalhar antes dos quatorze anos, aos sessenta anos ou aos cinquenta e sete anos ele terá uma fisionomia de um trabalhador urbano de oitenta anos.

Outra mudança que é assustadora é no benefício assistencial, o benefício assistencial é pago aos idosos com mais de sessenta e cinco anos de idade e aos deficientes ambos baixa renda. Hoje sessenta e cinco anos o governo quer passar para sessenta e cinco anos e sessenta e oito anos no ano de 2020, sendo considerada como renda per capita para concessão do benefício toda a renda recebida pela família em um percentual menor de 1/4 do salário mínimo, com exceção do benefício do bolsa família, estágios supervisionados e programa de aprendizagem.

CONCLUSÃO

O trabalho versou sobre as principais mudanças que surgirão através da Reforma da Previdência que o governo pretende criar através da PEC 287/16, foi apresentado em pouco da história da previdência social, o seu surgimento, criação e a mudança de comportamento em que o cidadão passou a transformar o seu pensamento de poupança para proteção de um bem estar futuro no momento que mais precise.

Foi falado sobre a Reforma da Previdência, que está sendo elaborada através da PEC 287, a alteração a sua proposta e apresentamos as principais mudanças que ocorrerão com a aprovação de tal proposta de emenda da constituição, tecendo um comentário da situação econômica da previdência social, a sua falsa ilusão de déficit, a maneira que o valor arrecado é gasto, e o que o governo está fazendo para regularizar esse prejuízo apontado.

Mencionamos que o culpado do déficit previdência é a crise financeira e o governo que aumento de 20% para 30% o percentual retirado a título de desvinculação de receita da

União (DRU) e indicamos meios para aumentar a arrecadação, como cobrança de dívida ativa, execução dos maiores devedores e estipular um limite para pagamento da dívida pública.

Por fim informamos que a reformar da previdência afeta diretamente o contribuinte e seus dependentes, de qualquer natureza e sexo e que com tal medida o contribuinte está migrando para a Previdência Privada, que por sua vez aumenta cada vez mais a sua arrecadação, enquanto a Previdência Social diminuindo.

REFERÊNCIA

RUSSOMANO, Mozart Victor, *Curso de Previdência Social*, 4^o Edição: Forense, 2001.

LEITE, Celso Barroso. A proteção social no Brasil, 2^a ed., São Paulo: LTr, 1978.

DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, Manual de Direito Previdenciário, 7^a Edição, Ed. LTr, 2006.

http://www.jornaldaparaiba.com.br/politica/noticia/183690_veja-como-ficou-proposta-de-reforma-da-previdencia-apos-mudancas. Acesso 29 Maio. 2017

Brasil. Organização da Seguridade Social < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.html > , acesso 18 abril. 2017

<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/abril/analise-das-mudancas-na-pec-287-2016-2013-reforma-da-previdencia>, Acesso 20. MAIO de 2017

< <http://esquerdaonline.com.br/2016/12/06/o-que-e-a-reforma-da-previdencia-pec-287/>, > Acesso 30 MAIO 2017

BRASIL, PEC 287/16 < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881> > Acesso 10 MAIO 2017

ANÁLISE DO CONTRADITÓRIO EFETIVO NO PROCESSO DO TRABALHO

Lucas Goulart Consulmagno Prata⁴⁷

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá abordar a relação constituição e processo após a promulgação daquela em 1988, bem como a relevância da interpretação do estudo processual a luz das garantias constitucionais.

Este trabalho pretende ainda analisar a conceituação moderna do princípio do contraditório, especialmente após a edição do novo Código de Processo Civil em 2015, pesquisando o sentido de efetividade atribuído a tal garantia constitucional inerente ao processo.

Ainda sim, analisa-se a ideia de celeridade no processo do trabalho e sua relação com a nova concepção de contraditório, a luz da subsidiariedade na aplicação do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho.

Nestes termos, assume relevante importância o debate uma vez que com a recente atividade legislativa que culmi-

47. Mestrando em Direito, programa de Pós Graduação Stricto Sensu, Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos, Universidade Católica de Petrópolis – UCP; E-mail lucasconsulmagno@hotmail.com.

nou na realização do novo Código de Processo Civil, fez-se necessária a edição pelo Tribunal Superior do Trabalho da Instrução Normativa 39/2016, estabelecendo de forma não exaustiva as compatibilidades e incompatibilidades da aplicação subsidiária da nova norma processual.

Por fim, como técnica de pesquisa fora utilizada a pesquisa bibliográfica, havendo sido utilizadas doutrinas sobre o tema, bem como analisado os diplomas legais pertinentes.

1. RELAÇÃO CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: RELEVÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Após o exercício do poder constituinte originário e a promulgação da Constituição Federal de 1988, instalou-se no país uma nova ordem constitucional sob o prisma e fundamentada no Estado Democrático de Direito, senão vejamos o disposto preambularmente na Carta Magna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, 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.

Diante deste contexto positivados foram no texto constitucional garantias processuais, fazendo com que o estudo do

processo ao longo dos anos fosse interpretado sob as premissas da Constituição Federal.

Portanto, a importância da interpretação constitucional do processo é evidenciada pelos doutrinadores aqui citados, especialmente no que tange ao processo civil com a entrada em vigor de uma nova legislação processual pós promulgação da constituição, senão vejamos:

O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado modelo constitucional de processo civil, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil. Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de devido processo legal. O modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo.

Neste mesmo sentido continua suas lições:

A solução da causa deve ser obtida em tempo razoável (art. 4º CPC; art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), aí incluída a atividade necessária à satisfação prática do direito. A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença no processo de conhecimento.” Concluindo que “busca-se, então, assegurar a duração razoável do processo, sendo relevante destacar

o compromisso do Código de Processo Civil com esse princípio constitucional. Há uma nítida produção do resultado do processo sem dilações indevidas. Em outros termos, o sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade a qualquer preço. (CÂMARA, 2015)

A constitucionalização do direito processual é uma característica inevitável do ordenamento contemporâneo desde a mencionada instalação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo. O fenômeno pode ser visto em duas dimensões. Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores. À Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica).

Neste mesmo sentido aduz que

não é, então, por acaso que o art. 1º do CPC, com forte caráter simbólico, está assim redigido: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Conclui sua explanação acerca da observância constitucional do processo civil dizendo que:

O artigo enuncia a norma elementar de um sistema constitucional: as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela. Essa norma decorre do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição Federal. (DIDIER, 2015)

A imprescindibilidade da comunicação processo constitucional é evidenciada por Humberto Theodoro Junior, ao asseverar que não obstante as divisões em ramos autônomos dentro do direito, tais disciplinas formam um conjunto que tem em comum a finalidade de regular a convivência social, daí sua intercomunicação.

Diante da intercomunicação do direito mencionada acima, Humberto Theodoro Junior traz em seus ensinamentos a ligação entre Constituição Federal e processo civil ao dizer que:

O direito processual civil mantém estreitas relações com o direito constitucional, não apenas derivadas da hegemonia que cabe a esse ramo sobre todos os demais, mas principalmente porque, cuidando o processo de uma função soberana do Estado, será na Constituição que estarão localizados os atributos e limites dessa mesma função.

Finaliza sua explanação dizendo que:

A Constituição traça regras que se amoldam ao direito processual como o tratamento igualitário das partes do processo; garantia do devido processo legal; contraditório e ampla defesa e duração razoável

do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação. (THEODORO, 2015)

Cumpre ressaltar que observar o modelo constitucional de processo, em *ultima ratio*, não é uma escolha, não é uma ideia que depende de adesão de certo número de pessoas, trata-se como nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, de observância impositiva, sob pena de ulterior reconhecimento de eventual inconstitucionalidade, senão vejamos:

Sendo o direito processual civil um ramo do direito público, porque, em última análise, voltando ao estudo da atividade-fim do Poder Judiciário, o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da CF. Observar o modelo constitucional do direito processual civil, destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrina. Como toda boa norma constitucional sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade. (BUENO, 2015)

Observa-se que trata-se segundo a doutrina processual civil, de relação que merece observância uma vez que positivas garantias processuais fundamentais no texto constitucional, firmou a doutrina aqui mencionada o entendimento de interpretação do processo com base no texto constitucional.

Ainda, o legislador consagra no ⁴⁸ art. 1º do Código de Processo Civil a forma de ordenar, disciplinar e interpretar os

48. “Art. 1º CPC/2015: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

preceitos processuais conforme os valores e as normas estabelecidas pela Constituição Federal.

Neste diapasão, percebe-se pelo que se extrai da lei processual e dos ensinamentos doutrinários, que o legislador infraconstitucional prevê expressamente a relação constituição e processo e a relevância da interpretação deste sob a ótica do texto constitucional.

2. CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO

Observando a relação constitucional de processo, o princípio do contraditório inserido no rol de garantias fundamentais do ⁴⁹art. 5º da CF, especialmente no inciso LV, passou a ser interpretado modernamente como forma de participação com influência, de exercício substancial com eloquência ao longo do processo.

A doutrina processual moderna citada no presente trabalho, vem entendendo que o exercício do contraditório perdeu seu caráter meramente formal, seu caráter de informação e reação, incluindo aí um terceiro pilar denominado debate, trazendo a ideia de construção da decisão através de um procedimento em contraditório, com efetiva participação dos interessados, devendo o processo ser entendido como um procedimento em contraditório, senão vejamos:

Em seguida, impende tratar do *princípio do contraditório* (art. 5, LV, da CRFB). Este é, dos princípios fundamentais do processo, o que se revela como sua *nota essencial*. Em outros termos, o que se quer dizer com isso é que o contraditório é a característica fundamental do processo.

49. “Art. 5º CF/88, inciso LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.”

Mais adiante se verá – quando do trato deste instituto fundamental do direito processual – que o processo deve ser entendido como *procedimento em contraditório*. Assim é que, para o Estado Constitucional Brasileiro, a construção da decisão judicial deve dar-se através de um procedimento que se realiza com plena observância de um contraditório efetivo (qualificação do contraditório que se encontra expressa na parte final do art. 7º). (CÂMARA, 2015).

Entende-se que o princípio do contraditório se trata de instituto fundamental do direito processual em sua essência, de modo que pelo viés com que a doutrina mencionada tem entendido por contraditório, e a celeridade pela qual o processo do trabalho presa, justifica-se a importância da análise sobre a aplicação efetiva daquela garantia no processo do trabalho.

Por contraditório tem-se entendido como verdadeira garantia de participação com influência no resultado final, de modo que a decisão deve ser fruto de intenso debate evitando-se assim a atividade solitária do juiz, sendo que “Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz”. (CÂMARA, 2015).

O processo é um procedimento construído e estruturado a base do contraditório, e se entende que é derivado do devido processo legal, e reflexo do Estado Democrático mencionado alhures, senão vejamos:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrática na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder. (DIDIER, 2015 apud Marinoni, 1999)

Não obstante a Constituição Federal consagrar o princípio do contraditório, o Código de Processo Civil 2015 diz em seu ⁵⁰art. 7º que compete ao juiz cuidar da aplicação do contraditório efetivo, sendo que em seu ⁵¹art. 9º positiva a regra de que não será proferida decisão contra uma das partes sem prévia oitiva, e em seu ⁵²art. 10º assevera que o juiz não pode decidir com base em fundamento do qual não tenha havido prévio debate.

Com a nova concepção de contraditório passa-se a analisar a ideia de celeridade a luz do contraditório e não somente sob o viés da rapidez, sendo certo que ainda se tem a noção literal deste princípio uma vez que “certos autores mencionam o princípio da rapidez, da celeridade, existente na Justiça do Trabalho, em virtude da necessidade de o trabalhador receber mais rápido os salários que lhe foram sonegados” (MARTINS, 2006).

Não obstante a busca pela celeridade existente na justiça do trabalho, em virtude da natureza da relação que ali é discutida, por celeridade não se entende como sua busca a qualquer custo, senão vejamos:

Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço. (MOREIRA, 2001)

50. “Art. 7º CPC/2015: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

51. “Art. 9º CPC/2015: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.”

52. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Pois bem, é de se observar que a Constituição Federal em seu ⁵³art. 5º, inciso LXXVIII ao consagrar a garantia de duração razoável do processo, traz a ideia de celeridade ao desenvolvimento processual. Trata-se então, o contraditório assim como a celeridade como princípios constitucionais do processo.

Observa-se que enquanto princípios constitucionais do processo, tendo em vista a aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho trazida pelo ⁵⁴art. 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho com a entrada em vigor da nova legislação processual civil, editou a Instrução Normativa nº 39 que dispõe de forma não exaustiva, sobre aplicação de alguns institutos da nova codificação ao processo do trabalho, sendo sua pertinência destacada na exposição de motivos, senão vejamos:

A preocupação com os profundos impactos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 17.03.2015) no processo do trabalho, mais que aconselhar, impõe um posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, mediante Instrução Normativa.

A proposta que ora se apresenta toma como premissa básica e viga mestra a não revogação dos arts. 769 e 889 da CLT pelo art. 15 do CPC de 2015, seja em face do que estatui o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, seja à luz do art. 1046, § 2º do NCPC.

53. “Art. 5º CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. ”

54. “Art. 769 CLT: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

Entendemos que a norma do art. 15 do NCPC não constitui sinal verde para transposição de qualquer instituto do processo civil para o processo do trabalho, ante a mera constatação de omissão, sob pena de desfigurar-se todo o especial arcabouço principiológico e axiológico que norteia e fundamenta o Direito Processual do Trabalho. (DALAZEN, 2016)

A luz do trecho citado da exposição de motivos da Instrução Normativa 39 de 15 de março de 2016, reforça-se a ideia de se analisar a nova concepção do princípio do contraditório aplicado ao processo do trabalho, na medida em que “A aplicação no processo do trabalho da nova concepção de princípio do contraditório adotada pelo NCPC (artigos 9º e 10º), no que veda a decisão surpresa, constituiu-se em uma das mais tormentosas e atormentadoras questões com que se viu a braços a Comissão” (DALAZEN, 2016).

A necessidade da análise conforme mencionado alhures, advém da compatibilização do princípio do contraditório, com o princípio da celeridade dos atos processuais no Processo do Trabalho em virtude da natureza alimentar das pretensões que são deduzidas nele.

Percebe-se pelo julgado abaixo, a evidência do Processo Civil contemporâneo em compatibilizar os princípios constitucionais do processo, entre eles o contraditório e a celeridade, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - PROVA PERICIAL - DEFERIMENTO - AMPLA DEFESA.

I- É inconteste o poder instrutório do Magistrado de Primeiro Grau que, tendo elementos aptos a for-

mar seu convencimento sobre a questão que lhe foi submetida, indefere a produção de provas, que se afigurem desnecessárias à sua convicção, nos termos do art. 130, CPC. Contudo, a prudência deve estar sempre presente nas decisões judiciais, para que somente sejam indeferidas as provas indiscutivelmente desnecessárias e inúteis.

II- A realização da prova pericial é medida que se impõe, quando, através dela, será verificado o lucro cessante decorrente da valorização não alcançada pela falta de loteamento em consonância com o contrato firmado entre as partes.

III- No Processo Civil contemporâneo predomina o princípio da verdade real, pelo que o julgador não pode se contentar com a mera verdade formal, cumprindo-lhe deferir e determinar a produção de quaisquer provas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos narrados na exordial, devendo ainda estar atento aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da economia, da celeridade processual e da eficiência da prestação jurisdicional. (TJMG. AI 10687120040500002 MG, Relator Antônio Bispo, Data de Julgamento: 15/05/2014, Câmaras Cíveis/15ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/05/2014).

Diante do exposto, o ⁵⁵art. 4º da Instrução Normativa 39 de 15 de março de 2016 referenda a aplicação do princípio

55. Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa. § 1º Entende-se por "decisão surpresa" a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera "decisão surpresa" a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.

do contraditório efetivo, ressaltando e atribuindo conceitos sobre o que se considera e não se considera decisão surpresa sob a ótica do novo conceito de contraditório.

Caminhando no mesmo sentido da referida Instrução Normativa editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, entendendo o contraditório enquanto princípio constitucional do processo, a doutrina processual do trabalho citada nos mostra que:

O contraditório passa a ser garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado. O contraditório, portanto, garante às partes o direito de se manifestarem sobre qualquer questão relevante do processo, mesmo que o juiz possa conhecer de ofício.

A IN 39/2016 o TST, que versa sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis no Processo do Trabalho deixa claro o princípio do contraditório, em especial os art. 9º e 10º, que vedam a decisão surpresa, são compatíveis com a seara trabalhista. (SARAIVA, 2016).

Percebe-se que a passagem doutrinária citada, abrange e caminha sobre o mesmo sentido da Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho, entendendo que a visão moderna do princípio do contraditório se aplica ao processo do trabalho.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a relação de processo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde estão positivadas verdadeiras garantias processuais e direitos fundamentais.

Buscou ainda, dentro do contexto mencionado acima, analisar a relevância da interpretação do processo a luz dos preceitos constitucionais, uma vez que após 1988 instalou-se no país o Estado Democrático que norteou a ideia de processo.

O tema proposto ainda que de forma mais objetiva, possui grande importância para o estudo moderno do direito processual, seja civil, seja trabalhista em virtude de sua aplicação subsidiária.

Por fim, observou-se que a relação e a interpretação do processo a luz da Constituição Federal é de indissociável análise e estudo, especialmente no que tange a conceituação moderna do princípio processo constitucional do contraditório efetivo, que é aplicado ao processo do trabalho, não obstante sua busca pela celeridade.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Cível nº 10687120040500002**. 15ª Câmara Civil. Relator: Des. Antônio Bispo, Belo Horizonte, 15 mai. 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120557176/agravo-de-instrumento-cv-ai-10687120040500002-mg>> . Acesso em: 28 out. 2014.

THEODORO, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo, São Paulo, v. 102, p. 228-237, abr./jun. 2001.

- SARAIWA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. Vol. Único. Salvador. JusPodvim. 2016.
- MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 26^a. Ed. São Paulo. Atlas. 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2015.
- BRASILIA. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa 39/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a-27f1fe>. Acesso em: 25/05/2017.
- BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . acesso em: 25/05/2017.
- BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > . Acesso em: 25/05/2017.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > . Acesso em: 25/05/2017.

OS DESAFIOS PARA INSERÇÃO DE JOVENS NO MERCADO DE TRABALHO

Magda Soares Moreira Cesar Borba

Carlos Leonardo Loureiro Cardoso

INTRODUÇÃO

As tecnologias desenvolvidas a partir do século XX, principalmente após o surgimento da internet, trouxeram mudanças significativas no mercado de trabalho, o que vem sendo alvo de inúmeras reflexões, que vão desde os impactos desse novo instrumental como elemento facilitador das comunicações ao seu anacronismo como critério de inclusão social.

O mundo do trabalho vem enfrentando constantes reviravoltas em razão dos novos contextos, que apontam para maior flexibilização das relações trabalhistas ou para a sua desregulamentação, reduzindo-se o dirigismo do Estado. Todos os segmentos, especialmente os jovens, sofrem tais efeitos, o que exige uma atenção especial, dada as particularidades desse público, que muitas vezes convive com diversas adversidades como falta de recursos financeiros que lhes permita melhor preparação profissional; evasão escolar; gravidez precoce; envolvimento com drogas ilícitas, situações que distanciam o jovem do mercado formal, impedindo a sua inclusão, o que incrementa a problemática atual.

O objetivo do presente trabalho é refletir sobre as mudanças ocorridas nos sistemas de gestão de produção a partir do início do século XX, apresentar o panorama de algumas políticas públicas que objetivam a inserção do jovem no mercado de trabalho; avaliar o atual cenário econômico brasileiro e os seus impactos para inclusão dos jovens no mundo laboral.

A pesquisa será guiada por método qualitativo e indutivo, usando a técnica da análise do discurso, apoiada em posições doutrinárias, pareceres de órgãos técnicos e consultas virtuais.

1. A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE GESTÃO DE PRODUÇÃO

No início do século XX o processo de gestão de produção foi alterado, face ao surgimento de um novo modelo sustentado no fordismo - um sistema que surgiu a partir da racionalização do capitalismo, criando as chamadas produções em massa.

As fábricas passaram a produzir em série e para uma grande massa de consumidores, tudo a custo baixo. Foi uma época de emprego farto.

O Fordismo teve início quando Henry Ford, um empreendedor americano, fundador da Ford Motor Company, modificou o processo artesanal de produção de carros e implantou o sistema taylorista na linha de montagem. O sistema taylorista consistia no racionamento do trabalho, permitindo uma produção em série de produtos homogêneos.

“O padrão de produção fordista, embora não tenha se implantado igualmente em todos os países industrializados, tornou-se referência ao longo do século XX, como modelo mais adaptado à produção em massa e a esta nova fase do processo de acumulação capitalista” (RAMALHO, 2010, p. 88).

O Fordismo favoreceu a especialização nas linhas de montagem, de forma que cada empregado era responsável por cada etapa da produção. As empresas não tinham a preocupação de contratar profissionais qualificados, afinal os operários só precisavam aprender as funções que fossem inerentes a uma parcela do processo produtivo, ou seja, os empregados só eram treinados para executar uma única tarefa, o que não exigia maior capacitação. Os trabalhadores dependiam do emprego para sua sobrevivência e o capital dependia da força dos trabalhadores para crescer e reproduzir. A lucratividade era alcançada através da produção em escala.

Na década de 1980, a técnica eletrônica foi inserida na fabricação de automóveis e isto gerou uma crise no Fordismo, que entrou em declínio, dando ensejo a um novo sistema de produção - o Toyotismo. O Toyotismo, originário no Japão, seguia um sistema enxuto de produção, reduzindo custos e garantindo melhor qualidade e eficiência no sistema produtivo.

O trabalho manual deixou de ser tão necessário, porquanto as máquinas passaram a executar as tarefas que, até então, eram executadas pelos trabalhadores e tudo era produzido com mais velocidade e maior eficiência. A habilidade manual deixou de ser imprescindível e o trabalhador, hábil nos padrões anteriores, perdeu sua importância. A máquina podia produzir tudo aquilo que antes era confeccionado de forma manual.

No final do século XX ocorreu uma outra revolução no sistema de gestão de produção em decorrência do surgimento da informática, permitindo que a informação veiculasse em tempo real. Com a tecnologia mais moderna, as fronteiras foram rompidas, a comunicação ficou mais célere e os sistemas produtivos tiveram que se ajustar à nova realidade.

A preocupação não era mais produzir muito a custo baixo, mas sim, produzir em conformidade com as necessidades humanas. A teoria econômica deslocou sua centralidade do

interesse pela produção, oferta e custo e direcionou-se para o consumo, demanda e utilidade.

Com a globalização, a organização do processo de trabalho passou por significativas transformações. Houve uma reorganização dos papéis sociais, surgiu a reestruturação da força produtiva, cuja principal tendência tornou-se a flexibilização dos processos produtivos para torná-los mais adaptáveis às oscilações das demandas e, segundo o sociólogo Zygmunt Bauman, nesse contexto atual, ocorreu a descorporificação do trabalho, que não ficou mais vinculado ao capital, porque o capital passou a ser volátil.

A informação tornou-se o centro de qualquer negociação e o poder, no mundo corporativo, deixou de ficar centralizado nas mãos de um ou de poucos dirigentes. O poder passou a ser descentralizado e, para vencer nesse novo universo, tornou-se necessário o domínio da informação.

Nas formas anteriores de gestão da produção, como no Fordismo, não se exigia que os trabalhadores detivessem maior qualificação. Bastava a habilidade manual. Já no modelo atual, o trabalhador tem que estar preparado, tem que deter conhecimento, sob pena de não conseguir ingressar no mercado formal de trabalho. O conhecimento superou o capital, surgindo a chamada “Era do conhecimento”.

Nessa nova era, o trabalhador tem que ser multifuncional e polivalente e o que se espera é que o profissional esteja pronto, que tenha uma visão ampla do negócio, participando e envolvendo-se em todas as etapas do negócio. A execução de tarefas repetitivas, simplificadas, ficou no passado.

2. OS PROGRAMAS PARA INSERÇÃO DE JOVENS NO MERCADO DE TRABALHO

Hoje vivemos no mundo da informação e o profissional que não a detém fica alijado do mercado. A criatividade e a inteligência constituem a chave da produtividade, exigindo que o

trabalhador busque constante atualização e especialização. O cenário econômico empresarial está cada vez mais acirrado, as corporações cada vez mais competitivas e, nessa conjuntura, só os empregados qualificados conseguem uma colocação no espaço corporativo. Os jovens, sem experiência e/ou sem boa formação educacional, ficam excluídos do processo seletivo.

O Brasil contempla algumas políticas públicas visando não só, a inserção do jovem no mundo formal do trabalho, como também objetivando o aprimoramento técnico e educacional desse público. Existem programas governamentais de incentivo à educação, de treinamento profissional e de qualificação técnica, mas, na realidade, muitos projetos ou não atendem satisfatoriamente as necessidades dos jovens, ou não comportam a demanda ou, pior ainda, sequer são conhecidos por falta de divulgação.

No campo da iniciativa privada também existem programas de inclusão, como o da empresa “Emprego Ligado”, uma plataforma *mobile* de recrutamento de mão de obra operacional que, além de divulgar gratuitamente as vagas, ajuda os candidatos, orientando em processos seletivos. Todavia, tais iniciativas nem sempre alcançam o resultado pretendido, porquanto não suprem a exigência do mercado por candidatos qualificados e com boa formação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei da Aprendizagem (Lei 10.097/2000), definem políticas públicas para formação de jovens. Essas medidas asseguram à criança e ao adolescente o cumprimento dos direitos presentes na atual Constituição Federal Brasileira, procurando defendê-los da exploração e permitindo a sua entrada no mundo laboral. Esses instrumentos, no entanto, constituem conteúdos formais e programáticos para serem executados pelo Estado e pela sociedade; ou seja, eles não detêm capacidade de serem autorrealizáveis, pois carecem da iniciativa de personagens ou de instituições.

Outras leis também tratam da inclusão dos jovens. Em 22 de outubro de 2003 foi sancionada a Lei 10.748, posteriormente alterada pela Lei 10.940/2004 e regulamentada pelo decreto 5.199/2004, que criou o Programa de Estímulo ao Primeiro Emprego (PNPE). O programa, além de reunir ações voltadas para qualificação do jovem, concede subsídios às empresas que contratarem este núcleo de trabalhadores. Os subsídios podem chegar, no caso de pequenas empresas, a seis parcelas de R\$ 200,00 (duzentos reais) por trabalhador contratado e, para grandes empresas, os subsídios podem alcançar a seis parcelas de R\$100,00 (cem reais) por trabalhador.

O programa tenta reduzir a desvantagem existente entre trabalhadores jovens e adultos. O público alvo são pessoas entre 16 a 24 anos, oriundas de famílias pobres, cuja renda mensal não ultrapasse a meio salário mínimo *per capita* e os jovens devem estar matriculados em cursos de educação formal. O Programa determina um número máximo de contratações por empresa, no intuito de inibir a substituição de trabalhadores empregados. Todavia, há um aparente conflito entre o PNPE- Programa de Estímulo ao Primeiro Emprego e a Lei 10.748/2003, que regulamenta a contratação de aprendizes.

O contrato de aprendizagem abrange os jovens entre 14 (quatorze) até 18 (dezoito) anos, enquanto que o Programa de Estímulo ao Primeiro Emprego (PNPE) dirige-se a jovens a partir de 16 (dezesseis) anos. A contratação de aprendizes é obrigatória, devendo os empregadores cumprir a quota legal, mediante a contratação de jovens que estejam matriculados em cursos profissionalizantes, enquanto no PNPE a contratação é facultativa.

Segundo o jurista Sergio Pinto Martins, o contrato de aprendizagem é assim definido;

Reza a Recomendação nº 60 da OIT, de 1930, que a aprendizagem é o meio pelo qual o empregador se

obriga, mediante contrato, a empregar um menor, ensinando-lhe ou fazendo com que lhe ensinem metodicamente um ofício, durante período determinado, no qual o aprendiz se obriga a prestar serviços ao empregador. O contrato de aprendizagem é o pacto de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação (art. 428 da CLT). (MARTINS, 2008, p.603).

Percebe-se a existência de dois programas com propostas diferentes, direcionadas a um mesmo público. Os empregadores podem optar por contratar os jovens pelo PNPE, mas não se trata de um programa obrigatório, ao passo que a contratação de menores aprendizes é obrigatória. No Programa de estímulo ao Primeiro emprego os jovens não precisam estar matriculados em cursos profissionalizantes; já na aprendizagem é exigido que o menor aprenda uma profissão; o contrato de aprendizagem deve ser firmado por prazo determinado, não podendo ser prorrogado por mais de 2 (dois) anos, enquanto o contrato vinculado ao PNPE tem que ser firmado, obrigatoriamente, por prazo indeterminado.

Há, portanto, algumas críticas ao programa de incentivo ao primeiro emprego – PNPE. A lei que o instituiu não tornou compulsória a contratação dos jovens; estipulou uma subvenção, variável entre R\$100,00 a R\$200,00 por empregado contratado, mas o pagamento deste subsídio fica “condicionado à disponibilidade dos recursos financeiros”; os jovens não precisam

aprender uma profissão, o que deixa de qualificá-los para o futuro, ou seja, os resultados do PNPE podem se tornar inócuos.

Um outro projeto para a formação de jovens é o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), criado pela lei 12.513 de 26 de outubro de 2011 que, dentre outros objetivos, visa ampliar as oportunidades educacionais dos trabalhadores, por meio do incremento da formação e qualificação profissional. O programa visa expandir e democratizar a oferta de cursos de educação técnica de nível médio e de formação inicial e continuada ou qualificação profissional.

O Pronatec tem como alvo os jovens, sem condições financeiras para frequentar um curso técnico. O programa não assegura o direcionamento do estudante para primeiro emprego, nem oferece auxílio financeiro que permita o sustento do jovem, enquanto na condição de aluno.

Em 30 de junho de 2005 foi sancionada a Lei 11.129, que criou o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (Projovem). O público alvo era jovens na faixa de 18 a 24 anos, com 4 a 7 anos de estudo e sem vínculo empregatício formal. O programa previa inicialmente ações inclusivas em um prazo de 12 meses. Durante esse período seria oferecido ao estudante um auxílio mensal na ordem de R\$100,00 (cem reais). O tipo de formação era definido pelas Prefeituras de cada Município, a partir de supostas necessidades do mercado de trabalho local.

Em 2008, o programa passou por mudanças e, por meio da Lei 11.692 de 10 de junho de 2008, foi criado o Projovem unificado, que englobava quatro eixos: o Projovem Adolescente, o Projovem Urbano, o Projovem Campo e o Projovem Trabalhador. O público alvo passou a ser os jovens de 15 a 29 anos. A meta era atender, em 4 (quatro) anos, um público em torno de 3,5 milhões de jovens.

O orçamento previsto para custeio do programa de 2008 a 2010 era de R\$ 5,4 bilhões. Contudo, já nos primeiros anos, após a sua implantação, ficou constatada a falta de repasse de verbas, a cargo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE⁵⁶ e, considerando que o jovem ficava impossibilitado de se exercer atividade remunerada durante a sua vinculação ao programa, os resultados do programa ficaram aquém das expectativas.

Recentemente, o Ministério do Trabalho em parceria com o Ministério Público do Trabalho/RJ, com o Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho lançou o programa Aprendiz na Medida. Pela primeira vez, os adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação irão participar desse tipo de programa. A experiência pode servir de modelo para outros projetos no Brasil. Contudo, o que se constata é que muitas iniciativas dependem de verbas públicas o que constitui um grande entrave, principalmente em épocas de crises.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, em sua obra, Direito Constitucional, destaca que a proteção especial às crianças e aos adolescentes abrangerá, dentre outros, a garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola, mencionando ainda que:

“O Estado, no cumprimento de sua obrigação constitucional, promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; criação de

56. Edição Bom Dia Brasil de 19/08/2015 <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/08/mais-de-16-mil-alunos-estao-sem-receber-bolsa-do-projovem-em-se.html>

programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial e mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos ” (grifamos).

Os programas, os projetos e políticas públicas já existentes, visando à inserção de jovens no mercado de trabalho, ainda não constituem um conjunto sinérgico de ação. Há programas sobrepostos, que nem sempre atendem o público ao qual deveriam atender, além da considerável dificuldade em se dar continuidade aos programas, de forma a construir uma cultura mais sólida quanto ao direito do jovem de ser inserido no mundo laboral. Faz-se necessária a reunião de esforços mais abrangentes para que esta parte da população usufrua dos direitos sociais que lhe são assegurados.

3. A ATUAL CRISE BRASILEIRA E OS REFLEXOS PARA INSERÇÃO DOS JOVENS NO MERCADO DE TRABALHO

O Brasil enfrenta uma grave crise econômica, que se evidencia com a progressiva desaceleração da economia, registrando-se uma profunda recessão. Desde 2011 interrompeu-se a redução na desigualdade de renda e a melhoria na qualidade de vida das famílias mais pobres, cenário que vinha sendo observado durante a década de 2000.

Quase todos os setores da economia brasileira, do varejo à indústria, foram atingidos pela crise que se instalou nos últimos anos e os maus resultados causam reflexos no mercado de trabalho brasileiro.

Em 2015 o país fechou 1,5 milhão de postos de emprego com carteira assinada ⁵⁷. A inflação também contribui para agravar a crise e o processo inflacionário se fez refletir sob a pressão do reajuste de preços controlados pelo Governo, como o da conta de luz e a gasolina.

Segundo o cronista Felipe Gelani, em matéria publicada no jornal do Brasil, *“A Organização Mundial do Trabalho (OIT) divulgou na quinta-feira um relatório que relaciona a marcha lenta da economia global e o desemprego com a possibilidade de aumento de protestos e manifestações violentas. No Brasil, o chamado Índice de Agitação Social, que mede a “saúde social” do país, avançou 5,5 pontos em 2016, enquanto no resto do mundo subiu apenas 0,7 pontos.”*⁵⁸

A desaceleração da economia e do ritmo de geração de empregos atinge diretamente os jovens que pretendem ingressar no mercado de trabalho, especialmente os de periferia. Trata-se de um público vulnerável, que enfrenta adversidades em decorrência de diversos fatores como evasão escolar; gravidez precoce; desvios comportamentais; baixo nível de rendimento familiar.

O nível de desenvolvimento de uma economia está intimamente relacionado ao grau de qualificação técnico-científica da força de trabalho e esta variável constitui peça fundamental na formulação de políticas estratégicas. Os profissionais com melhor qualificação detem melhores perspectivas salariais, melhores condições de trabalho e baixas chances de desemprego, porém existe um tempo para maturação entre a preparação e o ingresso no mercado e os jovens, principalmente os de baixa renda, não tem a possibilidade de aguardar até à conclusão de sua formação,

57. Heloís a Mendonça – El País - 18 /02/2016
http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/16/economia/1455636966_063602.html

58. Felipe Gelani – Jornal do Brasil – 15/01/2017 <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/01/15/com-desemprego-e-crise-economica-pais-caminha-para-nova-onda-de-protestos/>

Por outro lado, todos os programas ou projetos, que visam a qualificação profissional, prescindem de verbas públicas, elemento inviável ou indisponível em época de crises, o que dificulta ainda mais a caminhada dos jovens rumo ao mercado laborativo formal.

O MEI, que é um instrumento previsto no artigo 18 parágrafo primeiro da Lei Complementar 123/2006, funciona como cadastro “online” destinado à inserção de trabalhadores no mercado informal e para atividades típicas de autônomo. Referido registro evidencia um forte crescimento nos últimos meses, o que ratifica a redução de empregos formais. *“A quantidade de inscrições como MEI se eleva a medida com que o desemprego aumenta e a informalidade cresce, e como mecanismo de uma política publica há o incentivo pelo Estado da formalização da pessoa como MEI, criando assim a falsa expectativa da pessoa possuir um número de CNPJ, seu negócio e assim ser dona de seu próprio negócio, deixando a classificação de desempregado para ser “empresário” e “sair da crise”⁵⁹.*

Nesse contexto já tão adverso, em 15 de dezembro de 2016 o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 95/2016, que limita os gastos públicos por 20 (vinte) anos. Além de fixar um teto para os gastos primários, também congela o piso de gastos com educação e saúde. A União deverá adotar o mesmo piso vigente em 2017, reajustado, a cada ano, de acordo com a inflação, ainda que tenha lugar o aumento de arrecadação.

A redução dos gastos mínimos com educação ocorrerá sem que se considere que o Brasil ainda possui enormes deficiências nesse campo, exigindo-se, na verdade, grande esforço nacional para superá-las. A educação é fundamental para o

59. Efeitos da crise econômica e política no mercado de trabalho: a flexibilização, a desregulamentação e a informalidade batem à porta e pedem passagem - Aarão Miranda da Silva - http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16362&revista_caderno=25 consulta em 16/05/2017

desenvolvimento econômico. A população bem formada participa melhor da vida pública, contribui mais intensamente para o desenvolvimento dos negócios privados, tem maior chance de ingresso no mercado de trabalho.

Evidente que o corte dos gastos públicos gerará impactos negativos em projetos e programas que objetivem a inclusão de jovens no mundo laboral.

No Rio de Janeiro, a situação revela-se ainda mais preocupante, se comparada com os demais Estados da Federação. Segundo dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) do Ministério do Trabalho, nos anos de 2015 e 2016, foram fechadas mais de 420 mil vagas formais de emprego em todo estado. Esses foram os primeiros resultados negativos da série histórica do Caged desde 2004⁶⁰.

A taxa de desemprego no Rio de Janeiro aumentou para 12,6% no trimestre encerrado em janeiro de 2017, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A maior taxa da série histórica da pesquisa, iniciada em 2012⁶¹. E, entre os jovens, na faixa de 14 a 17 anos de idade, a taxa de desemprego atingiu 39,7% no quarto semestre do ano passado, segundo informações do Pnad⁶².

O cenário para os jovens, que pretendem ingressar no mercado de trabalho, é desolador e as medidas de austeridade, aprovadas por meio da Emenda Constitucional 95/2016, possivelmente reduzirão as oportunidades para os que pretendem ingressar no mercado formal.

60. Pitasse, Mariana – Brasil de fato – 17/02/2017 – <https://www.brasildefato.com.br/2017/02/17/desemprego-no-rj-atingiu-pior-resultado-em-mais-de-10-anos-em-2015-e-2016/>

61. fonte: Valor Econômico, edição de 24/02/2017, matéria de Robson Sales – link: <http://www.valor.com.br/brasil/4880486/numero-de-desempregados-aumenta-para-129-milhoes-em-janeiro-diz-ibge>.

62. fonte: Vettorazo, Lucas, Folha.uol – 24/02/2017 – link: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/02/1861571-um-quarto-dos-jovens-de-18-a-24-anos-estao-desempregados-shtml>.

CONCLUSÃO

A partir da metade do século XX a gestão dos sistemas de produção foi alterada, surgindo uma Revolução Tecnológica que trouxe mudanças significativas nas relações de trabalho. A informação ganhou relevância, os trabalhadores tiveram que interagir com todo o processo produtivo e, no novo cenário, a ascensão profissional ficou condicionada à especialização, à capacitação, ao conhecimento.

As exigências atuais direcionam-se a todos aqueles que pretendem ingressar no mercado de trabalho e os jovens sem experiência anterior, sem boa formação, enfrentam resistências no ambiente formal das corporações.

No Brasil existem políticas públicas que visam à inclusão dos jovens, mediante educação técnica e especializada, obrigando as empresas a contratar jovens aprendizes; todavia, a demanda é muito maior que a oferta e, em momento de recessão, a inserção no mercado fica ainda mais difícil.

Para agravar o quadro, a Emenda Constitucional 95/2016 estabeleceu limites para as despesas com políticas públicas e com programas sociais pelo prazo de 20 (vinte) anos e, embora a medida não estabeleça um limite específico por função, órgão ou programa orçamentário, os cortes atingirão os indivíduos em situação de maior vulnerabilidade e com menor poder dentro das estruturas sociais.

Austeridade em saúde, em educação, em trabalho ou qualquer direito social gera impacto negativo a longo prazo, acarretando incertezas, perda da qualidade de vida, afetando, negativamente, a produtividade e a eficiência econômicas.

Os direitos sociais exigem proteção constitucional como condição do próprio exercício da cidadania e não se constituem em meras opções políticas legislativas ocasionais ou circunstanciais.

A sociedade brasileira busca o Estado de Bem Estar Social projetado pela Constituição de 1988 e isso exige investimento

público. Não há como lograr resultados positivos com redução de investimentos, principalmente em serviços públicos educacionais, quando esta área é a que apresenta maior entrave para o desenvolvimento do Brasil.

As empresas também detêm responsabilidades no processo de inclusão, considerando a sua função social, motivo pelo qual se impõe a consolidação de parcerias entre Estado e Sociedade na busca de soluções para inserção de jovens no mercado de trabalho, de forma que se tornem eficazes as medidas que já foram promulgadas, mas que ainda não foram amplamente implementadas, cabendo aos empresários a assunção de seu papel de agentes inclusores dos jovens em ambientes profissionais.

A Carta Política de 1988 trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana, que se desdobra em vários outros princípios como o da liberdade, da integridade física, do direito ao trabalho, à saúde, e estes são os caminhos para que seja atingido o bem-estar do ser humano com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

BOTELHO, Adriano – **Do Fordismo à produção flexível**: a produção do espaço num contexto de mudanças das estratégias de acumulação de capital. São Paulo: Editora Anablume, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. *Lei n. 10.748, de 22 de outubro de 2003*. Cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os

Jovens - PNPE, acrescenta dispositivo à Lei no 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.

CASSAR, Vólia Bonfim – Direito do Trabalho – Editora Metodo – 11^a. Edição - 2015

CASTRO, Jorge Abrahão; **AQUINO**, Lusenir Maria de; **ANDRADE**, Carla Coelho, Juventude e Políticas Sociais no Brasil – Ipea- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2009http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_juventudepolitica.pdf

CAVALCANTI, Paula Arcoverde. Análise de políticas públicas: o estudo do Estado em ação. Salvador: Eduneb, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. ***Direito do Trabalho***. 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2005. *Direito do Trabalho*. 24^aed.São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***, 32^a. Edição, editora Atlas, 2016.

RAMALHO, José. R. ***Trabalho na Sociedade Contemporânea***. MORAES, Amaury C. (Coord). Sociologia. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Básica, 2010.

DEMANDISMO X PROCESSISMO

O ACESSO CONSTITUCIONAL À JUSTIÇA DO TRABALHO COMO GARANTIA AO DIREITO.

Marcelo Oliveira Câmara

INTRODUÇÃO

“Doutor, vamos ganhar um dinheiro”. Esta frase se repete diuturnamente entre autores e advogados que veem na utilização da estrutura do poder judiciário uma forma de receita fácil através de ações que, muito possivelmente já estão fadadas desde a sua propositura ao indeferimento.

Nosso trabalho busca avaliar o fenômeno jurídico do “demandismo”. E os mecanismos criados pelos poderes da república de forma legislativa e endo-normativa trabalhista com fins de evitar o “processismo”.

1. PROCESSISMO:

Ao refletir sobre o tema, temos que o acesso constitucional à justiça é tolhido por inúmeros mecanismos legais e extra-legais. Tais mecanismos variam desde a legalidade da principal

norma de ritos, a Lei 13.105 de 2015 (Novo Código de Processo Civil) até institutos endo-normativos de todos os tribunais.

A Constituição Federal garante a não exclusão da apreciação do pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Bem como a razoável duração do processo. Estes devidamente sedimentados como direitos e garantias fundamentais (art. 5, incisos XXXV e LXXVIII). Inabolíveis por expressa determinação constitucional (art. 60, §4, inciso IV). Da mesma sorte, temos a Lei 13.105 de 2015 previsões idênticas nos seus artigos 3 e 4.

2. DEMANDISMO:

Decerto que tal acesso possibilita utilizações corretas. Mas não se pode desconsiderar o seu uso indevido. Consequentemente temos o que é denominado pela doutrina e no meio do Poder Judiciário como “Demandismo”. Que pode, à pouca tinta, ser definida como: “Consequência de acesso social e profissional irresponsável à estrutura do Poder Judiciário”. Transformando a justiça em balcão de negócios. Cujo objetivo é o de lucrar através de processos judiciais, o demandante e seu advogado. Inchando o Poder Judiciário de “desimportâncias”.

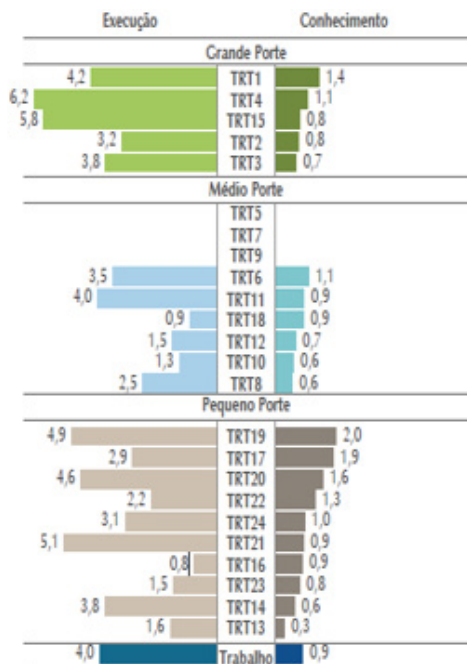
Com fins de se evitar ou diminuir tal conduta, o Poder Judiciário cria e implementa mecanismos “endonormativos”. Entre eles temos os regimentos internos, enunciados (de súmulas e administrativos), avisos, provimentos, atos, resoluções entre outros. Tal mecanismo pode ser alcunhado de “processismo”.

Esse caminho é incompatível com o Estado Democrático de Direito, ainda mais quando trilhado pelo juiz profissional, que não desfruta de qualquer legitimidade política para erigir-se em legislador. Pois o Estado Juiz “legisla” de forma atípica. Visando, entre outros, a obtenção da “celeridade da prestação jurisdicional”.

3.1 ESTATÍSTICAS DO DEMANDISMO:

De acordo com o anuário “Justiça em Números do 2016 – do CNJ, temos, em relação ao direito trabalhista:

No intuito de apurar o tempo efetivamente despendido no 1º grau de jurisdição, fez-se o cálculo do lapso decorrido entre o protocolo e o primeiro movimento de baixa do processo em cada fase. Também aqui, verifica-se desproporção entre os processos da fase de conhecimento e de execução, o que é esperado, já que a baixa do conhecimento é caracterizada, inclusive, pela entrada no processo na execução, ao passo que a baixa na execução somente ocorre quando de fato o jurisdicionado tem seu conflito solucionado perante a justiça. De acordo com o observado no Gráfico 5.67, o tempo de baixa, na execução, é maior que o tempo médio de sentença na mesma fase, indicando a ocorrência de entraves em atividades adjacentes ao exercício da jurisdição propriamente dito, como, por exemplo, o tempo dispendido nos setores responsáveis pela realização de cálculos judiciais e para certificação de leilões e hastas públicas. Chama atenção o dado apurado no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que baixa os processos de conhecimento, em média, em 1,1 ano e demora 6,2 anos para a baixa dos processos de execução.



No outro extremo, os dados do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região apontam para um tempo de baixa na execução (0,8 ano) um pouco inferior ao tempo de baixa do processo de conhecimento (0,9 ano).

Por fim, observa-se que em alguns casos o tempo até a baixa ficou inferior ao tempo até a sentença, o que é contra intuitivo.

Entretanto, é importante esclarecer, que os dados aqui apresentados são representados por médias de eventos ocorridos em um ano específico, no caso, 2015. Nem todos os processos que foram baixados em 2015, necessariamente também foram sentenciados no mesmo ano, ou seja, o universo de processos que são objeto de análise do tempo até a sentença não é, de forma alguma, o mesmo universo daqueles analisados no tempo até a baixa.

3. O SUFIXO “ISMO”:

Tendo em vista a amplitude do tema temos como ponto de convergência o sufixo “ismo”. Esta expressão vem do grego e indica uma ideologia, um sistema a ser seguido, algo consolidado como regra ou, que se acredita ser uma regra. Designa um conjunto de crenças ou doutrinas de um determinado grupo, *v.g.*: escolar, religioso, filosófico, profissional, político e musical. Ex: positivismo, cristianismo, helenismo, jornalismo e etc. O que justifica que as expressões demandismos e processismo significam, etimologicamente, ato de demandar em conflito com o ato de se evitar a demanda.

Consideramos que o grande objetivo do “processismo” seria o de atingir as metas numéricas / estatísticas propostas pelo CNJ. Com fins de apresentar um falso retrato do “acesso ao judiciário”. Tais mecanismo deveriam ser debatidos pela sociedade. E não impostos. Pois o poder judiciário carece de legitimidade legislativa.

4. MECANISMOS DO PROCESSISMO:

Considerando o tema central, apresentamos alguns mecanismos pelo qual o “processismo” é operacionalizado:

4.1 - LEGAIS - LEI 13.105/2015:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

OBS: Sem o julgamento do mérito - Arts: 485 e 486 do NCPC.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

Capítulo III - Da Improcedência Liminar do Pedido

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

(...)

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

OBS: Com julgamento do mérito.

Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

5.2 MEIOS ENDONORMATIVO:

O Poder Judiciário ainda que de forma “legal”, “legisla” de forma atípica.

Tudo visando, entre outros, a obtenção da “celeridade da prestação jurisdicional”.

- Avisos:
- Atos normativos:
- Enunciados de súmulas
- Resoluções, etc:

Vamos estuda-los:

5.2.1 AVISOS:

Aviso conjunto TJ/CEDES nº 16/2015:

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, comunicam aos senhores Magistrados, Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e de Procuradorias estatais, Advogados e demais interessados, que foram aprovadas as seguintes propostas de enunciados sumulares, (...) as quais passam a constituir jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça.

1 - Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, reputa-se válida a cláusula de tolerância, ou cláusula de prorrogação de 180 dias, desde que pactuada expressamente pelas partes, devendo eventual reparação ser computada ao término do prazo avençado.

Justificativa:

Não há abuso na cláusula de tolerância para a entrega do imóvel, quando esta estiver expressa no contrato firmado pelas partes, uma vez que, no momento da contratação, esta condição seja de conhecimento dos contratantes, ou seja, dos compradores. A previsão da cláusula de tolerância, expressa

no contrato, retira a vulnerabilidade do consumidor, pois este fica ciente de que o prazo de entrega do imóvel comprado poderá sofrer um retardo de até 180 dias. Dessa forma, não se verifica a característica de abusividade na cláusula de tolerância, pois pactuada de acordo com a principiologia do Código de Defesa do Consumidor.

5.2.2 ATOS NORMATIVOS:

5.2.3 ENUNCIADOS DE SÚMULAS:

a) Enunciado de súmula 75 do TJRJ:

“O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”

Julgamento em 22/11/2004 - Relator: Des. Luiz Zveiter:

b) Enunciado de súmula 343 do TJRJ:

“A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.”

Julgamento em 14/09/2015 - Relator: Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira.

c) Enunciado de súmula 350 do TJRJ:

“Nos contratos de promessa de compra e venda decorrentes de incorporação imobiliária, é válida a cláusula de tolerância de prorrogação de 180 dias para a entrega do imóvel, pactuada expressamente pelas partes.”

d) Enunciado de súmula 25 do TST:

Custas processuais. inversão do ônus da sucumbência.

(alterada a Súmula e incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 104 e 186 da SBDI-I) - Res. 197/2015 – DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015

I - A parte vencedora na primeira instância, se vencida na segunda, está obrigada, independentemente de intimação, a pagar as custas fixadas na sentença originária, das quais ficara isenta a parte então vencida;

II - No caso de inversão do ônus da sucumbência em segundo grau, sem acréscimo ou atualização do valor das custas e se estas já foram devidamente recolhidas, descabe um novo pagamento pela parte vencida, ao recorrer. Deverá ao final, se sucumbente, reembolsar a quantia;

(ex-OJ nº 186 da SBDI-I)

III - Não caracteriza deserção a hipótese em que, acrescido o valor da condenação, não houve fixação ou cálculo do valor devido a título de custas e tampouco intimação da parte para o preparo do recurso, devendo ser as custas pagas ao final; (ex-OJ nº 104 da SBDI-I)

IV - O reembolso das custas à parte vencedora faz-se necessário mesmo na hipótese em que a parte vencida for pessoa isenta do seu pagamento, nos termos do art. 790-A, parágrafo único, da CLT.

e) Enunciado de súmula 73 do TST:

DESPEDIDA. JUSTA CAUSA (nova redação) - Res. 121/2003,

A ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória.

DJ 19, 20 e 21.11.2003

f) Enunciado de súmula 114 do TST:

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) - Res.

É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente

121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

g) Enunciado de súmula 413 do TST:

SUM-413 AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE MÉRITO. VIOLAÇÃO DO ART. 896, "A", DA CLT (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

É incabível ação rescisória, por violação do art. 896, «a», da CLT, contra decisão transitada em julgado sob a égide do CPC de 1973 que não conhece de recurso de revista, com base em divergência jurisprudencial, pois não se cuidava de sentença de mérito (art. 485 do CPC de 1973). (ex-OJ nº 47 da SBDI-II - inserida em 20.09.2000).

Histórico:

Redação original – Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005 Nº 413 Ação rescisória. Sentença de mérito. Violação do art. 896, “a”, da CLT - (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 47 da SBDI-II) É incabível ação rescisória, por violação do art. 896, “a”, da CLT, contra decisão que não conhece de recurso de revista, com base em divergência jurisprudencial, pois não se cuida de sentença de mérito (art. 485 do CPC). (ex-OJ nº 47 da SBDI-II - inserida em 20.09.2000)

h) Enunciado de súmula STJ nº 568:

“O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Julgamento em 16/03/2016 – Órgão julgador – Corte Especial

5.2.4 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO:

a) OJ-TP/OE-5

RECURSO ORDINÁRIO. CABIMENTO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 70 da SBDI-I) - DJ 20.04.2005 Não cabe recurso ordinário contra decisão em agravo regimental interposto em reclamação correcional ou em pedido de providência. (ex-OJ nº 70 – inserida em 13.09.1994)

b) OJ-TP/OE-8:

PRECATÓRIO. MATÉRIA ADMINISTRATIVA. REMESSA NECESSÁRIA. NÃO CABIMENTO (DJ 25.04.2007)

Em sede de precatório, por se tratar de decisão de natureza administrativa, não se aplica o disposto no art. 1º, V, do Decreto-Lei nº 779, de 21.08.1969, em que se determina a remessa necessária em caso de decisão judicial desfavorável a ente público.

c) OJ-TP/OE-11:

RECURSO EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA. PRAZO. ÓRGÃO COLEGIADO. OITO DIAS. ART. 6º DA LEI Nº 5.584, DE 26.06.1970 (DJ 25.04.2007)

Se não houver norma específica quanto ao prazo para interposição de recurso em matéria administrativa de decisão emanada de órgão Colegiado do Tribunal Regional do Trabalho, aplica-se, por analogia, a regra geral dos prazos adotados na Justiça do Trabalho, ou seja, oito

dias, conforme estabelecido no art. 6º da Lei nº 5.584, de 26.06.1970. O prazo de dez dias a que alude o art. 59 da Lei nº 9.784, de 29.01.1999, aplica-se somente à interposição de recursos de decisões prolatadas monocraticamente

5.2.5 RESOLUÇÕES:

Resolução CNJ nº 106 de 06/04/2010

Ementa: Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau.

Art. 1º As promoções por merecimento de magistrados em 1º grau e o acesso para o 2º grau serão reali-

zadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada, observadas as prescrições legais e as normas internas não conflitantes com esta resolução, iniciando-se pelo magistrado votante mais antigo.

Art. 5º Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração:

(...)

e) o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

CONCLUSÃO:

O trabalho tem como principal objetivo estudar e avaliar os fenômenos social e jurídico do demandismo e do processismo com fins de se buscar pontos de convergência e equilíbrio. Visando o acesso constitucional ao poder judiciário trabalhista de forma real.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015.

CURSO DO NOVO PROCESSO CIVIL / Coordenação geral: MELLO, Cleyson de Moraes / PINTO, Adriano Moura da Fonseca / ARAUJO, Luis Carlos de, 1ª Ed, Editora FREITAS BASTOS, 2015.

DE ALMEIDA, Marcelo Pereira. Precedentes Judiciais - Análise Crítica dos Métodos Empregados do Brasil para a Solução de Demandas de Massa, 1ª Ed, Curitiba, Ed. Juruá, 2014.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação Judicial: discursos e práticas*. Rio de Janeiro: Mauad X - FAPERJ, 2016.

GRECO, Leonardo. *Novas Perspectivas da Efetividade e do Garantismo Processual*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas. 2012.

<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>, acessado em 31 de maio de 2017.

<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=168>, acessado em 31 de maio de 2017.

A ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO BRASIL NA BUSCA DE SUA IDENTIDADE

Márcia dos Santos Nunes Pimentel

Rafael Gerolamo Falcão

INTRODUÇÃO

Não obstante, a influência negativa de um sistema capitalista desenfreado, em que o lucro está acima do bem e do mal, o sindicato, como organização de trabalhadores, surge historicamente ligado ao desenvolvimento do capitalismo industrial. (ROMITA, 2001, p.269)

Esse paradoxo, é a própria essência da razão de existir das organizações profissionais. Sua gênese retratar a união de pessoas com afinidades e interesses comuns com o escopo de receberem proteção legal voltadas para a execução do labor, atinentes ao tempo de realização do trabalho e o valor pelas tarefas realizadas, as quais sequer eram aventadas, naquele momento histórico, pré-revolução industrial, pelos patrões.

No que tange a acepção de sindicato, sob a ótica patronal, este sempre foi um ser coletivo por natureza. Ou seja, “ser cuja vontade era hábil a deflagrar ações e repercussões de impacto social, seja no âmbito comunitário do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo. ” (DELGADO, 2017, p.24)

Assim, segundo Maurício Godinho Delgado, “contrapôs ao ser coletivo empresarial também a ação do ser coletivo obreiro.” Surgindo, com isso, a organização profissional.

Todavia, ao longo dos séculos, os sindicatos vêm sofrendo deterioração, em sua representatividade na sociedade laboral, por força do modelo capitalista implantada desde o século XIX, a época criticadas por Hegel e Marx, e agravado pelo moderno viés político inserido pelo sistema da globalização, que perdura presentemente.

Os sindicatos sempre foram alvos de controle por parte dos governos capitalistas e industriários. Uma situação que personifica o eterno conflito capital x trabalho.

Os primeiros ensaios da formação sindical já foram criminalizados, e não reconhecidos. Fruto de uma sociedade capitalista embrionária em 1720, os movimentos sindicais foram observados primeiramente na Inglaterra.

Hodiernamente, no Brasil, o risco de enfraquecer, mais ainda, a representatividade dos sindicatos está iminente, diante das mudanças advindas da novel Reforma Trabalhista promovida pelo governo provisório de Michel Temer, alicerçado pelo Projeto de Lei nº 6787/2016, aprovado recentemente na Câmara dos Deputados, e pela Lei 13.429/2017, que alterou a Lei 6.019/74, dentre outras medidas, cujos preceitos além de alterar substancialmente os direitos trabalhistas, até então vigentes na CLT, são capazes de abalar a coluna mestra sindical brasileira.

De outra banda, na atual conjuntura econômica, o que se depreende é que as questões guerreadas pelos atores da relação coletiva perante ao Ministério Pública do trabalho, pouco se direcionam às questões de cláusulas econômica e/ou social inseridas em convenções ou acordos coletivos de trabalho, cujo ponto será tratado em capítulo próprio, no bojo do presente trabalho.

1. BREVE EXPOSIÇÃO DO SINDICALISMO NO MUNDO.

Segundo o historiador Grego Heródoto, necessário “pensar o passado para compreender o presente e idealizar o futuro”. Nesse contexto, delineamos breves considerações sobre a evolução histórica do sindicalismo no mundo, até o atual modelo estruturado pela ordem jurídica brasileira.

Nas lições do mestre Leonardo Rabelo Silva já haviam relatos de organizações de trabalhadores na antiguidade, tais quais egípcios, assírios e babilônicos, os colégios romanos, as hetérias gregas e guildas. (SILVA, 2017, p.53)

Nesse primeiro momento, observamos que na antiguidade, no sistema civilizatório Greco-romano, como o trabalho era executado pelos escravos legitimamente considerados como coisa, não nos desponta informações referenciando interesses de classes. Não obstante a existência de associações de cunho religiosos, políticos ou eleitorais.

No sistema germânico e saxônico haviam as chamadas *guildas*, que inicialmente tinha fins religiosos e de assistência recíproca, inserindo em sua organização o aprendizado, mas posteriormente passou a ter fins comerciais, artesanais e políticos, fugindo das características sindicais modernos.

Na Idade Média, pelo movimento comercial, surgiram as corporações de ofício, consideradas para alguns como o embrião do sindicato, mas não obstante introduzir também o aprendizado, o interesse das corporações não era em prol do coletivo, ou seja, dos atores que a integrava com o labor (aprendizes e companheiros), mas, para elas próprias, representando o capital (mestres), razão pela qual se distinguem das características e finalidades dos interesses sindicais atuais.

Nessa ocasião histórica, surgiram as associações de companheiros, de auxílio mútuo, denominadas de *Compagnon*-

nages (França) e *Gesellenverbaende* (Alemanha), organização que mais se aproxima ao modelo de sindicato da atualidade, pois os companheiros se rebelavam contra a forma de pensamento dos Mestres, havendo, inclusive, greves, mas essas associações foram proibidas entre os anos de 1525 a 1539.

Todavia, o marco fundamental de força reivindicatória de massa se deu partir do trabalho nas fabricas, decorrente a Revolução Industrial, (1720) não se confundindo com a forma de organização das corporações. E, com essa realidade se depreende que “estes dois fatores somados e a impossibilidade de cada trabalhador, individualmente, enfrentar os problemas decorrentes do segundo acabaram gerando, no operariado, a consciência de que só pela união seria possível opor-se aos que lhes exploravam. (BRITO FILHO, 2017, p.59)

A evolução do sindicalismo no mundo sofreu restrição pelos regimes governamentais da época, sendo uma delas inseridas pelo ideal da Revolução Francesa, a qual via nos grupos associativos, de um modo geral, ou seja, não só de caráter profissional, ideais dissonantes de sua bandeira liberal, onde todos eram iguais. Sendo esta, a primeira fase de proibição de organização de trabalhadores, sendo seguidas pela Inglaterra (*Combination Act*, de 1799), que considerou as coalizações como rebelião ou conspiração.

Mas, a união dos trabalhadores suplantou essa fase, ao continuarem se reunindo clandestinamente, em prol de seus interesses. A ponto de, aos poucos, mudar a atitude do Estado, dando, com isso, início a fase denominada de tolerância. Quando vários países como Inglaterra (1824), França (1864) Alemanha (1869), Holanda (1872), já a França teve dois momentos: em 1848 anunciou a liberdade de associação, mas voltando, por lei, a repressão no ano seguinte; e, por fim, em 1864, eliminou o delito de coalizão.

Na época, não havia qualquer tipo de legislação regulamentando as organizações sindicais, uma vez que também carecia de normas trabalhistas, direcionadas à classe trabalhadora. Com isso, o Estado passou a reconhecer os sindicatos, denominada de fase de reconhecimento. Sendo certo que essa fase da evolução sindical foi seguida por vários países, alguns que uma vez já o havia impedido de realizar-se, tais como Inglaterra surgiu a *Trade Unios Act*, regulando o direito de sindicalização (1871), Dinamarca (1874), França (1884) Portugal (1887), Espanha (1887) Bélgica (1898).

Nessa ocasião, também, surgiram as Centrais Sindicais. As Constituições do México (1917) e de Weimar, (Alemanha-1919), tratando das associações profissionais. Em relação aos Estados Unidos, somente após 1824, quando do caso Commonwealth x *Hunt*, com a decisão da Suprema Corte do Estado de Massachusetts, tornando lícita a coalizão de trabalhadores para a defesa de seus interesses.

A Itália teve um marco forte na história do sindicalismo, pois foi o primeiro país a apresentar forma alternativa de união de trabalhadores, por meio das comissões de empresa, que surgiram por força da greve de 1904, tais comissões eram espontâneas, sem regulamentação, pois se constituíam e se desfaziam de acordo com as necessidades e exigências do momento.

Por fim, em 1919, com o Tratado de Versalhes e a fundação da Organização Internacional do Trabalho, conjuntamente com o fenômeno de constitucionalização do Direito do Trabalho, os direitos de livre e autônoma associação e sindicalização tornam-se sedimentadas na cultura jurídica ocidental.

2. BREVE EXPOSIÇÃO DO SINDICALISMO NO BRASIL.

As corporações de ofício já existiram no Brasil. Nos idos de 1699, temos relatos que na Bahia os ofícios mecânicos eram

agrupados por similitudes ou conexão profissional. Mas, com o liberalismo na Europa, decorrente da Revolução Francesa, as Corporações de Ofício, foram impedidas de se manterem, como já dito acima. No Brasil, em decorrência das alterações ocorridas na Europa, foram se dissipando até sua extinção, sem que fosse substituída por outros tipos de associação.

A primeira fase do movimento trabalhista brasileiro ocorreu de 1900 a 1930. Vito Giannotti aponta que a primeira fase do movimento no país ficou conhecida como anarco-sindicalismo, ou sindicalismo libertário. Ambos os nomes revelam a ligação estreita da proposta sindical com uma concepção política anarquista. (GIANNOTTI, 1986, p. 15)

Assim, nossa primeira lei sobre organização sindical data de 1903, com o surgimento dos sindicatos rurais, e em 1907 os sindicatos urbanos.

Em 1907, nova lei é baixada. Embora seus dois primeiros artigos façam menção de uma ideia de total liberdade sindical, o artigo terceiro já traz ideias de um estado corporativo, que viria a surgir na década de 30, a qual marcada por profundas mudanças na sociedade brasileira, com a aceleração do crescimento industrial, e, por conseguinte, toda a infraestrutura necessária para sustentá-la. Os coronéis de antes, cederam espaço à uma nova burguesia, liderada pelos industriários.

Ainda segundo Giannotti, inicialmente o Estado brasileiro tem diante dos assuntos operários uma política de repressão às greves, pancadarias, prisões e expulsão de trabalhadores estrangeiros, identificados como lideranças indesejadas. Para o referido autor, o que melhor resume a atuação repressiva do Estado brasileiro frente a classe operária é a famosa frase do presidente Washington Luiz “ A questão social é caso de polícia, devendo ser solucionada com as patas dos cavalos” (GIANNOTTI, 1986, p. 15)

Getúlio Vargas é o símbolo desta época de implantação do Brasil moderno. Em um discurso em 1933, Vargas expressa claramente o intento de domesticar a questão sindical no Brasil. O velho sindicalismo anarquista precisava ser substituído. E, as ideias corporativas do Fascismo Italiano são absorvidas pelo Estado Novo. Na seara do Direito Coletivo do Trabalho a influência fascista impôs cabrestos à organização sindical, mas no aspecto do direito individual a CLT apresentou avanços às garantias dos trabalhadores.

Os Tratados Internacionais são de grande relevância na ordem jurídica brasileira, como as Convenções da Organização Internacional do Trabalho n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151. A Convenção n. 87 não foi ratificada pelo Brasil, visto que os seus preceitos são incompatíveis com o que dispõe a Constituição de 1988, sobre a unicidade sindical, em contraponto com o modelo da pluralidade sindical estabelecida na aludida Convenção.

Roberto Norris, privilegia a negociação coletiva transnacional, pela “crescente aproximação das comunidades humana”, quando há mais de uma ordem jurídica envolvendo as relações de trabalho. (NORRIS, 1998, p.21)

2.1. CARTA DEL LAVORO E SEUS REFLEXOS NA ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA

A questão suscita debates calorosos em âmbito doutrinário, a respeito da afirmação de diversos autores no sentido de que o modelo da Carta *del Lavoro* serviu de parâmetro para o nosso modelo sindical brasileiro, visto o modelo autoritarista da época governamental de Mussolini, em 1927, na Itália, e de Getúlio Vargas, no Brasil, na década de 1930.

Cumprе reiterar, que no caso em tela não se discute tal influência sobre a totalidade da legislação trabalhista especificadas na CLT, mas no que concerne, tão somente, ao capítulo dedicado a Organização Sindical.

Nesse sentir, esclarecimentos do insigne Mestre Arion Sayão Romita, em artigo sobre o tema:

(...) “A coincidência, no tempo, da presença de certos institutos lá e cá não induz necessariamente à formação originária do instituto brasileiro a partir do direito italiano, como se pode verificar, por exemplo, nos institutos de repouso semanal e das férias, entre outros.” (...) “a análise crítica da legislação italiana, em certos casos negativa, não pode ser generalizada a ponto de abranger a totalidade do Direito Corporativo. (...) Há normas jurídicas do ordenamento corporativo perfeitamente ajustadas ou adaptáveis ao regime democrático. Não se conduz o raciocínio ao extremo de se afirmar que, por ter sido acolhido pelo ordenamento fascista, tal ou qual instituto deveria ser extirpado do direito brasileiro.” (...) “O fascismo não “inventou” o direito. O ordenamento fascista fez uso político de certos institutos, de modo a afeiçoá-los a seus propósitos políticos. (...). ” (ROMITA, 2013, p.2)

Cuida esse sistema governamental fascista de enaltecer o papel do Estado, como senhor absoluto sobre tudo e todos, não há autonomia institucionais ou interesses particulares privados que não sejam subjugados ao Estado.

Acerca do conceito de Estado Corporativo, GIANNOTI dá uma definição precisa.

“Por este mito ideológico, a sociedade é vista como um corpo social, composto de vários membros. Todos os membros dependem da cabeça e todos devem estar em perfeita harmonia entre si. Os interesses de

cada membro do corpo são comuns. Em cada setor da atividade, patrões e trabalhadores organizariam corporações para melhor desenvolver sua parte do corpo social, isto é, aperfeiçoariam a produção no respectivo ramo econômico. No topo dessas corporações está o Estado, cabeça do organismo e a quem todos devem completa obediência. Coerente com essa visão, os sindicatos são definidos como órgãos de utilidade pública” (GIANNOTI, 1986, p. 24)

Um documento básico, composto por trinta declarações, denominado *Carta de Lavoro*, foi o instrumento utilizado pelo Estado fascista italiano, pelo qual passaram a regular as relações coletivas e individuais do trabalho, o que bem se diferencia da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Os países que tiveram regimes totalitaristas posicionaram, após a queda desse modelo, em extirpar de seus ordenamentos jurídicos, as normas veiculadas sobre tal ideologia. Com isso, o que se discute entre nós é o fato de que a despeito de termos vivido tempos regidos pela imposição de um governo ditatorial, avesso a democracia, ainda somos conduzidos pelas regras editadas à época.

Em contraponto, Henrique Hinz, contrária a afirmação de que a organização sindical se submeteu ao modelo do regime fascista italiano, dispõe que “É necessário que se desfaça um erro histórico no qual incorre grande parte de nossa doutrina, ao tratar das origens do modelo sindical brasileiro, a qual associa a noção de corporativismo com fascismo, além de alegar, sem nenhum fundamento, que o modelo sindical brasileiro seria uma cópia da *Carta del Lavoro* de Mussolini. (HINS, 2009, P.3)

A despeito do momento político em que a CLT foi organizada, ela foi cunhada por uma Comissão de notáveis, que em sua maioria, certamente, nada seguia os projetos delineados

pelo fascismo. Destacamos o saudoso Mestre Arnaldo Süssekind, o último dos notáveis, vivo até o ano de 2012, com obras doutrinárias que testemunham a sua consciência sobre o real sentido de justiça social, exaltando os princípios basilares desses ramos do direito, sobrelevando as relações jurídicas empregatícias com base no princípio protetor e seus corolários, e, ainda, os princípios implícitos e/ou expressos estabelecidos nas constituições de seu tempo.

Por tudo que se infere, consideramos a CLT como norma a frente de seu tempo, pois no auge de seus 74 anos atende perfeitamente o ideário de Justiça social, não obstante as alterações que sofreu ao longo do tempo. A *Carta del Lavoro* difere de nossa Consolidação das Leis Trabalhistas, visto que não é lei. Trata-se de um arranjo jurídico que define e declara os princípios inspiradores da legislação que regeria os conflitos trabalhistas individuais e coletivos.

A expressão categoria causa celeuma doutrinária pelo fato de que a essência da formação do sindicato, por força de seu caráter homogêneo, não permite que ele seja confundido com categoria, como ocorria no sistema corporativo italiano, pois este não havia identidade e tampouco homogeneidade.

Levando a efeito à análise do surgimento do sindicato no Brasil, a sua raiz ideológica foi pautada por momento histórico legislativo desde a Constituição da República de 1891, seguida das demais 1934, 1937 e de 1946, inclusive a EC de 1969, culminando com a Constituição de 1988, levando a crer que o corporativismo não traduz o modelo fascista da Carta Del Lavoro em sua essência jurídica.

Em que pese o artigo 511 §§ 1º e 2º, da CLT tratar, respectivamente, da categoria econômica e profissional, no modelo do paralelismo, e sendo mantida a expressão categoria no artigo 8º da Constituição de 1988, não tem o condão de delimitar de for-

ma absoluta o modelo do corporativismo italiano. Pois, o anexo do artigo 577 da CLT, usava a expressão categoria de produção valorizando o corporativismo, com forte interferência do Poder Público, foi tacitamente revogado pelo inciso I, artigo 8º, da Constituição de 1988, pois o aludido dispositivo possibilitou aos empregadores, empregados e profissionais liberais criarem suas entidades sindicais, definindo categoria e a sua base territorial.

A partir da Constituição de 1988, inciso II, artigo 8º, c/c artigo 5º, II, passamos a ter uma liberdade sindical, mesmo que relativa pela permanência do sistema de unicidade sindical – proibindo na mesma base territorial a existência de vários sindicatos de uma mesma categoria –, no sentido de impedir o Estado de interferir na criação de sindicatos.

Com fulcro na relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF R-MS 21.305-I-DF, j. 17.10.91, acolheu que as categorias derivam da profissão ou da atividade econômica, inclusive a categoria diferenciada, mas o sindicato que irá definir a sua base territorial. Podendo dizer, porém, que a categoria não deixa de ser um fato social espontâneo que surge do interesse das partes, como as próprias entidades sindicais (MARTINS, 2002, P.541)

3. O SINDICATO DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA

Diante da diversidade de situações que surgem a cada instante no meio ambiente do trabalho, no que se refere a necessidade de se abrir campo de trabalho e diante de cada nova profissão que aparece no Brasil e no mundo, acaba exigindo do legislador mais do que poderia produzir em favor dos trabalhadores desses setores que se despontam. E, é aí que a figura do sindicato se destaca como fomentador do diálogo e do consenso na solução das tensões sociais decorrentes da relação de trabalho, onde numa sociedade democrática com

multiplicidades de setores e zonas de atrito, a lei, por si só, não atua na integralidade do bem-estar social, necessitando-se de algo a mais para tutelar os interesses dessa classe produtiva, de maneira especial.

O País vem enfrentando uma grave crise nas esferas política, econômica e social, mormente com a desaceleração da economia, impedindo o seu crescimento sustentável em âmbito interno e internacional, que serviu de campo fértil para o governo implantar políticas públicas e normativas radicais, com o condão de atender interesses minoritários, mas com poder de barganha, com o escopo de superar os desafios nefrágicos de gestão, a despeito de fomentar mais ainda o poder do capital, e causar um risco maior no balanço entre o capital e o trabalho.

O padrão neoliberal além de atuar diretamente em organização do mundo capitalista, se estende para a legislação do trabalho. No caso, o governo brasileiro incita regulamentar a livre negociação entre os sujeitos da relação de emprego, cujo *slogan* dessa reforma trabalhista, é apresentada aos cidadãos, pelos meios de comunicação jornalística e televisiva, como “modernização” dos direitos trabalhistas, advindas desde a lei 6.080/98, e, por fim, a Lei 13.429/17 que alterou recentemente a Lei 6.019/74.

Esse modelo apresentado, com a atual reforma Trabalhista, em que um representante dos empregados será eleito para negociar diretamente com a empresa, não se trata de uma novidade, haja vista que já se discutia a alteração do artigo 618 da CLT desde os governos neoliberal da década de 90, fomentando a bandeira do negociado x legislado.

A representatividade dos sindicatos no Brasil diante das mudanças advindas da novel Reforma Trabalhista promovida pelo governo provisório de Michel Temer, alicerçado pelo Projeto de Lei nº 6.787/2016, aprovado recentemente na Câmara dos Deputados, cujos preceitos além de alterar substan-

cialmente os direitos trabalhistas, até então vigentes na Consolidação das Leis do Trabalho, atrai aspectos de relevância capaz de abalar a coluna mestra sindical brasileira.

Em um cenário de crise econômica, esta suposta modernização ganhou ainda mais força. Um dos principais pontos propostos é o fim da contribuição sindical obrigatória. Segundo os defensores da proposta, isto criaria um estímulo aos sindicatos a adotarem uma postura mais atuante, para então, buscarem a contribuição de seus associados. Certamente, que essas teses serão esclarecidas mais à frente, com o passar dos anos, e o tempo irá mostrar os seus reais efeitos sócio-políticos, mormente quando introduzida lei específica regulamentando a matéria. Sendo que para alguns, não é afastada a hipótese de que ao perderem esta relevante fonte de recursos os sindicatos tenham suas atividades enfraquecidas.

O baixo índice de sindicalização de empregados e principalmente a escassa *representação sindical no âmbito das empresas e de seus estabelecimentos*, derivam de vários aspectos como capitalismo desenfreado, globalização, práticas antisindicais, etc, *mas não se deve olvidar sobre o desinteresse e ineficiência dos sindicatos, mormente pela existência de contribuição sindical obrigatória. Porém, esse fator isoladamente não explica, é óbvio, todo o fenômeno de baixa sindicalização no âmbito da sociedade civil.* (DELGADO, 2017, p.162)

Aliás, nos cumpre lembrar, que a cobrança de desconto sindical sempre foi motivo de celeumas doutrinária e jurisprudencial, em que pese ser uma das formas diretas de custeio dos sindicatos, pois sedimentou-se em relação a contribuição sindical e confederativa, isso, até o momento, no sentido de serem facultativas ao trabalhador não sindicalizado, impondo que somente o sindicalizado tenha os aludidos descontos em sua folha de pagamento; sendo esse o entendimento contido no

Precedente normativo nº 114 , editado pelo TST, no que tange a contribuição assistencial. E, em relação a contribuição confederativa, notadamente, a partir da Súmula Vinculante nº 40 do STF, ao interpretar o artigo 8º, IV da Constituição Federal, que seja descontada somente dos filiados ao sindicato respectivo.

Esses entendimentos jurisprudenciais enaltecem o princípio do livre alvedrio, relacionado ao princípio de liberdade de sindicalização, previsto no artigo 8º, V, da Constituição federal, traduzindo, com isso, a liberdade do trabalhador em aderir ou não ao sindicato de sua escolha, impedindo medidas discriminatória tanto pelo sindicato, quanto pelo empregador em face do empregado.

Imperioso esclarecer, que o direito do trabalho avança, com as reformas, para um modelo onde o negociado prevalece sobre o legislado. Está previsto, ainda, em sede de projeto de Lei, que a classe patronal poderá contribuir financeiramente aos sindicatos. Nesta equação, não é complexo prever a possibilidade de caminharmos para um desequilíbrio entre os sindicatos patronais e laborais.

Como vige a unicidade sindical, esta rechaçada pela Convenção nº 87 da OIT, necessário se faz medidas que harmonize o real interesse dos atores sociais, visando um equilíbrio entre não fragilizar economicamente o sindicato e de outra banda que este cumpra com o seu papel precípua, que é o de buscar melhores condições de trabalho para a categoria representativa, sem viés político que o impeça de ter autonomia diante dos interesses individuais , em detrimento das garantias coletivas aos seus representados.

4. O OBJETO DOS CONFLITOS COLETIVOS LEVADOS A MEDIAÇÃO

A crise do sindicalismo cresce vertiginosamente, essa evolução causa preocupação haja vista as implicações decorrentes

das novidades que surgem com a novas profissões, e com as inovações legislativas específicas que as regulamentam. Com isso, urge a necessidade desses trabalhadores e desses novos setores em ter uma organização representatividade de sua categoria profissional para fazer frente com o setor econômico.

Recentes audiências de mediação em que as partes (empresas e sindicatos representantes dos trabalhadores), perante o Ministério Público do Trabalho, buscam soluções para os seus impasses, a saber:

*(...) diante dos fatos relatados e tendo em vista que eles estão abrangidos pelo espectro de atribuições do Parquet Trabalhista, **determino a designação de audiência conjunta urgente com o SINTRA-CONST-RIO e com as empresas (...) LTDA e (...) LTDA. As empresas deverão ser intimadas também para apresentarem, até a data da referida audiência, relação dos empregados que pretendem dispensar,(...) e documentos comprobatórios das dificuldades financeiras enfrentadas.** (sic) MED 001795.2017.01.000.3 – 01.04.2017 – RJ, SAMIRA TORRES SHAAT - Procuradora do Trabalho*

E, mais

*(...), no caso em comento, resta tão somente aproximar as partes, criando uma situação propícia para que estas se entendam entre si, com o auxílio do **Parquet** laboral na solução do conflito ventilado na petição retro envolvendo o pagamento das verbas trabalhistas dos funcionários dispensados, tudo para efeito de promover ou facilitar as negociações entre os próprios interessados, evitando-se, consequentemente, a judicialização da matéria por meio de ação na Justiça do Trabalho. (sic) **MEDIAÇÃO***

Leciona Romita que o desemprego estrutural surpreendeu os sindicatos de trabalhadores em toda a parte. Eles não estavam preparados para enfrentar esses desafios, entendiam ser sua missão a reivindicação de maiores salários e melhores condições de trabalho. Timidamente, diante do desemprego assumem posição defensiva, tentando exercer controle sobre a produção e pleiteando a preservação dos empregos. (ROMITA,2001, p.269).

No caso, o sindicato e a empresa não estão negociando direitos ou garantias além daquelas já concedidas aos trabalhadores, o que se configura uma quebra de paradigma, e sim a necessidade da empresa em fazer com que o sindicato concorde com o parcelamento das verbas resilitórias pela demissão em massa de seus empregados, em vista das dificuldades econômicas enfrentadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conflituosa relação entre Capital e Trabalho foi responsável por fazer emergir o Direito do Trabalho no Ocidente. No campo do direito laboral coletivo, os sindicatos assumiram relevante papel, no intuito de buscar um equilíbrio na contenda entre empregadores e empregados. Em que pese as críticas que a atividade sindical nacional sofreu desde o início de suas atividades, é inegável que o sindicalismo é um importante ator nesta sensível contenda, que envolve empresários e trabalhadores.

Ao longo desse estudo, ainda em desenvolvimento, forçoso constatar, que o capitalismo de modo devastador transcende o poder de crescimento dos sindicatos, e que, por outro lado, estes, de modo canhestro, procuram se adaptar a uma realidade

diferenciada de suas origens, sem um rumo pré-estabelecido, visto desconhecerem na atual conjuntura as suas próprias identidades, com escopo em seus objetivos e representatividade.

Não se defende, aqui, que o direito seja imutável. Certo, que não! Mas, desde que as mudanças observem a sua natureza, finalidade, e princípios basilares, pautando pela integração histórica entre o passado, presente e futuro a fim de fortalecer os seus institutos, de modo a impedir a decadência de tudo que se conquistou ao longo da história ocidental mundial.

É crível que a sociedade moderna preconize o bem-estar de todos, no sentido de *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (artigo 3º, I, da Constituição do Brasil de 1988). Mas, necessário se faz a existência de políticas públicas voltadas ao interesse socioeconômico do País, em seus diversos seguimentos, de modo legítimo e transparente, empoderando os órgãos representativos de classes; as instituições como o Ministério Público do Trabalho; a Justiça do Trabalho como Órgão do Poder Judiciário capaz de promover o equilíbrio entre o capital e o trabalho, em prol da justiça social; os sindicatos a cumprirem com as funções as quais foram destinados, restringindo a sua pulverização, com mudanças na organização sindical, de modo consciente e democrático, não obstante a implantação do sistema regente do negociado x legislado.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovanni. **Limites do sindicalismo - Marx, Engels e a crítica da economia política**. Bauru: Giovanni Alves, 2003.
< <http://editorapraxis.cjb.net> > . Acesso em 21 maio 2017.
- BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > . Acesso em 1 de maio de 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6787/2016**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076> > . Acesso em 14 abr 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direito sindical**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

CARTA DE TRABALHO. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/37055868/Carta-Del-Lavoro> > . Acesso em 20 de maio de 2017

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7ª.ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. (Organizadores). **Direito do trabalho da seguridade social: direito do Trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. - (Coleção doutrinas essenciais; v 3).

GIANNOTTI, Vito. **A Liberdade Sindical no Brasil**, Brasília, Editora Brasiliense, 1986.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAVARRO, Vera Lucia; LOURENÇO, Edvânia Angela de Souza. (Organizadoras). **O Averso do Trabalho IV: terceirização, precarização e adoecimento no mundo do trabalho**. São Paulo: Outras Expressões, 2017.

NORRIS, Roberto. **Contrato coletivos supranacionais do trabalho e a internalização das relações laborais no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. **O Fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

- _____, Arion Sayão. **A matriz ideológica da CLT**. Revista LTr: Legislação do Trabalho, São Paulo, 2013.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas**. 2ªed. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, Antônio Álvares. **Legislado e Negociado no direito do trabalho** – (Coleção Estudos Jurídicos). 2ª ed. Belo Horizonte: RTM, 2017.
- SILVA, Leonardo Rabelo de Matos, **Vida e morte do sindicato no Brasil**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.
- SILVESTRE, Maria Rita; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coordenadores). **Os Novos paradigmas do direito do trabalho: homenagem a Valentim Carrion** – São Paulo: Sarai-va, 2001.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 364.

O TRABALHO ANÁLOGO AO DA ESCRAVIDÃO, SOB O MANTO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Márcia dos Santos Nunes Pimentel

Marianna dos Santos Coelho Alves

Maria Fernanda Miranda Lyra

INTRODUÇÃO

O tema posto em referência, trabalho escravo contemporâneo, não nos remete aos tempos idos da escravidão, tal como é conhecida, em que os negros africanos, índios e outras etnias (eslavos, etc.), povos fragilizados em seu tempo, eram transplantados nos solos de diversos países como coisas, desprovidos de quaisquer direitos civis, para simplesmente esgotarem suas vidas na labuta à mercê do enriquecimento de outrem, seus proprietários e senhores, em troca de parca comida e de um teto desprovido de condições mínimas de sobrevivência, pela simples condição de não serem aboados como cidadãos pelos Estados, mas sim como míseras criaturas e/ou coisas, merecedores de seus destinos.

Atentamos para o sentido de trabalho escravo contemporâneo, o qual merece atenção como uma forma moderna de exploração do homem pelo homem, mas que pode em um de-

terminado momento, transmutar-se de licitude, sobretudo no momento inicial de indução ao engodo, no qual os aliciados são levados à desventura da crença, de que as suas contratações são para o exercício de um trabalho digno e nos moldes da lei.

Com efeito, no Brasil a conduta de quem alicia ou submete outrem a trabalhar em condições caracterizadas como forma contemporânea de escravidão, é combatida com sanções de natureza civil e criminal. Todavia, essas sanções aos praticantes desses tipos de crimes não impede o alastramento desse hediondo ato, notadamente, a despeito da evolução dos séculos, da valorização do homem como pessoa digna de direitos e garantias por parte dos Estados, da era cibernética e em especial da Constituição Cidadã de 1988.

O Direito do Trabalho despontou no Brasil na era Vargas, em 1930, e desde então a sua evolução tem sido ditada pelo valor econômico do mercado globalizado, com o fortalecido do capital em detrimento da mão de obra da classe trabalhadora, permitindo a desigualdade econômica e social.

Nesse entender, citamos a Declaração da Filadélfia, de 1944, ao preconizar que “o trabalho não é uma mercadoria e que a penúria, seja onde for, constitui um perigo para prosperidade em geral”. (PEREIRA, 2017,p.31)

Assim, tais sanções, imputadas com o fim de combater o trabalho escravo, são concepções até então insonháveis para a época da escravidão legal. Todavia, no modelo de mundo atual, é incompreensível a permanência desse crime e a desobediência deliberada às normas constitucionais e infraconstitucionais de uma determinada ordem jurídica, por parte de criminosos inescrupulosos, na certeza da impunidade, que se aproveitam do descuido dos Estados para explorar a mão de obra de pessoas fragilizadas por contingências, mesmo que momentâneas, mas que as tornam totalmente vulneráveis a exploração.

1. NORMAS INTERNACIONAIS

O trabalho escravo contemporâneo considerado como sujeição degradante do homem a outro, que se dá por meio do trabalho forçado, este como espécie de trabalho escravo, ou em condições semelhantes a esta, atenta contra aos direitos mínimos do trabalhador, e intimamente a sua dignidade como pessoa humana.

Nesse contexto, em que os direitos mínimos do trabalhador são aniquilados, hão de serem observados pelo Brasil os preceitos contidos tanto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas como nas Convenções Internacionais do Trabalho.

Por seu turno, fazemos menção a Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura de 1956, assinada em Genebra na sede da Organização das Nações Unidas, em New York, em 07 de dezembro de 1953, promulgada pelo Brasil (Decreto nº 58.563 de 1º de junho de 1966), cujo preâmbulo nos conduz ao seguinte:

“Considerando que a liberdade é um direito que todo ser humano adquire ao nascer.

Conscientes de que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé na dignidade e no valor da pessoa humana.

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral como o ideal comum a atingir por todos os povos e nações, dispõe que ninguém será submetido a escravidão ou servidão e que a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos sob todas as suas formas.” (sic)

Com efeito, numa breve síntese, principiámos a tratar das Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que cuidam da proteção mínima dos direitos dos trabalhadores.

Contudo, convém ressaltar que a Convenção acima, pugnou pela progressiva eliminação da escravidão, não obstante os preceitos cunhados em seu preâmbulo, mas, de toda monta, um importante marco para compreensão de mudança nos costumes e de alterações normativas por parte dos Estados Membros, cuja época ainda imperava o preconceito racial extremado e o modelo escravocrata, mesmo em países já considerados de primeiro mundo.

De outra banda, a Organização Internacional do Trabalho - OIT, conforme teor de sua Convenção nº 29, artigo 2º, assim dispõe:

“Para os fins da presente convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual êle não se ofereceu de espontânea vontade.” (sic)

No domínio de sua soberania, o Brasil ratificou a Convenção da OIT nº 29, referente ao Trabalho Forçado ou Obrigatório em 25 de abril de 1957, tornando-se signatário do compromisso de abolir esse tipo de procedimento em seu território. (SÜSSEKIND, 1998, p.338),

O Brasil, desde a década de 50, paulatinamente, em questões de compromisso internacional no âmbito do trabalho, considera como de interesse interno várias Convenções da OIT as quais cuidam de prevenir e impedir o trabalho escravo ou as condições análogas a de escravo nas relações justralhistas pátrias, as quais, por exemplo, são:

- (i) “a Abolição do Trabalho Forçado, nº 105, adotada pela OIT em 1957, ratificada em 18/06/1965;
- (ii) a Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, nº 111, adotada pela OIT em 1958, ratificada em 26/11/1965;
- (iii) a que trata da Idade Mínima para Admissão, de nº 138, adotada pela OIT em 1973, ratificada em 28/06/2001;
- (iv) a referente a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, nº 182, adotada pela OIT em 1999, e ratificada pelo em 02/02/2000; dentre outras.”

Todavia, na realidade interna do país, não obstante o compromisso internacional firmado constata-se outro modelo organizacional e/ ou estrutural para lidar com a situação concreta do problema, por parte das autoridades brasileiras, eis que nesta ocasião não se cogitava de meios legislativos específicos na ordem jurídica para a aplicação de tais convenções, em especial a Convenção 29 da OIT, de modo inciso e específico para os casos envolvendo o trabalho escravo no país, tornando-as inócua diante do enfrentamento necessário exigido, haja vista a complexidade que envolvia todo o sistema relacionado ao tema, em sede de Brasil. (SANTOS, 2003, P.52)

Nesta ótica, nem todas as Convenções da Organização Internacional do Trabalho o Brasil é signatário, dadas como fundamentais ao fortalecimento no combate ao trabalho forçado, mesmo que de modo oblíquo, uma vez que se referem à proteção mínima de trabalho, e por tal razão o nosso País não segue os preceitos ali centrados, tais como a que trata da Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, de nº 87, seguida pela OIT desde 1948, bem como a de nº 143,

Convenção Sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, de 1975. (sic)

Nessa seara, cumpre citar a Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados de 1969, artigo 53, promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, o qual faz reverencia aos direitos já conquistados internacionalmente ao dispor:

“É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

Sob essa ótica, por constar na ordem jurídica internacional a proibição de trabalho escravo com fulcro em Convenções Internacionais acima já citada, trazemos os dizeres de Gabrielle Timóteo, no sentido de que a proibição da escravidão alcançou status de norma imperativa de Direito Internacional geral. (TIMÓTEO, 2014, p. 71)

Verifica-se, pois, que na ordem jurídica internacional não se tolera a prática do trabalho escravo, e para isso trazemos, por derradeiro, o que estabelece os artigos 1 e 2 da Convenção 150 da OIT, a saber:

“Art. 1 — Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente

convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou expressem certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida;

b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico;

c) como medida de disciplina de trabalho;

d) como punição por participação em greves;

e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Art. 2 — Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a adotar medidas eficazes, no sentido da abolição imediata e completa do trabalho forçado ou obrigatório, tal como descrito no art. 1 da presente convenção.”

Nesse diapasão, percebe-se no que concernem os preceitos ditados pela Organização Internacional do trabalho, é que a sua principal apreensão, de modo contíguo com os países membros, é a de universalizar a aplicabilidade do trabalho decente, considerado pela doutrina como a antítese do trabalho escravo.

2.1 NORMAS INTERNAS

O Brasil somente passou a assumir a existência de trabalho escravo impellido por movimento da sociedade civil. Assim, os primeiros casos trazidos a público se deu em 1970, no Mato Grosso, por dom Pedro Casaldáliga, quando bispo de

São Félix do Araguaia, não obstante os compromissos assumidos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Já na década de 90, ameaçado de sofrer uma sanção internacional, após o caso José Pereira, conhecido como o trabalhador que fugiu de uma fazenda após ser obrigado a trabalhar com restrição de sua liberdade por anos, somente obteve a tutela jurisdicional por meio das entidades internacionais, e não a de seu País, quando o Brasil passou a dar maior atenção a problemática já instaurada em seu território.

Quando do governo Fernando Henrique Cardoso, em 1995, o Brasil tomou a frente em reconhecer oficialmente a questão do trabalho escravo. Para tanto, criou o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf), sucedido em 2003 pela Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae). Instituiu o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), este último criado em 1995, foi de suma importância reconhecimento do Brasil, perante a OIT, como referência na guerra contra a exploração da mão de obra humana.

Todavia, a lei de regência que alterou a redação do artigo 149 do Código Penal brasileiro foi somente publicada em 11.12.2003, (Lei nº 10.803/2003), com o caráter de reprimir a prática de exploração do homem, por meio do labor, denominada de trabalho escravo moderno. (BRITO FILHO, 2014, p.31)

Verifica-se que a exploração da pessoa na condição de trabalhador se repete de modo sazonal, ou seja, como um círculo vicioso, pela certeza da impunidade por parte dos destinatários dessa exploração, que se beneficiam da mão de obra barata, não obstante a responsabilização penal estabelecida no supracitado artigo 149 do Código Penal Brasileiro, a saber:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados

ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

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

Assim, a morosidade na elaboração de legislação específica para reprimir o trabalho escravo contemporâneo, não obstante o compromisso internacional firmado pelo Brasil, propiciou que essa prática se alastrasse de modo significativo em diversas áreas do seguimento laboral brasileiro, deixando de ser um problema tão-somente do campo, mas estendendo-se para as grandes metrópoles, abrangendo aí tanto o abuso em relação ao trabalhador brasileiro como aos estrangeiros que aqui se encontram legalmente ou em estada irregular.

Assim, sem a devida tutela no âmbito penal até o ano de 2003, as sanções civis indenizatórias em face dos opressores (criminosos) também não se despontavam, tornando as demais leis gerais - as cíveis e as criminais -, até então existente, de caráter inibitório, aplicadas a casos com certa semelhança a esse tipo de conduta presentemente tipificado como crime, meras ficções, em total afronta a realidade social.

Com isso, nos ressentimos nos dias atuais dos reflexos nefastos provocados pela omissão de anos do Brasil no enfrentamento dessa chaga. Sobretudo, na busca de ações voltadas para a proteção dos direitos humanos concernentes ao trabalhador num campo tão complexo e nebuloso, uma vez que milhares de pessoas se encontram nesse exato momento sujeitando-se a trabalhar 14 horas ou mais diariamente. Estando privados de saírem do próprio local de trabalho para as suas casas, locais esses insalubres, sem se beneficiarem dos mais

comezinhos direitos. Ou seja, sem condição mínima existencial para a prestação de seu labor e tampouco para o seu bem estar pessoal, emocional, moral, social, familiar e espiritual.

Insta enfatizar, que no âmbito do Poder Judiciário, em que pese as várias ações e condenações daqueles que sujeitam trabalhadores a condição análoga de escravo, ainda podemos dizer que, após mais de uma década, a estatística de condenações, ainda é muito baixa se comparada as inúmeras situações existentes e caracterizadas como a de trabalho escravo no Brasil.

O Ministério Público Federal tem buscado alternativas com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com objetivo de estimular metas de julgamento das ações, com escopo punitivo aos exploradores, evitando, com isso, a perpetuação de impunidades, principalmente nas regiões que mais se destacam nessa prática, tais como Pará, São Paulo, Mato grosso e Minas Gerais. Isso levando em considerando o número de investigações solicitadas pelo próprio MPF, com a instauração de mais de 702 procedimentos extrajudiciais.

Ademais, além do Código Penal, outros instrumentos normativos instituídos pelas entidades públicas merecem relevo, como Instruções Normativas, Termos de Compromisso, Portarias, Resoluções e Decretos, bem como o Conselho Deliberativo de Amparo ao Trabalhador (CODEAT), todos visando procedimentos, todos visando meios de procedimentos para atender as necessidades desses trabalhadores aviltados em sua dignidade.

Por fim, no tocante à competência para julgar os crimes análogos à condição de escravo, é da Justiça Federal, inclusive, os crimes contra à organização do trabalho, nos moldes do inciso VI do artigo 109, da Constituição federal.

3. A VERGONHA DECLARADA

No ano de 2000, após 12 anos de vigência da Constituição Cidadã de 1988, segundo o Centro de Estudo das Relações de

Trabalho e Desigualdades, o Brasil se tornou o primeiro país a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional da Organização dos Estados Americanos (OEA), em decorrência da violação aos direitos de 85 trabalhadores da fazenda Brasil Verde, no Pará.

Essa notícia chegou ao conhecimento da sociedade devido à fuga de dois trabalhadores da fazenda em que estavam submetidos ao trabalho escravo contemporâneo, que denunciaram a situação ao Ministério do Trabalho. Após fiscalização desse Órgão, mais trabalhadores foram resgatados.

Nessa ocasião, os meios legais existentes no país não foram eficazes na investigação dos direitos violados, e tampouco na imposição aos denunciados de qualquer tipo de responsabilidade, além de não cominar a reparação indenizatória às vítimas. Simplesmente, a solução dada pelo Brasil foi a de declarar, nos processos, a aplicação da prescrição para o delito, sem, contudo, observar tratar-se de crime imprescritível no manto do Direito Internacional.

Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional da Organização dos Estados Americanos (OEA), determinou a implantação de diversas medidas de reparação, tais como retomar as investigações sobre o caso, apreender ações para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas e pagar indenizações às vítimas.

Ora, de plano, verifica-se que no Brasil não havia efetivamente uma forma eficiente de impedir esse tipo de crime hediondo, pois, como dito, a ausência de lei específica a tipificá-lo. E, mais que isso, a resistência dos governantes em admitir e obstar o uso da mão de obra humana por meio da exploração, em favor de uma minoria de “pensadores” escravocratas do século pretérito, sem dúvida, impediu um desenvolvimento mais célere no combate ao trabalho escravo no Brasil.

Nesse sentir, a melhor doutrina preconiza que o fundamento dos Direitos do Homem não pode ser outro que não o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, portanto, a importância do direito decorre daquele que o criou, ou seja, o homem como sendo o próprio destinatário das normas.

Após 16 anos de diversas reportagens já veiculadas atinentes ao trabalho escravo na modernidade, recentemente tomamos ciência de uma reportagem do “Câmera Record” a respeito do trabalho análogo a de escravo na cidade de São Paulo, onde foi flagrado mais de 22 confecções clandestinas explorando trabalhadores, com a promessa de receber por mês R\$ 400,00, acordando às 6 horas da manhã e finalizando às 22h, com desconto da comida. Os trabalhadores ficavam em quartos nos fundos da “casa de escravidão” com a porta fechada, as etiquetas das roupas eram de uma grande empresa de roupa, que possui 35 lojas no estado de São Paulo (RECORD,2017).

Também em 8 de fevereiro de 2017 a Polícia Federal flagrou trabalho escravo em fazenda em área rural de Corumbá, na região pantaneira do Formigueiro, a partir da notícia de que um trabalhador vinha sendo submetido a condições degradantes de trabalho há vários anos em uma área rural de difícil acesso, o que deu origem a um inquérito policial na Delegacia da Polícia Federal, em Corumbá.

Cumpri ressaltar, que o órgão competente para coibir essa situação é o Ministério Público do Trabalho (MPT), ramo do Ministério Público da União (MPU), que tem como atribuição fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista. Já o Ministério do Trabalho é o órgão responsável por garantir que sejam cumpridos todos os direitos dos trabalhadores. E para tal, é comum a associação com outros órgãos para realização de força tarefas para a defesa desses direitos.

No caso acima apresentado, por último, o delegado federal, presidente da investigação, solicitou apoio ao Ministério do Trabalho, que instaurou uma ação fiscal trabalhista. Também foi comunicado ao Ministério Público do Trabalho que, diante das constatações preliminares, já deliberou pela instauração de inquérito civil com consequente propositura de ação civil pública, caso a composição extrajudicial não se mostre possível.

Uma operação conjunta, então, foi formada com a Polícia Federal, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Militar Ambiental e a Polícia Civil para combater esse trabalho escravo nessa referida fazenda. Como a região é de difícil acesso essa força tarefa teve apoio aéreo fornecido pela PRF, por terra houve participação da polícia militar ambiental, além do grupo especializado em patrulha pelos rios, da PF e da Polícia Civil de Corumbá.

A Polícia Federal informou que, embora a operação ainda esteja em andamento, era possível antecipar que foram resgatados quatro trabalhadores mantidos pelo fazendeiro em condição análoga à de escravo.

Os desdobramentos nas competências do Ministério do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e da Polícia Federal terão seguimento até as conclusões finais, com possível responsabilização criminal e trabalhista.

Com efeito, a qualificação do trabalhador é de suma necessidade, e com base nisso, destacamos a atenção chamada pelo subprocurador-geral do Trabalho, Luís Antônio Camargo, que a falta de qualificação deixa o trabalhador vulnerável à sedução de aliciadores. E que as campanhas de conscientização e programas específicos para requalificação da mão de obra libertada, é considerado pequeno diante da gravidade da situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a busca de meios de combate ao trabalho escravo na modernidade deve se pautar por ações afirmativas por parte do governo e, sobretudo, trazer o debate a público, por meio de mecanismos para prevenir o problema e, principalmente, atender as necessidades do trabalhador e de sua família, auxiliando-o na inserção no mercado de trabalho e oferecendo uma qualificação, além de apoio psicológico. Inclusive para aqueles que sofreram desse mal reiteradamente.

Atualmente, o Brasil, apesar das agruras ainda que assolam o país em torno do combate ao trabalho escravo, tem sido referência internacional no que tange à repressão ao trabalho, por força da união e respeitabilidade de vários órgãos institucionais ligadas ao governo, como os civis.

Mas, não se pode negar o fato de que muito ainda há de ser feito para erradicar essa chaga aberta no solo brasileiro, tendo em vista que habitualmente recebemos informações de inúmeros acontecimentos acerca da libertação de pessoas na condição de vítima dessa prática, mormente por conta, ainda, da ineficácia de instrumentos e de ações perante o judiciário, no âmbito administrativo e extrajudicial.

REFERÊNCIAS

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho escravo - caracterização jurídica. São Paulo: LTR, pág.31.

<http://www.ceert.org.br/noticias/politica-no-brasil/14868/brasil-se-torna-primeiro-pais-condenado-na-oea-por-trabalho-escravo>.

<http://www.ricmais.com.br/sc/fique-po-dentro-daric/noticias/repórter-do-camera-record-se-infiltra-em-oficina-calandestina-de-roupas-em-são-paulo-e-sente-na-pele-o-drama-do-trabalho-escravo>.

- LOTTO, Luciana Aparecida. Ação civil pública contra o trabalho escravo no Brasil. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2015.
- MEDEIROS, Benizete Ramos de. HAZAN. Ellen. Organizadoras. Trabalho, castigo e escravidão: pasado ou futuro? São Paulo: LTr, 2017.
- SANTOS. Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho no Brasil contemporâneo. Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, 1991.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT, 2ª ed., São Paulo: LTR, 1998 ,pág.338.
- TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. Normativos internacionais e escravidão. In: periódicos. ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137.

OS REFLEXOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

*MARIA CLARA GALACHO QUARESMA DE
OLIVEIRA LIMA
PEDRO LIMA NETO*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar em linhas gerais os reflexos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no novo código de processo civil, no processo do trabalho.

O Código Civil rege as sociedades como pessoas jurídicas de direito privado e define a sua existência a partir do registro dos seus atos constitutivos, uma vez legalmente constituída, passa a ter personalidade, com capacidade para contrair direitos e obrigações.

A personificação atribuiu autonomia patrimonial à sociedade, como isso, o patrimônio da sociedade empresária passa a ser distinto do patrimônio dos seus sócios. A responsabilidade da sociedade é ilimitada, sendo responsável integralmente pelas obrigações assumidas.

Por vezes, os sócios usam a pessoa jurídica para fins escusos, diversos da finalidade para a qual foi criada, nestes casos, com fundamento na Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, também conhecida por *disregard of legal entity*, os sócios se tornam responsáveis pelos créditos assumidos pela sociedade empresária.

Duas são as teorias existentes no ordenamento jurídico. A teoria maior e menor da desconsideração, onde a primeira exige o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial para que seja retirada o manto protetor da pessoa jurídica e alcançado o patrimônio particular dos sócios. Enquanto que pela segunda teoria, a mera insolvência já permite a responsabilização dos sócios.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possui requisitos diversos em cada ramo do Direito Material. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, entre suas inovações, surgiu o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, regulada nos artigos 133 e seguintes.

Resta saber, então, como serão os reflexos do incidente de desconsideração no Processo do Trabalho, já que o código de processo civil tem aplicação subsidiária.

Com o viés de regulamentar as normas aplicáveis e não aplicáveis pelos juízes e tribunais do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho por meio da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016 editou a Instrução Normativa nº 39, e no seu parágrafo sexto procurou disciplinar o incidente.

Ao editar a instrução, o Tribunal Superior do Trabalho inovou e atribuiu competência para que o juiz de ofício, sem provocação, instaure o incidente de desconsideração. Numa nítida conduta de cunho legislativo, é preciso avaliar a (in)constitucionalidade da referida resolução.

1. A SOCIEDADE E O CÓDIGO CIVIL

O artigo 44 do atual Código Civil menciona que as sociedades são pessoas jurídicas de direito privado, e, logo após, no artigo 45 preceitua que as pessoas jurídicas de direito privado iniciam sua existência jurídica com o registro do ato constitutivo no órgão competente.

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição do ato constitutivo (estatuto ou contrato social) no respectivo órgão, passando a ter personalidade jurídica própria, a ser pessoa legalmente constituída, com capacidade para contrair direitos e obrigações na esfera civil.

Com a personificação, a sociedade adquire domicílio, proteção ao nome, nacionalidade e autonomia patrimonial. Ao estabelecer a autonomia patrimonial, claramente, o código distinguiu o patrimônio da sociedade empresária, do patrimônio dos seus sócios. Os bens apontados pelo sócio na constituição da sociedade passam a pertencer a esta, sendo inconfundíveis e incomunicáveis.

A responsabilidade da sociedade é ilimitada, isto é, responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações assumidas. Assim dispõe o artigo 1.022 do Código Civil: “*A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador*”.

Diferentemente, a responsabilidade dos sócios é subsidiária em razão da personalização da sociedade, ou seja, enquanto houver patrimônio social suficiente para a satisfação do crédito, o patrimônio particular do sócio fica resguardado. Em princípio, não se pode comprometer o patrimônio particular do sócio para a satisfação de dívida contraída pela sociedade.

O Código Comercial de 1850, já prestigiava a regra da subsidiariedade reproduzida atualmente no artigo 1.024 do Código Civil, como salienta Fábio Ulhoa Coelho, no seu Curso de Direito Comercial, que *“não existe no direito brasileiro nenhuma regra geral de solidariedade entre sócios e sociedade (simples ou empresária), podendo os sócios sempre se valerem do benefício de ordem”*. Completa ainda o autor, *“a solidariedade, no direito societário brasileiro, quando existe, verifica-se entre os sócios, pela formação do capital social, e nunca entre sócio e sociedade”*.

A sociedade advém da vontade humana, e se publiciza através do registro de seu ato constitutivo no órgão competente. Por vezes, sua constituição desvirtua do fim para a qual fora criada. Muito embora a pessoa jurídica se diferencie dos membros que a compõe, não se pode olvidar que são os sócios que lhe dão vida e decidem por ela.

Aqueles que celebram contrato de sociedade devem obedecer os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, quais sejam, agente capaz, objeto possível e lícito e forma prescrita e não defesa em lei, conforme artigo 104 do Código Civil: *“A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”*. Além de contribuírem para a formação do capital social, onde todos participarão do sucesso ou insucesso da sociedade. Diz o artigo 981 *“celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se*

obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

2. AS TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO MATERIAL

A probidade e boa-fé são princípios basilares de qualquer contrato. Entretanto, não é incomum que os sócios utilizem a sociedade para atingir interesses escusos e fraudulentos, desvirtuem a sua finalidade e violem disposições legais e causem confusão patrimonial (unidade entre os bens dos sócios e da sociedade).

Sob esse aspecto, não é concebível manter a clássica distinção patrimonial entre a sociedade e seus membros (autonomia objetiva), nem tão pouco conservar o escudo de proteção que reveste a pessoa jurídica.

O ordenamento jurídico não pode ser conivente com os sócios que usam a pessoa jurídica de má-fé, com dolo de praticar ilícitos e lesar terceiros. Surge então, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica.

O objetivo dessa teoria, também conhecida por disregard of legal entity, é coibir o abuso do direito, a conduta ilícita e fraudulenta, de forma a alcançar o patrimônio particular dos sócios inescrupulosos e torná-los responsáveis ilimitadamente com a sociedade.

Essa teoria visa retirar a capa protetora da pessoa jurídica e afastar, ainda que momentaneamente, a personalidade jurídica para atingir o patrimônio particular dos sócios. Isto inibe a utilização da sociedade para fins diversos do seu objeto social, mas sem que necessariamente tenha que declará-la nula, nem ao menos desconstituir ou dissolver a pessoa jurídica. O intuito principal é o de corrigir os efeitos do mau uso da personalidade.

No Brasil, encontra-se registro da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078, de 11 de janeiro de 1990), ulterior citado no artigo 18, da Lei Antitruste, (Lei n° 8.884/94), que se revelou praticamente uma reprodução do caput do artigo 28, do CDC. A Lei do Meio Ambiente (Lei n° 9.645, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentada pelo Decreto n° 3.179/99) trouxe embutido no artigo 4º, a teoria da desconsideração. Em 1999, no parágrafo 3º, do artigo 18, da Lei n° 9.847, e posteriormente no artigo 50, do Código Civil, de 2002.

Existem duas teorias antagônicas no ordenamento jurídico que dão suporte para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica: a teoria maior e a teoria menor.

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica sustenta que o juiz só pode invadir o patrimônio particular dos sócios e satisfazer os créditos contraídos pela sociedade, caso haja prova da prática de ato abusivo, fraudulento, ou a existência confusão patrimonial.

O artigo 50 do Código Civil exige prova robusta, no caso sub judice, de que a pessoa jurídica fora utilizada como mero instrumento de atitudes desonestas de seus integrantes. Não afasta a personalidade jurídica, ad exemplo, por simples insolvência acarretada por inexperience de seus administradores.

A fraude não se presume e deve ser analisada no caso concreto, e, provada, poder-se-ia anular o contrato de sociedade, podendo aplicar a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, para alcançar o patrimônio particular dos sócios, com supedâneo nos pressupostos da disregard doctrine.

Sérgio Campinho, em sua obra *O Direito de Empresa à Luz do novo Código Civil*, exarou que a desconsideração da personalidade jurídica:

Representa a salvaguarda dos interesses de terceiros contra fraudes e ilícitos praticados por via da utilização indevida da autonomia de personalidade da sociedade em relação à de seus sócios. Entretanto, sua aplicação exige do magistrado imprescindível zelo e parcimônia, de modo a não vulgarizar sua utilização nos casos concretos, que se apresentem, sob pena de impor a destruição do instituto da pessoa jurídica, de construção secular e de reconhecida importância para o desenvolvimento econômico das nações.

Assevera, ainda, o autor que é preciso verificar a existência de fraude ou abuso de direito por prova cabal, e uma vez constatado o desvio de finalidade da pessoa jurídica é que se utilizaria da teoria da desconsideração, como forma de coibir o uso indevido e abusivo da pessoa jurídica. Para ele, o simples indício e presunção de atos abusivos ou fraudulentos, ou ainda simples incapacidade econômica da pessoa jurídica, por si sós, não são fatores suficientes para ensejar a aplicação da teoria.

Em total antagonismo com a teoria maior, para a teoria menor, não é preciso configurar qualquer ato abusivo ou fraudulento, basta a simples insolvência da sociedade para que o credor satisfaça seu crédito, esta teoria usa a desconsideração como regra.

Ainda que inexistam qualquer conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica, o patrimônio pessoal de cada um deles será utilizado para satisfação dos créditos.

Para os adeptos desta teoria, imputar ao credor o ônus de provar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial seria o mesmo que transferir o risco empresarial e torná-lo responsável pela insolvência causada pela má administração.

3. A TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Na Justiça do Trabalho prevalece a teoria menor da desconconsideração, sob a justificativa da natureza alimentícia do crédito trabalhista. Muito embora, no âmbito trabalhista não haja lei específica sobre a matéria, entende-se que a ausência de expressa previsão legal não pode ser óbice à aplicação da teoria menor. O tomador de serviço, quando em estado de insolvência, sempre será compelido a arcar com os seus bens pessoais, ainda que o insucesso tenha sido originado pela mera má administração.

A teoria menor não deveria prosperar como regra no nosso direito, a uma porque a Constituição, promulgada em 1988, resguardou a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV) como fundamentos da República Federativa do Brasil, e considerou o direito de propriedade como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXII). O país, perante a economia instável que se perpetua anos a fio, deve assegurar o mínimo de garantias possíveis ao investidor, como meio de estimular o crescimento e, por via de consequência, garantir a abertura de inúmeros empregos.

A duas, porque os sócios não são responsáveis solidários com a sociedade, e a solidariedade no direito posto, não se presume, deriva da lei ou do contrato.

A três, porque a insolvência inocente, aquela do empresário honesto, porém infeliz, não deveria servir para sustentar a perda dos bens particulares dos sócios, especialmente quando não se tem ao menos uma conduta culposa.

Os sócios que no exercício da atividade empresária atuam com responsabilidade, conduta proba e honesta não vislumbram a quebra, ela simplesmente acontece.

Traçando um paralelo, sabe-se que para imputar um resultado morte a uma pessoa, esta deve ter agido ao menos com

culpa. Ou seja, o agente deve prever, naquelas circunstâncias e segundo a experiência comum, a possibilidade de ocorrência do fato, pois caso contrário, o resultado não lhe pode ser atribuído.

Poder-se-ia então, trazer este raciocínio para o direito do trabalho. E, com isto pensar na hipótese de exigir do sócio o mínimo de previsibilidade da sua insolvência, pela administração infrutífera, antes de ser apenado com a teoria menor da desconsideração, como forma de resguardar o Princípio da Preservação da Empresa. Todavia, na Justiça do Trabalho, como destacado, impera a aplicação da teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica.

4. OS LEGITIMADOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO TRABALHO

Seja como for, hoje, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, nos artigos 133 e seguintes, trouxe uma nova modalidade de Intervenção de Terceiros – o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ).

O incidente visa traçar a forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica. Entende-se que normas do código de processo civil recaem de forma subsidiária ao processo trabalhista por força dos artigos 8º e 769, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1952.

Com isso, o juiz do trabalho, ao verificar a necessidade de aplicação da teoria, no caso concreto, deverá observar os requisitos do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica proposto pelo novo código de processo.

Segundo o novo código, apenas a parte interessada e ao Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, ainda que como fiscal da lei, são legitimados ativos para promover o incidente de desconsideração, conforme previsão expressa no artigo 133.

Deste modo, o juiz não possui atribuição para promover a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ex officio, dependerá sempre de provocação. Isto está em perfeita sintonia com a ordem jurídica, uma vez que a satisfação de um crédito, via de regra, não versa sobre matéria de ordem pública. O interesse envolve apenas os partícipes da relação jurídica.

Ao juiz, portanto, compete a função precípua de regular o procedimento necessário para que possa verificar, no caso em exame, se é ou não caso de desconsideração, além de garantir o amplo contraditório no incidente instaurado.

Por certo que diante das inúmeras inovações trazidas pelo NCPC, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Resolução nº 203, de 15 de março de 2016 e editou a Instrução Normativa nº 39, para disciplinar as hipóteses de incidência do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, de forma não exaustiva.

A referida instrução, no artigo 6º, caput, reconheceu a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica subsidiariamente no processo do trabalho. Entretanto, em total incongruência com o disposto no novo código de processo civil assegurou a iniciativa do incidente também ao juiz do trabalho na fase de execução (artigo 878, CLT).

Como facilmente se percebe, tal resolução mostra-se como verdadeiro exemplo de Ativismo Judicial adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Com uma conduta ativa interferiu sobremaneira, de forma significativa, na competência do Poder Legislativo e disciplinou regras que a lei não estabeleceu.

Não há falar em hipótese de lacuna do legislador processual no que tange a competência do magistrado, mas ao revés, o código estabeleceu os legitimados ativos para disparar o incidente.

Sabe-se que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, embora harmônicos, são independentes entre si (artigo 2º, CRFB), e num regime democrático prevalece a posição da maioria representada pelo Poder Legislativo. Cabe ao Legislativo dizer a norma legal, o Poder Judiciário apenas deve intervir quando aquele Poder falhar ou faltar na disposição da matéria. O que sem dúvidas não é o caso dos legitimados para o incidente de descon sideração.

Outrossim, imperioso ressaltar que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 5516, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, cujo objeto é a Instrução Normativa Nº 39, do Tribunal Superior do Trabalho, aqui mencionada.

A Anamatra alega a existência de vício formal e material de inconstitucionalidade na resolução, que regulamenta a aplicação subsidiária do novo código de processo civil ao processo do trabalho. Argumenta que o código de processo aplica-se supletiva e subsidiariamente ao processo do trabalho, e que isto ocorre quando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) for omissa quanto à matéria e também seja compatível com o “espírito do processo do trabalho”.

A Associação dos Magistrados fundamenta, que o juiz, seja de primeiro ou segundo grau, tem autonomia para decidir, em cada caso concreto, a norma do novo código que seria ou não aplicada.

Em suas argumentações, a associação sustenta que o Tribunal Superior do Trabalho insurgiu em ofensa ao princípio da independência dos magistrados, previsto nos artigos 95, incisos I,

II e III e 5º, incisos XXXVII e LIII, quando editou uma instrução normativa de observância obrigatória pelos juízes, “desde logo”.

Diz, ainda, que a atribuição do Tribunal Superior, no intuito de equalizar e promover a segurança jurídica das decisões deveria restringir a edição de enunciados ou a expedição de recomendação, e não uma instrução normativa, de cunho vinculativo tal como uma norma legal emitida pelo Poder Legislativo.

A Anamatra sustenta que o TST não é órgão competente para regular uma lei processual federal, alega ofensa a divisão de competência constitucional, com invasão da competência do legislador ordinário federal (artigo 22, inciso I, CRFB/1988) e a violação ao princípio da reserva legal (artigo 5º, inciso II, CRFB/1988).

Em sede liminar, requer a suspensão da eficácia da instrução normativa e, no mérito, a decretação de sua nulidade e defende ser atividade tipicamente do Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

Conclui-se, por todo exposto, que as pessoas jurídicas de direito privado ao serem registradas no órgão competente passam a ter personalidade jurídica, com patrimônio próprio e distinto das pessoas que a compõe.

Sabe-se que inexistem limites patrimoniais para o cumprimento das obrigações assumidas pela sociedade, ou seja, respondem ilimitadamente perante credores.

Ocorre, todavia, que, por vezes, os sócios desviam a finalidade da pessoa jurídica ou causam confusão patrimonial, nestes casos, devem responder com o patrimônio pessoal. Para explicar a invasão do credor no patrimônio da sociedade surge a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Na Justiça do Trabalho prevalece o entendimento de que a falência inocente, aquela decorrente da má-administração,

sem a intenção de burlar credores, dá azo ao afastamento da personalidade jurídica sem necessidade de existência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Sem dúvidas, as normas de processo civil aplicam-se aos processos trabalhistas. Indubitavelmente, aplicar-se-á o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, contido no artigo 133 e seguintes do citado diploma legal.

Diante da aplicação subsidiária do novo código de processo nas demandas trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho emitiu a Resolução nº 203/2016 que editou a Instrução Normativa nº. 39, e no parágrafo sexto exarou o entendimento de que o juiz, junto da parte e do Ministério Público, possui legitimação para instaurar, ex officio, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ao examinar o caput do artigo 133 do Novo Código de Processo Civil verifica-se que a lei expressamente e de maneira taxativa restringiu às partes e ao Ministério Público, quando lhe couber intervir na demanda, a legitimidade ativa para requerer o incidente de desconsideração.

A lei não consagrou tal atribuição ao julgador, portanto, qualquer dispositivo nesse sentido deve ser declarado inconstitucional por violação a separação constitucional de competência. Estaria o Poder Judiciário se imiscuindo da função legislativa, usurpando competência, em total ativismo judicial injustificado.

Por tais razões, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5516, cujo objeto é a Instrução Normativa Nº 39, do Tribunal Superior do Trabalho.

Entende, também, que o Tribunal violou a separação de competência constitucionalmente estabelecida, e por assim ser carece de constitucionalidade, a qual deve ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta maneira, a Justiça do Trabalho além de adotar a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica sem norma legal que a regulamente, ainda, através do Tribunal Superior do Trabalho, em nítido ativismo judicial, extrapolou de sua competência quando permitiu que o juiz de ofício instaurasse o incidente de desconsideração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2003
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 9ª. ed., Ed. Renovar, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil. 2ª. ed, São Paulo: Ed. Atlas, 2016.
- CAMPINHO, Sérgio. O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil. 4ª. ed, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 7ª. ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.
- GUSMÃO, Mônica. Direito Empresarial. 3ª. ed., Ed. Impetus, 2004
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 8ª. ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- VIEIRA, Christian Garcia. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Coleção Eduardo Espínola. 1ª. ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5516, de 04 de maio de 2016, relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5516&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 18/05/2016.

RESOLUÇÃO Nº 203, DE 15 DE MARÇO DE 2016, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, que editou a Instrução Normativa nº39, sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 16/05/2016.

A TUTELA JURÍDICA APLICÁVEL AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro

Simone Minelli Lima Teixeira

Nina Soraya Pinheiro de Jesus

INTRODUÇÃO

O consumo exagerado de bens tem gerado a produção de um preocupante volume de resíduos sólidos, tornando os catadores atores importantes num cenário onde a reciclagem representa a alternativa mais viável no tratamento dos resíduos.

A crise atual do trabalho assalariado levou um grande número de trabalhadores para o mercado informal aliado à problemática ambiental da proliferação dos resíduos sólidos e a existência de uma indústria de reciclagem que sobrevive da recuperação desses resíduos.

Este trabalho tem sido realizado de forma precária, sem condições mínimas de segurança verificando-se a necessidade de se garantir o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), sem colocar em risco a saúde dos catadores em seu meio ambiente de trabalho (Art. 7º. XXII e Art. 196, CF).

Ressalte-se que o trabalho dos catadores favorece a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando ao realizarem a coleta reduzem os impactos ambientais dos resíduos sólidos direcionando-os para a reciclagem; por outro lado, o fazem expondo-se constantemente a riscos em seu meio ambiente do trabalho. Desta feita, não se pode conceber que a promoção de um direito fundamental se dê em detrimento de outro.

Fulcrados nesta situação, identificamos o grupo social dos catadores de materiais recicláveis associados em cooperativas/associações, construindo um conceito de meio ambiente em todos os seus aspectos, com destaque ao meio ambiente do trabalho, identificando os instrumentos de tutela com foco na dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da necessidade do trabalho digno, respeitando o bem estar físico, moral, intelectual e psicológico do trabalhador, num ambiente que atenda às normas básicas de saúde, higiene e segurança.

Ainda, discutir-se-á sobre o redimensionamento do Direito do Trabalho frente às novas tendências no mundo do trabalho, inferindo-se sobre sua efetividade quanto à tutela do meio ambiente do trabalho diante das necessidades atuais dos trabalhadores que se encontram à margem do mercado de trabalho formal, aqui incluídos os catadores de materiais recicláveis, uma vez que não se pode mitigar os riscos presentes no processo da coleta dos resíduos sólidos urbanos.

No tocante à metodologia empregada, seguiu-se Pasold (2008, p. 54 e 206) e assim, na fase de investigação utilizou-se o método Indutivo, na fase de tratamento dos dados, o cartesiano. Foram acionadas as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

1. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Dentro da perspectiva de ampliação do conceito de meio ambiente, a partir da Constituição Federal de 1988, passou-se

à compreensão de que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, foi indubitavelmente recepcionada pela Carta Magna.

1.1 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Fiorillo (2009, p. 19) assevera que a definição de meio ambiente estabelecida pelo legislador infraconstitucional é “ampla, conferindo ao meio ambiente um conceito jurídico indeterminado”. O autor atribui esta indeterminação conceitual do meio ambiente à vontade do legislador em criar um espaço positivo de incidência da norma no qual teria liberdade para preenchê-lo.

O meio ambiente encontra-se tutelado pelo art. 225, da Constituição Federal de 1988 que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Para Silva (1995, p. 54), da leitura do dispositivo constitucional, convém ressaltar que a expressão “sadia qualidade de vida”, pressupõe dois sujeitos de tutela ambiental: “um imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão da qualidade de vida”.

Interessante são os argumentos apresentados por Figueiredo (2007, p. 14 e 48) ao aproximar a expressão “meio ambiente” consagrada pelo Direito Ambiental, da expressão “ambiente do trabalho” conhecida no ramo do Direito do Trabalho. Sua preocupação advém do fato de que normas relativas à segurança e saúde do trabalhador não constituem um direito novo, posto que há muito o Direito do Trabalho (formado por normas de Direito Privado), assegura ao trabalhador tais prerrogativas (art. 154, CLT). Por outro lado, o Direito Ambiental quebra a

exclusividade do Direito do Trabalho ao inserir-se no campo da proteção da vida e saúde dos trabalhadores em seu meio ambiente do trabalho. Diante do exposto, o autor nos assevera:

Assim, podemos compreender o direito ao meio ambiente adequado e seguro como um direito de todo trabalhador, e não tão somente daquele vinculado a um contrato empregatício, cuja proteção está diretamente relacionada à existência deste vínculo.

O conceito de meio ambiente concebido por Fiorillo (2009, p. 22), tem maior alcance da norma:

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem [...]

Observe-se que a expressão “local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais” não corresponde mais ao velho conceito de espaço físico determinado, ou seja, a idéia de estabelecimento evoluiu para uma conjugação do elemento espacial com a ação laboral (FIGUEIREDO, 2007, p. 41).

Assim, é perfeitamente possível determinamos o local de trabalho dos catadores de materiais recicláveis, mesmo daqueles que não se encontram fixados em cooperativas, associações ou usinas de reciclagem, posto que em sua grande maioria, encontram-se esses trabalhadores nas ruas dos grandes centros urbanos na busca de seu precioso material de trabalho. Desta feita, podemos conceber que o meio ambiente do catador literalmente o acompanha enquanto este está a desempenhar a coleta de materiais recicláveis numa constante dinâmica laboral.

2 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Neste debate nos vemos inexoravelmente inclinados a trazer para o centro de nossa discussão o novo paradigma denominado de “sociedade de risco”, cuja análise teórica encontra-se na obra do sociólogo alemão Ulrich Beck (1998, p. 37).

2.1 A SOCIEDADE DE RISCO E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

A teoria elaborada sobre os riscos na sociedade moderna comporta múltiplas análises em variadas áreas do conhecimento o que é determinado pela polissemia do termo “risco” que neste contexto refere-se à:

[...] produção de danos que são consequências de decisões humanas causadas (por ações ou omissões ante a representação de um evento danoso) por oposição a perigo que importa à produção de danos imputáveis a causas alheias ao próprio controle, externas à decisão e que afetam o entorno (humano ou natural) (HAMMER SCHMIDT, 2002, p.98).

Tais riscos correspondem aos danos causados ao meio ambiente em consequência do desenvolvimento econômico, tendo em vista a busca incessante da sociedade moderna por conforto e bem-estar como pressuposto de uma melhor “qualidade de vida”. Assim, o risco revela-se hoje, segundo Hammerschmidt (2002, p. 99), como elemento estruturante da sociedade contemporânea:

A incerteza e a ignorância sempre caracterizaram o conhecimento humano e a verdade é que hoje constituem o paradigma e elemento estruturante da nossa sociedade, a qual move-se no *reino da incerteza*. O desenvolvimento tecnológico fez-se acompanhar de um modelo de bem-estar e conforto da gestação de riscos imprevisíveis e não contabilizáveis.

É neste sentido que Ulrich Beck (1998, p. 17) designa a sociedade de risco como sendo um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Observamos que a euforia da sociedade industrial frente às grandes transformações advindas da Revolução Industrial, começa a dar lugar ao medo dos riscos advindos de um novo modelo econômico, como por exemplo, o risco ambiental.

Neste contexto de incertezas formula-se no campo jurídico ambiental uma nova idéia calcada na precaução como medida tendente a enfrentar a sociedade de risco. A hipótese da precaução pressupõe um risco potencial ao meio ambiente, que na falta de certeza científica não se pode mensurar.

Cristiane Derani (2001, p. 169) nos orienta quanto ao caráter principiológico da precaução constituindo-se como a essência do Direito Ambiental ao colocar que:

[...] Este princípio indica uma atuação “racional” para com os bens ambientais, com a mais cuidadosa apreensão possível dos recursos naturais [...] que vai além de simples medidas para afastar o perigo. Na verdade é uma “precaução contra o risco”, que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. [...] este princípio é de tal importância

que é considerado como o ponto direcionador central pra a formação do direito ambiental.

Assim, o princípio da precaução representa o eixo norteador das políticas ambientais sem esquecer da importância dos demais princípios informadores do Direito Ambiental, são eles: princípio da prevenção, princípio do poluidor-pagador, princípio da informação, princípio do desenvolvimento sustentável, princípio da participação, princípio da ubiquidade.

O princípio da precaução orienta sua atuação no sentido de inibir os riscos em potencial. Em sentido contrário, o princípio da prevenção destina-se a coibir os riscos de eventos previsíveis, na busca de se evitar que determinada atividade indiscutivelmente perigosa venha a produzir efeitos indesejáveis ao meio ambiente e à pessoa humana.

Do exposto, podemos determinar que os riscos identificados na profissão dos catadores de materiais recicláveis, correspondem a eventos sabidamente perigosos, por isso não há dúvida quanto à insalubridade desta atividade que se constitui num risco real.

2.2 O CATADOR DE MATERIAIS REICLÁVEIS E OS RISCOS EM SEU AMBIENTE DE TRABALHO

A coleta de materiais recicláveis (vulgarmente chamada de catação em seu meio ambiente do trabalho) possui uma organização de trabalho. Tal organização varia de local para local sendo determinada pelos próprios catadores. Em geral ocorre uma distribuição de trabalho entre os catadores que trabalham externamente catando material nas ruas e levando para os galpões de triagem, como também há uma outra divisão de tarefas dentro dos galpões de triagens entre os catadores que lá permanecem.

Os catadores que permanecem nos galpões de triagem se organizam em equipes fixas de trabalho no desempenho das seguintes funções: área de esteira (onde é feita a separação dos resíduos), área do box (onde é feita a segregação por tipo), área de prensagem (onde é preparado o enfardamento dos materiais segregados) (ALMEIDA, 2007, p. 40).

Ressalte-se que o contato com o resíduo ocorre em todas as fases do processo de trabalho, porém esta exposição determina riscos diferenciados que preponderam mais fortemente numa ou noutra etapa do trabalho dos catadores. Neste sentido, o estudo de Franco (2007, p. 27) aponta para a percepção dos catadores em face dos riscos ambientais e ocupacionais de sua atividade, havendo exposição a agentes danosos à saúde ambiental e humana, por conta do manuseio dos resíduos sólidos.

O termo “insalubre”, segundo Saliba e Corrêa (2007, p. 11), vem do latim e significa tudo aquilo que origina doença, sendo a insalubridade, qualidade de insalubre e está conceituado no art. 189 da CLT.

Segundo o dispositivo legal susomencionado, a caracterização da insalubridade se dá pela exposição a agentes nocivos acima dos limites de tolerância, estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), por meio da Portaria n. 3.214/78, com destaque à NR-15, onde figuram as atividades e operações insalubres, entre elas a atividade que se desenvolve em contato com o lixo urbano (coleta e industrialização), considerada qualitativamente insalubre em grau máximo.

Destarte, os riscos inerentes ao trabalho dos catadores não estão adstritos somente ao contato com os resíduos sólidos, existe ainda a possibilidade de ocorrência de acidentes de trabalho que, segundo Franco (2007, p. 40), ocorrem em função da precarização e falta de condições adequadas, como: ferimentos e perdas de membros, atropelamentos, prensagem em equipa-

mentos de compactação e veículos automotores, mordidas de animais (cães, ratos), picadas de insetos etc.

3. A PREVENÇÃO E TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

A categoria destes trabalhadores está reconhecida pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), sob o código 5192 do Ministério do Trabalho e Emprego; no entanto, ainda se ressentem de uma tutela jurídica efetiva para sua classe, tendo em vista a falta de uma regulamentação desta profissão a qual realizam de duas maneiras: como trabalhadores autônomos ou ainda trabalhadores associados em cooperativas e associações de catadores, ou seja, a matéria relativa à prevenção contra os infortúnios laborais na CLT (art. 166 a 169) não alcança os catadores.

Neste sentido temos o entendimento de Barros (2005, p. 1013) que aduz que as medidas de proteção constituem o guia da realização e gestão prática dessa prevenção.

Esses trabalhadores estão organizados em cooperativas ou associações, buscando o fortalecimento da categoria; a despeito disto, o art. 90 da Lei 5.764/71 (Lei da Política Nacional do Cooperativismo) é taxativo ao afirmar que não existe vínculo empregatício entre os cooperados e a sociedade cooperativa, reconhecendo a nítida natureza jurídica societária das cooperativas (LIMA NETO, 2008, p. 51).

Nesta esteira, Gil (2002, p. 159), afirma:

[...] muito mais que nas outras modalidades, essa cooperativa envolve, diretamente, o trabalho pessoal do sócio, sugerindo, no mais das vezes, a aplicação das normas laborais. De fato, há uma dimen-

são dessa relação, dita societária, que tem como substrato o mesmo elemento das relações trabalhistas em geral: o trabalho humano, pessoal, indisso- ciável da pessoa que o presta (GIL, 2002, p.159).

Para nosso universo jurídico, o catador de materiais recicláveis associado a uma cooperativa de trabalho se caracteriza como sócio-trabalhador, posto que ele concentra dupla atribuição, ou seja, é dono “associado” da cooperativa e “trabalhador autônomo” da mesma. Isto as torna suscetíveis a uma certa servidão, dificultando uma tomada de postura que as faça sentir que também são donas do negócio e que podem e devem primar por um ambiente de trabalho seguro e adequado (DEJOURS, 1992, p. 29).

A busca de melhoria dos locais de trabalho em que se encontram os catadores demanda um conjunto de ações no qual o Direito Ambiental tem um papel fundamental considerando sua função primordial: “analisar e discutir as questões e os problemas ambientais (resíduos sólidos) e sua relação com o ser humano (catador) com a finalidade maior de proteção (princípio da prevenção) do meio ambiente (nele incluído o meio ambiente do trabalho) e das condições de vida no planeta” (SIRVINSKAS, 2009, p. 37).

Nesta perspectiva, ressaltamos o estudo de Melo (2008, p. 91) no qual se apontam uma série de instrumentos de prevenção e tutela do meio ambiente do trabalho que em nosso entendimento podem e devem ser estendidos aos catadores de materiais recicláveis inseridos em cooperativas e associações, posto que o meio ambiente do trabalho “engloba todos os tipos de trabalhadores [...] que exercem alguma atividade passível de risco para sua integridade física, saúde e vida, até mesmo sem remuneração [...]”.

3.1 ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EPIA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO

Um dos instrumentos de prevenção e tutela apontados por Melo (2008, p. 83) é o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, destinado à avaliação e ao diagnóstico do risco ambiental e é requisito obrigatório para a obtenção do licenciamento de atividades ou obras que possam afetar negativamente o meio ambiente.

É perfeitamente aplicável o EPIA para a implantação de cooperativas de materiais recicláveis, tendo em vista os impactos ambientais que possam vir a afetar tanto ao homem (catador) quanto ao meio ambiente (usinas de reciclagem e coletividade do entorno). Entenda-se por impacto ambiental a definição insculpida no art. 1º da Resolução n. 186 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA da seguinte forma:

Art. 1º Impacto ambiental é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II – as atividades sociais e econômicas;

III – a biota;

IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V – a qualidade dos recursos ambientais.

Quando da análise do processo de trabalho dos catadores nas cooperativas tivemos a oportunidade de observar que

nas várias etapas em que esta ocorre muitos são os ricos nos quais estão expostos os catadores de materiais recicláveis (coleta, triagem, prensagem, enfardamento etc.) tendo como impacto ambiental mais significativo a lesão do cooperado em quase todas as fases do processo de trabalho.

O EPIA possui previsão constitucional no art. 225, inciso IV ao exigir na forma da lei o estudo prévio de impacto ambiental em obras ou atividades potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente. No mesmo direcionamento do preceito constitucional, gostaríamos de destacar a Constituição do Estado do Amazonas que contempla o EPIA como parte da política ambiental do Estado em seu art. 235 onde elenca os casos nos quais será obrigatório o processo de licenciamento.

Tal exigência nos encaminha para o disposto no art. 160 da CLT que pode e deve alcançar os catadores das cooperativas de materiais recicláveis, tendo em vista que sua finalidade preventiva (prévia inspeção e aprovação para funcionamento do estabelecimento) deve fazer frente à todo e qualquer trabalhador e não somente àquele de natureza celetista. Nesta mesma linha de raciocínio citamos Fiorillo (2009, p. 395) quando afirma:

[...] as regras acerca da prevenção e da medicina do trabalho não são somente aplicadas a relações laborais, conforme preceitua a Consolidação das Leis do Trabalho. Na verdade, toda vez que existir qualquer trabalho, ofício ou profissão relacionada à ordem econômica capitalista, haverá a incidência das normas destinadas a garantir um meio ambiente do trabalho saudável e, por conseguinte, a incolumidade física e psíquica do trabalhador.

Portanto, os dispositivos celetistas relacionados à prevenção de riscos no meio ambiente do trabalho está subentendi-

do quanto ao campo de abrangência, posto que se pretende tutelar a saúde humana, sem qualquer distinção.

3.2 O INSTRUMENTO DO EMBARGO E INTERDIÇÃO COMO PREVENÇÃO

Outro instrumento de caráter preventivo é a interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento além do embargo da obra com previsão no art. 161 da CLT. Esta matéria também é tratada pela Portaria n. 3.214/78, por meio da NR-3 que especifica todo o procedimento para aplicação desse instrumento de natureza administrativa (MELO, 2008, p. 86).

A interdição e/ou embargo podem representar uma interessante maneira de viabilizar aos catadores de cooperativas e associações um ambiente mais adequado e seguro em seu processo de trabalho. Basta observarmos que muitas usinas de reciclagens funcionam com uma estrutura bastante deficiente (iluminação, instalações elétricas irregulares, uso inadequado ou ausência de equipamentos de proteção individual, etc.) superdimensionando a natureza insalubre dessa atividade (OLIVEIRA, 2002, p. 63).

Importante salientar que cabe à Delegacia Regional do Trabalho embasado em laudo técnico do serviço competente em segurança do trabalho “determinar o embargo ou interdição na proteção do meio ambiente do trabalho, mediante solicitação do setor de segurança e medicina do DRT local, da inspeção do trabalho ou dos sindicatos” (MELO, 2009, p. 87).

Também poderá ser solicitado a interdição ou embargo através do Ministério Público do Trabalho quando “nos Inquéritos Cíveis e Procedimentos Administrativos, vislumbra a existência de grave e iminente risco para a saúde e integridade física dos trabalhadores” (MELO, 2009, p. 87).

Destacamos que tais medidas visam promover a prevenção de riscos graves e iminentes que se não forem eliminados a tempo podem acarretar danos irreparáveis aos trabalhadores catadores que estão sujeitos diariamente ao risco de terem seus membros superiores lesionados quando do manuseio das máquinas de triagem e de prensagem, caracterizando-se assim o risco grave e iminente.

3.3 PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS - PPRA E SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM ENGENHARIA DE SEGURANÇA E EM MEDICINA DO TRABALHO - SESMT

Este programa está previsto na NR-9 da Portaria n. 3214/78 e visa especificamente a elaboração e implementação, por parte de empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, de ações voltadas para a prevenção através do reconhecimento, avaliação e controle dos riscos que existam ou possam vir a intervir no meio ambiente do trabalho (MELO, 2008, p. 97).

O PPRA no âmbito das cooperativas de catadores é perfeitamente aplicável, devido ao seu caráter preventivo e instrucional, levando-se em consideração as especificidades do local de trabalho.

O custo de implementação do PPRA será de responsabilidade das próprias cooperativas/associações de catadores, porém entendemos que grande parte dessas cooperativas não são dotadas de recursos financeiros suficientes para pôr em prática este instrumento de prevenção, o que não impede o seu funcionamento uma vez que a lei torna o PPRA obrigatório somente para empresas.

Sua previsão consta na NR-4 da Portaria n. 3214/78. Tais serviços tem a finalidade de promover a saúde e a proteção da integridade física do trabalhador através de atividades de cunho educacional de conscientização e orientação quanto aos riscos existentes no local de trabalho, enfatizando a prevenção como o melhor caminho para se evitar a ocorrência de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Para os catadores de materiais recicláveis associados em cooperativas e associações o programa SESMT é de extrema importância, tendo em vista o que a percepção de saúde que esses trabalhadores possuem pode dificultar quaisquer medidas preventivas que dependam de mudanças de atitude diante dos riscos da profissão. Para Franco (2007, p.74), esta postura diante dos riscos se deve a um processo habitual de trabalho transpassado pela precariedade e degradação ambiental que naturaliza os riscos como uma circunstância normal.

3.4 EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) E PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO - PPP

Melo (2008, p. 99) considera Equipamento de Proteção Individual – EPI como “todo dispositivo ou produto, de uso individual, utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho”. O art. 166, da CLT, garante o fornecimento gratuito do EPI para os empregados mediante a obrigatoriedade do empregador em fornecê-los em perfeito estado de conservação e funcionamento.

Esta medida possui caráter subsidiário em relação às medidas coletivas de prevenção dos riscos ambientais, ou seja, primeiramente deverão ser tomadas medidas de caráter geral e excepcionalmente. Enquanto se implementam tais medidas,

serão fornecidos os EPIs de acordo com o risco que a atividade apresentar (MELO, 2008, p. 99).

Este caráter excepcional dos EPIs para os catadores, pensamos não fazer sentido, tendo em vista o contato com os resíduos dar-se de forma direta e constante em todas as etapas de seu processo de trabalho (coleta, triagem, enfardamento), inclusive para o catador externo que coleta os resíduos nas ruas e nos estabelecimentos para depois direcioná-los para os centros de triagem.

Porém, neste intento há uma série de resistências por parte dos próprios catadores que subestimam o uso dos EPIs. Geralmente, a resistência ao uso de EPIs está relacionada ao baixo suprimento ou inadequação do equipamento, o que dificulta, segundo os catadores, o manuseio dos produtos a reciclar. Também justificam essa posição pela falta de adaptação ou “costume” e talvez a justificativa mais grave esteja relacionada com a percepção de risco que estes possuem em relação ao seu meio ambiente do trabalho (NAVARRO, 2005, p. 3).

Destarte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP é um documento de extrema importância para o trabalhador, pois tem o caráter de condensar em um único documento todo o histórico-laboral deste, segundo o modelo instituído pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), com o propósito de concentrar informações relativas à fiscalização do gerenciamento de riscos e existência de agentes nocivos no ambiente de trabalho. Tais registros possuem o condão de orientar e subsidiar nos processos de reconhecimento da aposentadoria especial, constantes no art. 68, §8º do Decreto nº 3.048/99. (MELO, 2008, p. 101)

No tocante às cooperativas e associações de catadores, tal documento ganha relevo no que tange à defesa e prevenção dos riscos que podem causar danos à sua saúde, pois desde 1º de janeiro de 2002 o PPP é obrigatório e gratuito a esses trabalhadores cooperados, em obediência ao Decreto n. 4.729, de 9.6.2003.

Neste sentido, Vendrame (2003, p. 43) destaca a relevância do PPP no campo de prevenção por meio da coerção econômica:

[...] Com a segurança, saúde e qualidade de vida do trabalho, diretamente ligadas à responsabilidade social da empresa, é preciso avaliar os investimentos em prevenção, com a formação e treinamento de trabalhadores e profissionais da área [...]. É bem verdade que a imposição legal, cada vez mais opressora, forçou o movimento pela segurança do trabalho. Atualmente, tornar as condições do local de trabalho salutar, mais que uma exigência legal, reverte-se em genuíno retorno financeiro, por meio da redução de uma série de custos.

As empresas estão preocupadas, de alguma forma, em garantir aos seus empregados condições mais adequadas e seguras em seus ambientes de trabalho, mesmo que impulsionadas pelo risco de terem que arcar com grandes somas pelo fato de negligenciarem tais cuidados (ACSELRAD, 2004, p. 48).

CONCLUSÃO

O meio ambiente do trabalho dos catadores de materiais recicláveis é de inquestionável insalubridade e a única forma de proporcionar um ambiente seguro e saudável para estes trabalhadores por meio de instrumentos preventivos e tutelares, no que diz respeito à proteção da vida e da saúde do trabalhador, envolvendo várias áreas do direito (trabalho, ambiental, previdenciário) e áreas afins (medicina, engenharia ambiental, enfermagem, serviço social, psicologia).

Pensar sobre o aspecto preventivo para o trabalho dos catadores ganha relevo quando partimos do princípio de que tal atividade está cercada de singularidades que a torna, em re-

lação aos riscos, mais vulnerável. O risco maior desta profissão, paradoxalmente, se encerra na percepção que o catador constrói sobre si mesmo, enquanto trabalhador, e sobre a sua atividade, ao acreditar que os riscos não são tão potenciais.

Constata-se que na área jurídica este ainda é um tema pouco explorado o que nos leva a crer que nossa cultura jurídica ainda se ressinta em contemplar estudos voltados às questões sociais aglutinadas às questões ambientais, compondo a idéia de Justiça Ambiental, na qual todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, destacamos a necessidade de estudos jurídicos voltados para a tutela do meio ambiente do trabalho das novas modalidades de trabalho que surgem a cada momento em meio à dinâmica laboral, tendo em vista a natureza insalubre de sua atividade profissional que se desenvolve em meio à informalidade.

Por fim, há necessidade de traçar meios preventivos previstos em nosso ordenamento jurídico que possam ter a potencialidade de garantir segurança e saúde a essa nova classe de trabalhadores, em seu meio ambiente do trabalho, direito fundamental de todo trabalhador, tendo em vista que a Constituição Federal assegura (art. 7º, XXII, CF) o direito à redução dos riscos que afetam sua saúde e segurança em seu meio ambiente do trabalho.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henry. **Justiça Ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas**. In: HERCULANO et. al (Coord.). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação FORD, 2004.
- ALMEIDA, Jane Rabelo. **Condições de trabalho dos catadores de materiais recicláveis**. Caratinga: UNEC, 2007. Dissertação (Mestrado em Meio Ambiente e Sustentabilidade), Centro Universitário de Caratinga, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Madrid: Paidós, 1998

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho.

_____. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. Define a Política Nacional de Cooperativismo.

_____. **Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978**. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, de 5 de outubro de 1988.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social.

DEJOURS, C. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. São Paulo: Atlas, 1992.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. 2.ed. São Paulo: Ltr, 2007.

FIORILLO, Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCO, Márcio Flávio. **Percepção dos catadores do lixão do Jangurussu em face dos riscos ambientais e ocupacionais à saúde**. Fortaleza: UNIFOR, 2007. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, 2007.

- GIL, Vilma Dias Bernardes. **As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado**. São Paulo: LTr, 2002.
- HERMIDA, Denis Domingues. **As normas de proteção mínima da integridade física do trabalhador**. São Paulo: Ltr, 2007.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. **O Risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental**. Revista Sequência, nº 45, p. 98, dez. 2002.
- LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de Trabalho: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores**. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho e greve ambiental**. Revista ANAMATRA, Ano XVIII, nº 54, 1º semestre de 2008.
- MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2008.
- NAVARRO, Marli B. M. de A. & CARDOSO, Telma A. de O. (2005). **Percepção de Risco e cognição: reflexão sobre a sociedade de risco**. Revista Interdisciplinar de Estudos da Cognição, Ciência & Cognição; Ano 02, Vol. 06, Nov/2005. Disponível em <http://www.cienciasecognicao.org/revista/index.php/cec/article/view/544>. Acesso em 30 de abril de 2017.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. 4. Ed. São Paulo: Ltr, 2002.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11 ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008
- SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e Periculosidade: aspectos técnicos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- VENDRAME, Antônio Carlos. **Perfil profissiográfico previdenciário: uma revisão empresarial**. São Paulo: LTr, 2003.

A EMBRIAGUEZ NO TRABALHO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DOENÇA OU MOTIVO PARA JUSTA CAUSA

Vivian Behling Bett

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro

Nina Soraya Pinheiro de Jesus

INTRODUÇÃO

Em 1943 foi criada a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que visa regulamentar a relação entre empregado e empregador, estabelecendo direitos e deveres entre ambos, bem como princípios e garantias em busca de uma sociedade desenvolvida e sem discriminação entre ambos, mantendo-se a igualdade e o respeito.

Como nesta relação todos têm direitos e deveres, o artigo 482, “f”, da referida legislação traz em seu texto os motivos pelo qual o empregador pode ensejar a dispensa do empregado, tendo àquele o poder detentor da relação, surgindo neste contexto a dispensa do empregado por embriaguez habitual ou em serviço pelo motivo de justa causa.

A problemática está em analisar se a dispensa por essa motivação fere o direito fundamental da dignidade da pessoa

humana, haja vista que no que tange à jurisprudência trabalhista o empregado alcoolista sofre de uma doença, reconhecida pela OMS e algumas doutrinas buscam trazer uma nova perspectiva de conceituar os dependentes como vítimas da sociedade que necessitam de ajuda para o seu tratamento e cura.

A embriaguez é um problema que afeta toda a sociedade e é de utilidade pública, cabendo ao Estado promover o seu atendimento médico e a responsabilidade sobre este, até que o mesmo esteja pronto e apto para o retorno de sua vida normal, sem que cause prejuízos a si e a outrem.

1. EMBRIAGUEZ HABITUAL E EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO: DIFERENÇAS E IMPACTOS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Na mitologia já existia um deus ébrio chamado Baco que era o deus do vinho (MARTINS, 2006, p. 105); na verdade, o álcool sempre esteve presente na sociedade. O seu consumo passou a ser habitual, independente de classe, raça, sexo ou cultura social, causando grandes transtornos pessoais e profissionais na vida de quem faz uso deste entorpecente de cunho legalizado, pois trata-se de uma droga psicoativa do tipo depressora e haja restrições para seu consumo em diversos níveis, especialmente no que tange a idade legal para seu consumo. O consumo excessivo de bebidas alcoólicas leva à embriaguez e à ressaca, podendo levar ainda o indivíduo a desenvolver doenças como o alcoolismo, cirrose hepática e mais de 10 tipos distintos de câncer (Wikipedia, 2016).

Antes do advento da CLT, as relações trabalhistas eram regidas pelo Código Civil e pelo Direito Comercial, pois tinham grande importância social e política, sendo responsáveis pelo desenvolvimento da economia bem como pela sobrevivência

dos indivíduos que dependiam desta relação, responsáveis pela evolução histórica do capitalismo (DELGADO, 2012, p. 83).

A partir de então, surgiu o contrato de trabalho, que tem por objetivo reger a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante remuneração, sendo assim conceituado como uma relação dinâmica e de comum acordo entre as partes, nascendo as obrigações e direitos de ambos os contratados (FERNANDES, 1976, p. 60 apud MARTINS, 2010, p. 90).

Martins (2006, p. 103) leciona que devido ao uso constante por todos os povos e o vício e dependência que o álcool causava, o Código Civil de 1916, trouxe em seu art. 1.229, inciso IV, a hipótese da rescisão de contrato de trabalho por justa causa por embriaguez como forma de punição pelo vício dos trabalhadores.

Conceituando embriaguez, Almeida Júnior (1996, p. 512) o faz nos seguintes termos:

“A palavra embriaguez será usada para significar que o indivíduo está de tal forma influenciado pelo álcool, que perdeu o governo de suas faculdades a ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência o trabalho a que se consagra no momento’.

De acordo com a OMS (1978, v. 1, p. 200), a embriaguez é:

O estado psíquico e também geralmente físico, resultante da ingestão do álcool, caracterizado por reações de comportamento e outras que sempre incluem uma compulsão para ingerir álcool de modo contínuo ou periódico a fim de experimentar seus efeitos psíquicos e por vezes evitar o desconforto de sua falta; a tolerância podendo ou não estar presente.

Sérgio Pinto Martins (2006, p. 107), afirma que: “o álcool é uma substância psicoativa, que age sobre o sistema nervoso central das pessoas. Ela pode interferir no funcionamento do cérebro, implicando consequências sobre a memória, concentração, equilíbrio etc.”

Em consonância com todos os conceitos aqui elencados, podemos corroborar que a embriaguez é uma doença que traz grandes malefícios psíquicos e físicos para os indivíduos que a consome, excluindo assim a culpa e o dolo do empregado que faz uso deste entorpecente no ambiente de trabalho, pois o mesmo está necessitando de tratamento médico, pois está com suas faculdades comprometidas que o impede de pensar de uma maneira clara e concisa, e a justa causa viria a piorar as suas condições (MARTINS, 2006, p. 109).

1.1 EMBRIAGUEZ HABITUAL DO EMPREGADO

A embriaguez habitual é a ingestão de álcool e demais substâncias tóxicas que impossibilitam o empregado para o trabalho e altera o seu comportamento (BARROS, 2007, p. 878).

Os empregados utilizam a hora do intervalo para almoço ou até mesmo discretamente no horário do expediente para ingerir bebidas alcoólicas e tais atos prejudicam o desempenho o de suas funções habituais dentro da empresa.

A embriaguez em ambiente laboral é um ato intolerável pelas empresas e o desrespeito a essa norma acarreta em justa causa, e na concepção dos empregadores tal conduta é positiva pois inibe a continuidade do ato prevenindo o agravamento da situação bem como evitando um estado patológico de alienação mental caracterizado pelo vício do alcoolismo futuramente.

Para Martins (2006, p. 114), para que ocorra a embriaguez habitual, os atos precisam ser repetidos, sendo que um único ato isolado não caracteriza este como habitual:

A lei, para o caso, não faz referência que a embriaguez tem que ser observada em serviço, mas que seja habitual. Logo, ela pode ser apurada fora do serviço, mas deve ter reflexos no serviço. Do contrário, não tem sentido a justa causa, pois ela não se refere ao contrato de trabalho. O entendimento majoritário, porém, é no sentido de que a embriaguez não precisa ter relação com o contrato do trabalho, bastando que ela seja habitual, ainda que fora do serviço.

Tais posicionamentos já estão sendo revistos pela doutrina assim como pela jurisprudência no âmbito trabalhista, sendo estes corroborados por decisões judiciais caracterizando o alcoolismo como uma enfermidade, em conformidade com a OMS, sendo excluído assim a justa causa para dispensa do empregado.

A própria Constituição Federal em seu art. 7º, inciso I, leva ao entendimento que a dispensa do empregado pelo motivo de ser alcoólatra atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e ao trabalho e é vedada a sua dispensa arbitrária. Tais indivíduos possuem uma enfermidade grave que necessita de tratamento bem como apoio, compreensão e solidariedade da população, sem preconceito.

Esse foi o entendimento, o TRT da 3ª Região, dispôs que mesmo sendo positivado no ordenamento jurídico, a embriaguez habitual não pode ser motivo para dispensa do trabalhador por justa causa, pois este indivíduo precisa ser tratado, bem como o seu trabalho laboral é um ato fundamental para o seu desenvolvimento pessoal e profissional, dispondo assim:

EMENTA: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO EM VIRTUDE DO ALCOOLISMO DO TRABALHADOR. O alcoolismo configura doença progressiva, incurável e fatal, que consta do Có-

digo Internacional de Doenças sob a denominação “F10.2 – Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool – síndrome de dependência”. Neste contexto, considerando-se que o autor, quando praticou o ato ensejador da dispensa motivada, encontrava-se embriagado, é de se mitigar a antiga caracterização da dispensa por justa causa em face da embriaguez do empregado em serviço (art. 482, “f”, da CLT). Isto porque, trata-se de pessoa doente, incapaz de controlar a sua compulsão pelo consumo de álcool. Via de consequência, ele deve ser encaminhado para o tratamento pertinente ao invés de ser punido, atenuando-se, assim, os problemas daí decorrentes na vida social, familiar e financeira do empregado já bastante vulnerável em decorrência da doença que, por si só, torna-o ainda mais frágil. Recurso Ordinário – RO nº 00984-2008-033-03-00-9. Recorrente: Carlos Antônio de Almeida. Recorrida: Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA. Relatora: Deoclecia Amorelli Dias. Belo Horizonte.

Os transtornos causados no comportamento dos trabalhadores em virtude do álcool são visíveis e o usuário não consegue se controlar. A abstinência do álcool causa danos maiores, e consumindo ou não no ambiente laboral, atenua-se os seus problemas sociais e profissionais, afetando sua vida e de quem o rodeia.

O alcoolismo, desde que passou a ser considerado como doença, possui hoje uma atenção maior dada a quem é acometido por esta doença. O alcoolismo compromete as funções do organismo e muitas dessas são irreversíveis, pois o uso constante, descontrolado e progressivo faz com o que organismo necessite de doses maiores, pois as anteriores já não fazem mais efeito.

1.2 EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO

Conforme conceitua Martins (2006, p. 115), a embriaguez em serviço é uma única falta cometida pelo empregado dentro do ambiente laboral, sendo desnecessária a habitualidade para esta falta.

A embriaguez em serviço entende-se como motivo para justa causa em relação à tarefa desempenhada pelo empregado. Um julgado do TRT retificou a justa causa aplicada pelo empregador devido ao trabalho laboral do funcionário ser de grande responsabilidade pela vida de outras pessoas, assim como a sua.

Ementa: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ. VIGILANTE. Diante da natureza das atividades desenvolvidas pelo empregado vigilante, portador de arma de fogo e responsável pela segurança de várias outras pessoas, não se pode admitir a continuidade da relação de emprego quando comprovada a embriaguez em serviço. A conduta irresponsável do vigilante nessa situação exige do empregador uma atitude enérgica para evitar que a falta se repita, já que os riscos a que estariam sujeitos os funcionários, clientes e o próprio empregado são previsíveis. Ademais, no caso em tela, nenhuma prova foi produzida de o autor ser alcoólatra, mas, sim, de que se encontrava embriagado em serviço. TRT 12^a região. **Recurso Ordinário n. 0000872-64.2010.5.12.0047**. Recorrente: Ricartt Galdino de Oliveira. Recorrido: Seguridade Serviços de Segurança Ltda. Relatora: Lígia Maria Teixeira Gouvêa. Florianópolis, 08 de outubro de 2010,.

Algumas profissões como motorista, vigilante, requerem uma atenção total e redobrada do funcionário para tudo o

que acontece a sua volta. Caso o empregado exerça essa função sob o efeito de álcool, o mesmo perde a percepção do tempo, do espaço e das pessoas e pode causar acidentes a si e a outrem, colocando a vida de todos em perigo abstrato.

Diferente do entendimento da embriaguez habitual, a embriaguez em serviço coloca em risco a vida e segurança da coletividade. Porém, o grau de afetação no trabalho depende da função desempenhada pelo empregado, onde tendo-se um resultado menos grave, é possível a aplicação de uma advertência.

Conforme o entendimento de Delgado (2012, p. 1220):

[...] no caso de embriaguez em serviço, ela afeta diretamente o contrato de trabalho, sem dúvida. Em conformidade com a função do trabalhador (motorista ou segurança armado, por exemplo), esta afetação pode ser muito grave, uma vez que coloca em risco a saúde e bem-estar da própria coletividade, o que tende a ensejar a dispensa por justa causa. Noutros casos, dependendo da atividade do empregado, a afetação pode ser menor, propiciando o gradativo exercício do poder disciplinar, com intuitos de ressocialização do obreiro.

Qualquer função que exija uma função a mais do trabalhador, exige que este mesmo esteja em condições físicas e psíquicas para desenvolvê-la, em pleno gozo de suas faculdades mentais. O trabalhador, acometido por esta enfermidade, coloca em risco a sua vida e a vida dos demais que o rodeiam.

1.3 IMPACTOS DA EMBRIAGUEZ NO AMBIENTE LABORAL

O alcoolismo nem sempre está relacionado a fatores pessoais, muitos deles podem estar ligados a fatores laborais, como

insatisfação com o salário, a sobrecarga de funções, falta de integração com os demais colegas de trabalho, dentre outros. Muitos buscam no álcool a solução para esses problemas, mas sendo o álcool o principal vilão e a porta de entrada para o vício.

A Organização Mundial da Saúde disponibilizou uma pesquisa (MONTEIRO, 2007) realizada sobre o Álcool e a Saúde Pública nas Américas, onde constatou que o início do consumo de álcool entre as pessoas começa aos 10 (dez) anos de idade, sendo influenciadas pelos pais e tutores dessas crianças, por acreditarem que a bebida não oferece risco se comparada a outras drogas. A pesquisa apontou que o álcool passou a ser a bebida preferida entre esses jovens e o uso desse entorpecente está cada vez mais frequente, intenso e habitual.

O álcool ingerido por crianças e jovens tem uma maior probabilidade de adquirirem problemas de comportamento bem como baixo desempenho escolar, sendo vítimas mais propensas a delitos violentos dentro ou fora de casa. Se não houver um esforço conjunto e uma orientação pelos responsáveis desde cedo, estas crianças e adolescentes tornar-se-ão dependentes alcoólicos e futuros trabalhadores desempregados.

Os impactos que o alcoolismo causa no ambiente de trabalho são muitos, e chegam até a colocar a vida do próprio trabalhador em risco. Um funcionário que trabalha operando uma máquina de produção ou motorista, por exemplo, pode sofrer acidentes (queimaduras, prender sua mão, colisão etc), causando prejuízo para empregadora que deveria realizar um trabalho preventivo com este empregado.

2 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 482, ALINEA “F” DA CLT

A Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT em seu art. 482, apresenta o rol taxativo das hipóteses de justa causa - sanção

aplicada ao empregado que comete falta grave -, permitindo que o empregador dispense o empregado de forma justificada quando este pratica uma das faltas elencadas no referido artigo.

Todos os indivíduos têm direitos e garantias fundamentais inerentes ao seu desenvolvimento, devidamente amparados e elencados no art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, e um desses direitos é o trabalho, essencial à sobrevivência do indivíduo bem como pela sua vida social.

Acerca da matéria, Sergio Pinto Martins (2006, p. 115) aduz que a “embriaguez em serviço se caracteriza por uma única falta. Será desnecessária a habitualidade nessa falta, de repetição do ato praticado pelo empregado, mas de um único ato. Pode ser ocasional, mas pode ser revelada no serviço”.

Mas ainda de acordo com o referido autor (Martins, 2006, p. 109), a justa causa deve ser aplicada, pois esta positivada na norma sem ter sofrido qualquer alteração ou exclusão de seu texto.

Compartilhando do mesmo entendimento, Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1207) discorre que “justa causa é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho [...]. Trata-se, pois, de conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do trabalhador”.

Há uma divergência no entendimento entre os doutrinadores, pois muitos defendem a dispensa por justa causa fundamentando no zelo do empregador pelos demais colaboradores; e outra corrente defende que a demissão é um ato preconceituoso, onde o trabalhador quer ser curado de seu problema e necessita de ajuda e atenção dos que o rodeiam.

A dispensa do trabalhador acometido por essa enfermidade em nada contribui para o meio social o qual está inserido, muito pelo contrário, o desprezo pelo patrão, pela sociedade e muitas vezes pela própria família contribuem para o seu desamparo

emocional bem como financeiro. Assim, a demissão com base no art. 482, alínea “f” da CLT, fere a dignidade da pessoa humana bem como promove o preconceito da própria sociedade.

A Lei nº 9.029/1995 proíbe que as empresas pratiquem atos discriminatórios e limitativos à relação de emprego, protegendo assim a parte hipossuficiente da relação laboral. Seguindo esse entendimento, essa motivação para a dispensa do empregado, afasta o objetivo fundamental da Carta Magna que é o de promover o bem comum sem qualquer tipo de preconceito.

Existem projetos de Lei em tramitação no Senado para a aplicabilidade desta dispensa somente quando o empregado se recusar ao tratamento médico e acrescenta que a embriaguez habitual é uma patologia suscetível a tratamento.

Mas não só a empresa possui a responsabilidade com o empregado, o Estado também tem este dever juntamente com a Previdência Social para propor o tratamento adequado que vise à reabilitação do empregado enfermo, com o fito de garantir ao trabalhador condições dignas de saúde e bem-estar à toda população.

Uma vez constatada a embriaguez, devidamente reconhecida pela OMS como sendo doença, não há que se demitir e sim promover a suspensão do contrato de trabalho bem como o tratamento adequado para que este retorne as suas atividades laborais, devidamente curado e apto a exercer suas funções.

RECURSO DE REVISTA. DOENÇA GRAVE. ALCOOLISMO. DISPENSA ARBITRÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. 1. Trata-se de hipótese de empregado portador de síndrome de dependência do álcool, catalogada pela Organização Mundial de Saúde como doença grave, que impele o portador à compulsão pelo consumo da substância psicoativa, tornado-a prioritária em sua vida em detrimento

to da capacidade de discernimento em relação aos atos cotidianos a partir de então praticados, cabendo tratamento médico. 2. Nesse contexto, a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa da empresa, ainda que sem justa causa, contribuiu para agravar o estado psicológico do adicto, culminando em morte por suicídio. 3. A dispensa imotivada, nessas condições, configura o abuso de direito do empregador que, em situação de debilidade do empregado acometido de doença grave, deveria tê-lo submetido a tratamento médico, suspendendo o contrato de emprego. 4. Desse modo, resta comprovado o evento danoso, ensejando, assim, o pagamento de compensação a título de dano extrapatrimonial ou moral. 5. O dano moral em si não é suscetível de prova, em face da impossibilidade de fazer demonstração, em juízo, da dor, do abalo moral e da angústia sofridos. [...] Recurso de revista conhecido e provido.- (Processo: RR - 1957740-59.2003.5.09.0011 Data de Julgamento: 15/12/2010, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/2/2011.)

As jurisprudências estão evoluindo e não mais consideram alcoolismo como sendo fundamento para aplicabilidade de justa causa. O alcoolismo do trabalhador vem sendo tratado como doença e o trabalhador portador de tal, deverá ser encaminhado ao INSS para tratamento bem como pleitear o benefício. Seguindo esta linha de raciocínio, vejamos o julgado do Tribunal Superior do Trabalho - TST.

EMENTA: JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, F, DA CLT . APLICABILIDADE. 1. O alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID)

da Organização Mundial de Saúde - OMS, que o classifica sob o título de “síndrome de dependência do álcool”(referência F-10.2), o que afasta a aplicação do art. 482, f, da CLT. 2. O alcoolismo crônico gera compulsão que impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. 3 . Por conseguinte, ao invés de motivar a dispensa por justa causa, deve inspirar no Empregador, até por motivos humanitários e porque lhe incumbe responsabilidade social, atitude dirigida ao encaminhamento do Empregado a instituição médica ou ao INSS, a fim de que se adote solução de natureza previdenciária para o caso. 4. Recurso de revista de que não se conhece.” (Processo TST/RR 561040/1999 -1ª Turma, acórdão publicado no DJ em 29.08.03, Recorrente: Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S/A -SANASA Campinas e Recorrido: José Luiz da Silva).

O ato de dispensa do empregado portador de doença é extremamente preconceituoso, visto que o empregador, na maioria das vezes, quer se ver livre de uma situação problemática, deixando de lado o seu papel de cidadão, virando as costas para uma pessoa que necessita de ajuda e de atenção.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho é protegido pelos Direitos Humanos, o qual prevê a liberdade e intangibilidade física e psíquica dos trabalhadores, concedendo a estes a relação jurídica das relações trabalhistas.

A dignidade de pessoa humana é o núcleo dos direitos fundamentais, e através deste último, tem sua proteção assegurada pela Constituição de 1988. No âmbito trabalhista, a dignidade humana sem dúvida tem sido bastante suscitado nos últimos anos, de forma implícita ou explícita, inclusive no que diz respeito ao tema da embriaguez habitual como justa causa para a cessação do contrato de trabalho pelo empregador. Tem-se entendido, quanto a essa questão, que o empregado alcoolista sofre de uma doença (reconhecida como tal pela Organização Mundial de Saúde) e que sua dispensa, com fundamento no artigo 482, “f”, da CLT, implicaria afronta a sua dignidade humana. Tem havido, nesses casos, a aplicação de um princípio em detrimento da letra da lei, ainda que nem sempre de forma explícita (VERAS, p. 1).

Para Delgado,

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força ou habilidade isolada não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural, o que se faz, de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente,

o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho (DELGADO, 2006, p. 207).

A base do Estado de Direito está estruturada nos Direitos Humanos e busca o cumprimento das leis trabalhistas, proporcionando ao trabalhador uma igualdade real e a garantia mínima de subsistência de todo ser humano. Para Delgado (2006, p. 71) que: “o direito ao trabalho digno, como elemento de concretização das liberdades básicas do homem, deve gozar de aplicabilidade imediata, já que alçado à condição de direito fundamental”.

Não se pode negar o risco que um trabalhador acometido pela embriaguez no ambiente laboral pode causar a si e a outrem que com ele convive, mas o empregador tem o dever de tratar o empregado alcoólatra com a dignidade que este merece, não rescindindo o seu contrato laboral e sim encaminhando-o à Previdência Social para que este efetue o seu tratamento, possibilitando a concessão do benefício cabível, sem sofrer danos laborais com este e os demais, e em caso de não cumprimento de tal medida, a possibilidade de responsabilizar o empregador por danos morais ao trabalhador que deixou de dar assistência (PALMEIRA, 2012, p. 182).

De acordo com Moraes Filho (2004, p. 585):

Embriaguez habitual ou em serviço. Trata-se aqui, a rigor, de duas faltas. Uma importando violação da obrigação geral de conduta do empregado, refletindo-se no contrato de trabalho (embriaguez habitual); outra, violação da obrigação específica de execução do contrato (embriaguez em serviço).

(...)

... a embriaguez habitual, fora do serviço, nada mais constitui que uma forma especial de incontinência

de conduta. A habitualidade revela o vício, o desregramento. [...] Embora compareça, sempre, sem o menor sinal de intoxicação, aquele vício, a que se entrega fora do trabalho, fá-lo perder a confiança do empregador. Não é, portanto, uma ‘farra’ esporádica, ou o simples hábito de beber, moderadamente [...]

Destarte, Süsseskind (2010, p. 354) defende que

É certo que o trabalhador viciado no álcool ou na droga deve ser considerado um doente. O ideal é que a lei facultasse, na primeira constatação da falta, a suspensão de contrato de trabalho, com a obrigação do empregado submeter-se a devido tratamento, só autorizando a sua rescisão se persistisse no vício. Mas o que não se pode impor é a presença e serviço de um empregado com redução do seu “estado de consciência, lucidez, alerta ou vigilância”, sobretudo nos transportes e na indústria, capazes de causar acidentes e, em qualquer estabelecimento, de tratar colegas e fregueses de maneira imprópria.

Alcoolismo, como doença, precisa ser tratada e não simplesmente ignorada, abrindo portas para uma piora do trabalhador que por conta disso, não tem discernimento nem possui capacidades mentais para entender ou até mesmo aceitar que o seu problema de saúde afeta o bem-estar de todos.

O Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado pela aplicação do direito fundamental da Dignidade de Pessoa Humana quando se trata de empregado alcoolista.

ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. Não se pode convalidar como inteiramente justa a despedida do empregado

que havia trabalhado anos na empresa sem cometer a menor falta, só pelo fato de ele ter sido acometido pela doença do alcoolismo, ainda mais quando da leitura da decisão regional não se extrai que o autor tenha alguma vez comparecido embriagado no serviço. A matéria deveria ser tratada com maior cuidado científico, de modo que as empresas não demitissem o empregado doente, mas sim tentasse recuperá-lo, tendo em vista que para uma doença é necessário tratamento adequado e não punição. (...) Revista parcialmente conhecida e parcialmente provida.

O empregado que for acometido pela doença do alcoolismo não pode ser simplesmente dispensado, deve ser tratado para que se recupere, pois o alcoolismo é considerado uma doença grave e angustiante, ocasionando um problema social e familiar para todos aqueles que vivenciam a situação. A dispensa do trabalhador acometido por esta doença não representa uma solução e sim o agravamento de sua situação por não ter recebido o devido apoio.

Como bem define Moraes (2005, p. 16):

[...] A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A pessoa humana precisa ser respeitada em sua integridade e o direito de ter uma condição de vida digna. O trabalho e a saúde são componentes essenciais dessa dignidade inerente aos seres humanos e precisam ser garantidos que seus direitos sejam respeitados. Os trabalhadores que são doentes precisam receber toda a assistência para se tratarem e desempenharem suas funções normalmente.

CONCLUSÃO

A legislação trabalhista foi instituída no ordenamento jurídico para intermediar as relações entre empregador e empregado, auferindo-lhes direitos e deveres a serem respeitados e cumpridos na relação laboral.

Mas quando trata da demissão por justa causa do trabalhador acometido por embriaguez, considerada como uma enfermidade pela Organização Mundial da Saúde, perde um pouco a sua essência e a garantia à dignidade de pessoa humana, como direito fundamental, deve ser respeitado bem como a abolição da medida em que o trabalhador seja demitido por justa causa por ter sido acometido por uma enfermidade, “*in casu*”, a embriaguez.

De forma a proteger o empregado, nossos Tribunais Laborais têm reconhecido a embriaguez como uma doença e proporcionam o atendimento médico e tratamento para que esses trabalhadores possam se curar e retornar ao ambiente de trabalho.

Constata-se também a importância da dignidade de pessoa humana, como meio de proteção ao trabalhador a fim de não ter os seus direitos violados por parte do Estado, do empregador ou terceiros. Desta feita, de acordo com o pensamento dos doutrinadores, o 482, alínea “f” da CLT deve ser abolido, permitindo que o empregado tenha a oportunidade de ser afastado de suas atividades laborais para tratamento e reabilitação, buscando assim a sua cura e retornando posteriormente ao seu cargo de

origem tendo respeitados o seu direito de dignidade da pessoa humana bem como os valores sociais do seu trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região. **Recurso Ordinário – RO nº 00984-2008-033-03-00-9**. Recorrente: Carlos Antônio de Almeida. Recorrida: Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA. Relatora: Deoclecia Amorelli Dias. Belo Horizonte, 15 de abril de 2009. Disponível em: < <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=7933> >. Acesso em 9 out. 2016

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 12ª região. **Recurso Ordinário n. 0000872-64.2010.5.12.0047**. Recorrente: Ricartt Galdino de Oliveira. Recorrido: Seguridade Serviços de Segurança Ltda. Relatora: Lígia Maria Teixeira Gouvêa. Florianópolis, 08 de outubro de 2010, Disponível em: < http://www.trt12.jus.br/portal/areas/gsa/extranet/juris_prudencia/index.jsp?memoria=partialfields%3D%26as_q%3D%26requiredfields%3DBASE&requiredfields=BASE&partialfields=&site=acordaos&proxystylesheet=jurisesenv&as_eq=&as_oq=&as_epq=&q=embriaguez+e+justa+causa&as_ft=i&as_filetype=&num=10&proxyreload=1&entqrm=0&exclude_apps=1&sort=date:D:S:d1&filter=0&getfields=*%26as_q=%26ip=10.12.4.225&access=p&entqr=3&ud=1&escape=0&start=10 >. Acesso em 9 out. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT**. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de Maio de 1943.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**. 5 de outubro de 1988.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012.

JÚNIOR. Almeida. **Lições de Medicina Legal**. 21. ed. revista e ampliada. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1996.

OMS. **Manual da classificação estatística internacional de doenças, lesões e causas de óbito**. Centro da OMS para Classificação de Doenças em Português, São Paulo, 1978, v. 1.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual da Justa Causa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005

MONTEIRO, Maristela G. **Alcohol y salud pública en las Américas**. Washington: OPS, 2007

MORAES FILHO, E. de. **A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2004.

PALMEIRA SOBRINHO, ZÉU. O alcoolismo e os reflexos sociojurídicos sobre as relações de trabalho. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 167-191, jul/ago 2012.

Processo: **RR - 383922-16.1997.5.09.5555** Data de Julgamento: 04/04/2001, Relator Ministro: Vantuil Abdala, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 14/05/2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010.

Veras F, Raquel: **Embriaguez, trabalho e o uso judicial da noção de dignidade humana**. Pg. 1. 05/2014.

WIKKIPEDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Bebida_alco%C3%B3lica> . Acesso em 9 out. 2016.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Monica Micaela de Paula

Orlando Faraci Pereira

INTRODUÇÃO

O judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado de demandas, e a cada dia são distribuídas outras inúmeras. E muitas delas são ações repetitivas, ou seja, ações propostas por pessoas que se encontram em idênticas situações jurídicas. Essas ações tratam de direitos individuais de massa, ou direitos individuais homogêneos. *“Para o ordenamento jurídico brasileiro, os interesses individuais homogêneos são aqueles que, embora se apresentem uniformizados pela origem comum, permanecem individuais em sua essência.”* (PEREIRA. 2013 p.135) E são julgadas diversas vezes por juízes diferentes e não raramente são proferidas decisões díspares para casos idênticos.

Diante desse quadro, e a fim de colocar um fim a insegurança jurídica e a ofensa a falta de isonomia que tudo isso gera ao sistema jurídico o Novo Código de Processo Civil- Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, inova e acrescenta ao já existente Microssistema da Tutela de Causas Repetitivas, o

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas-IRDR- que foi previsto nos artigos 976 a 987.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas-IRDR-foi inspirado no direito alemão, no procedimento-Musterverfahren- “procedimento-modelo” e, sob esse regime, é possível, identificar e reunir processos que contenha a mesma questão de direito, permitindo então decisões mais isonômicas para matérias idênticas.

Na Alemanha, foi criado, em 2005, o Procedimento- Modelo (*Musterverfahren*) com a finalidade de estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, e assim proporcionar o esclarecimento unitário de características típicas a várias causas idênticas com a possibilidade de abrangência subjetiva para além das partes. Assim, o escopo do referido procedimento é firmar posicionamento sobre questões fáticas ou jurídicas de pretensões massificadas. (PEREIRA. 2013, p.160)

Paralela as mudanças no processo civil, o regime recursal trabalhista sofre em 22 de julho de 2014 alteração por meio da Lei nº 13.015, que teve como um dos seus escopos a uniformização da jurisprudência, tanto internamente pelos próprios Tribunais Regionais do Trabalho, bem como pelo Tribunal Superior do Trabalho.

As alterações ocorreram por meio da instituição do procedimento dos recursos de revista repetitivos-arts. 896-B e 896-C da CLT e da efetivação do incidente de uniformização de jurisprudência nos Tribunais Regionais do Trabalho, visando à concretude dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da celeridade processual, princípios estes que também são norteadores do sistema jurídico de Microsistema da Tutela de Causas Repetitivas.

O presente o artigo pretende examinar o novo instituto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas-IRDR, criado pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo sua aplicabilidade ao processo do trabalho, uma vez que, o tema se reveste de especial importância para a seara processualista, considerando que é um instituto novo tanto no processo civil quanto na esfera laboral.

1. MICROSSISTEMA DA TUTELA DE CAUSAS REPETITIVAS

O Novo Código de Processo Civil brasileiro aprimorou e inovou na estrutura do Microsistema da Tutela de Causas Repetitiva, ampliando as técnicas de aceleração e aglutinação de processos repetitivos individuais por meio da valorização da eficácia normativa de precedentes judiciais, cuja finalidade é promover a uniformização da jurisprudência.

O objetivo do IRDR e dos recursos repetitivos é conferir tratamento prioritário, adequado e racional às questões repetitivas. Além de gerir os casos repetitivos, o IRDR e os recursos repetitivos também se destinam a formar precedentes obrigatórios, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados. O IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos compõem, por isso, dois microsistemas, cada um deles relacionado a uma de suas duas funções. Eles integram o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) e pertencem ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. (CUNHA E DIDIER. 2016, P.590)

O Microsistema da Tutela de Causas Repetitivas é composto pelo IRDR, pelos recursos especiais e extraordinários

repetitivos, pelo incidente de assunção de competência, e ainda pelas normas da Consolidação das leis do Trabalho-CLT. Porém, o incidente de assunção de competência, não faz parte do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos que está previsto no art. 928 do NCPC.

Por isso, esses incidentes pertencem a dois microsistemas: o de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Esses microsistemas são compostos pelas normas do CPC e, igualmente, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT que foram inseridas pela Lei n. 13.015/2014, a respeito de julgamento de casos repetitivos. (CUNHA E DIER. 2016, p.590-591)

A Consolidação das leis do Trabalho - CLT não versar sobre o IRDR especificamente, trata apenas sobre o recurso de revista repetitivo no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho - TST, e demonstraremos logo abaixo como funciona o instituto na seara obreira.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) -

O IRDR é um incidente processual que ocorre no curso normal de um processo de competência originária ou em recurso inclusive na remessa necessária e, que tem um procedimento próprio, está previsto nos artigos 976 a 987 do NCPC, e foi concebido:

(...) a trazer solução parcial aos males de insegurança jurídica, associados à ausência de previsibilidade e estabilidade da jurisdição diante de demandas in-

dividuais repetitivas, com idêntica questão de direito. Trata-se de incidente em demanda individual (causa-piloto) vocacionado para firmar a tese jurídica a respeito de determinada controvérsia. (TEIXEIRA pag.4)

O IRDR será suscitado a partir de um processo individual que verse sobre questão unicamente de direito e de reiteradas demandas, perante o presidente do Tribunal, que tem competência para distribuir o IRDR e, uma vez admitido, todos os processos ficam suspensos naquele Estado ou região com igual controvérsia pelo prazo de 1 ano.

Admitido o IRDR, suspendem-se os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso, em que a questão a ser decidida se repete (art. 982, I, CPC) - se em tribunal superior, a suspensão será em todo território nacional.

A suspensão dos processos há de ter uma duração de um ano (arts. 980 e 1.037, § 40, CPC). Superado o prazo, cessa a suspensão, no caso do IRDR, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 980, par. único CPC). (CUNHA E DIDIER p.600)

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

3.1 REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, é necessário o preenchimento dos requisitos especificados no artigo 976 do NCPC. Assim dispõe o caput do dispositivo:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 4o É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Os requisitos de admissibilidades deverão ser analisados pelo órgão colegiado competente, não cabendo ao relator fazê-lo sozinho (art. 981, NCPC), nesse sentido o enunciado do 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis; *“Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática.”*

Para que ocorra a instauração do IRDR é indispensável, estar presente simultaneamente, a repetição efetiva⁶³ de processos que possua controvérsia sobre uma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Importante, salientar que o IRDR não será admitido se já houver afetação de recursos em Tribunais Superiores para definição de tese acerca da questão jurídica que se pretende discutir no incidente e nem para definições de questões de fato.

3.2 LEGITIMADOS

Detém a legitimidade para suscitar o IRDR, o juiz ou relator que podem suscitar de ofício, não havendo necessidade de requerimento nessa hipótese, as partes, o Ministério Público, que caso não suscite o IRDR deverá atuar como fiscal da ordem jurídica e, a ainda caberá assumir a titularidade do

63. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol.2 São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p.578. “Situações que envolvam potencial multiplicação da mesma questão de direito, ou em que, mesmo sem essa potencial multiplicação, haja questão de direito relevante, reserva o código outro incidente: o de assunção de competência”.

incidente em caso de desistência ou de abandono do processo por quem o suscitou, e por fim Defensoria Pública, conforme art. 977 do NCPC:

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

O IRDR pode ser suscitado perante todos os Tribunais Federais, Tribunais de Justiça e nos Tribunais Superiores. Cabendo a cada tribunal indicar no seu regimento interno órgão competente para o julgamento do incidente, conforme dispõe o art. 978 do NCPC.

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Não há recolhimento de custas processuais, conforme explicita o § 5º do art. 976 do NCPC “Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas”, como também pode ser instaurado a qualquer tempo antes do julgamento do processo.

Uma vez instaurado o IRDR, suspendem-se os processos pendentes, individuais ou coletivos, em que se discute a mesma questão, que estejam tramitando no âmbito da competência territorial do tribunal.

O relator deverá ouvir as partes e demais interessados; poderá requerer a juntada de documentos; fazer diligências; deverá ouvir o Ministério Público em 15 dias; Poderá ouvir, em audiência pública, depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria – *amicus curiae* – em audiência pública e requisitar informações a órgãos, conforme art. 976, §2º, NCPC)

Cumpridas todas as etapas previstas no art. 983 do NCPC, o relator colocará em pauta o IRDR para julgamento do órgão colegiado. O Tribunal fixará a tese jurídica e, se for o caso, decidirá em concreto o recurso, o reexame ou o processo de competência originária. A tese jurídica fixada no julgado do incidente tem natureza de norma geral deverá ser aplicada a todos os processos suspensos e futuros sobre a mesma matéria no Estado ou região do Tribunal.

Art.985 Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

II- aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão do art. 986.

Em relação à aplicação da tese pelos juízes, a decisão do IRDR é vinculante é imperativa, totalmente obrigatória sua aplicação e seu caso ocorra seu descumprimento caberá reclamação, conforme o §1º do artigo 985 do NCPC, “Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.”

3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

O questionamento que norteia o presente estudo é aplicação do Microssistema das Causas Repetitivas ao Processo do Trabalho, especificamente ao cabimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O processo trabalhista sofreu recentes mudanças com a Lei 13.015/2014, que teve como um dos seus escopos a uniformização da jurisprudência, tanto internamente pelos próprios Tribunais Regionais do Trabalho, bem como pelo Tribunal Superior do Trabalho

As alterações ocorreram por meio da instituição do procedimento dos recursos de revista repetitivos –arts. 896-B e 896-C da CLT e da efetivação do incidente de uniformização de jurisprudência nos Tribunais Regionais do Trabalho, visando à concretude dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da celeridade processual, princípios estes que também são norteadores do sistema jurídico de Microssistema da Tutela de Causas Repetitivas.

Os mecanismos para a efetivação dos propósitos traduzidos pela Lei 13.015/2014 dizem respeito aos recursos repetitivos, art.896-C da CLT, no Tribunal Superior do Trabalho, havendo multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno para que decidam sobre ela, uma vez que foi fixada a tese ela prevalecerá e terão seguimento denegado os recursos de revistas com coincidam com a tese.

E também foi criado o incidente de uniformização de jurisprudência, art. 896,§3º, da CLT, que determina que os Tribunais Regionais do trabalho procedam à uniformização de

sua jurisprudência interna por meio de tese jurídica prevalente e súmula regional.

Art. 86, §3º da CLT. Os tribunais regionais do trabalho devem proceder, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e devem aplicar nas causas de competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I do CPC de 1973.

O Código de Processo Civil atual não disciplinou o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC de 1973. Desse modo, cumpre ao Regimento Interno de cada Tribunal Regional disciplinar o procedimento para edição de súmulas correspondentes às jurisprudências dominantes. (SCHIAVI. 2016, p.957)

Seguindo a linha exposta, verificamos que o entendimento predominante é que o IRDR é compatível com o processo do trabalho, e ao lado das inovações trazidas pela Lei 13.015/2015 contribuirão para o aperfeiçoamento do sistema de precedentes no judiciário trabalhista e à concretização dos princípios da igualdade, segurança jurídica e celeridade.

Embora a CLT e a Lei n. 13.015/2014 não tratem do IRDR, este é aplicável no âmbito da Justiça do Trabalho. Isso porque o processo do trabalho é regido por normas que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos. Além do mais, o art. 15 do CPC dispõe que as normas do processo civil regulam, subsidiária e supletivamente, o processo do trabalho. O IRDR é aplicável, portanto, ao processo do trabalho.

Nesse sentido, o enunciado 347 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de resolução de demandas repetitivas, devendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito” (CUNHA E DIDIE. 2016, p.593)

A Instrução Normativa n° 39 do TST reconhece a aplicabilidade do IRDR no Processo do Trabalho, consoante se infere do seu artigo 8°” *Art. 8° Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).*”

E em dezembro de 2016, o Ministério Público do Trabalho- MPT-, no Pará e Amapá suscitou a instauração do primeiro IRDR pelo Tribunal Regional do Trabalho daquele estado, foi suscitado por meio de parecer e em recurso interposto pelo Município de Portel contra o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais do Marajó.

MPT suscita uniformização de decisões sobre desconto sindical

TRT acatou pedido e admitiu seu primeiro Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva relativa a processos envolvendo servidores públicos

Belém - O Ministério Público do Trabalho no Pará e Amapá suscitou a instauração do primeiro Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR) pelo Tribunal Regional do Trabalho do estado. O instrumento jurídico visa à uniformização de decisão pelas turmas do Tribunal acerca da competência da Justiça do Trabalho para julgar demandas relativas aos descontos postulados por sindicatos em face de entes públicos.

Em dezembro do ano passado, o MPT emitiu parecer em recurso interposto pelo Município de Portel contra o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais do Marajó. No documento, a procuradora regional do Trabalho Gisele Góes suscitou a necessidade de instauração de IRDR, uma vez que as turmas do TRT do Pará têm divergido sobre a matéria, ocasionando “risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica”.

Ainda no parecer, o MPT pede que o Tribunal Regional do Trabalho pacifique o entendimento entre as Turmas acerca da questão, ou por meio de IRDR ou Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ), considerando a existência de votos discrepantes inclusive entre membros de mesma Turma.

O tribunal acatou o pedido determinando a instauração do Incidente. A relatora do caso, desembargadora Rosita Nassar, por despacho, suspendeu os processos relacionados ao tema, no âmbito da Justiça do Trabalho do estado, solicitou informações aos órgãos competentes sobre os processos com mesmo objeto e determinou o encaminhamento da decisão para conhecimento das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil do Pará e do Amapá. Concluídas as diligências, o IRDR deverá ser julgado. ACP nº 0000012-74.2017.5.08.0000⁶⁴

Em sessão do dia 13 de fevereiro de 2017 o E. Tribunal Pleno do TRT8º Região, admitiu o IRDR, suscitado pelo MPT e autuado sob o número 0000012-74.2017.5.08.0000 (PJe), com fundamento nos artigos 979 e seguintes do CPC, RESOLVE,⁶⁵

64. http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/

65. <http://www.trt8.jus.br/>

I)

SUSPENDER

,no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região da Justiça do Trabalho os processos relacionados ao tema objeto no IRDR:

competência da Justiça do Trabalho para apreciar demanda ajuizada em face a ente público, que envolva obrigação de fazer quanto aos descontos postulados por entidades sindicais, a título de contribuição sindical. (artigo 982, I, CPC)

II)

DETERMINAR

a ampla divulgação da admissibilidade do incidente, com publicação da matéria no Portal do TRT-8ª, devendo ser encaminhada a decisão à Presidência, Vice-Presidência, Corregedoria Regional, Desembargadores, Juízes do Trabalho Titulares e Substitutos, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Pará e Seção Amapá, Secretaria Judiciária, Secretarias de Turmas e Assessoria de Comunicação.

III)

SOLICITAR

aos Presidentes das Turmas para que, no prazo de 15 dias, prestem informações acerca de processos sob a jurisdição do respectivo órgão, nos quais se discute o tema objeto do incidente, devendo ser informado o posicionamento adotado pelo órgão judicante sobre a matéria, com a anexação de, pelo menos, um acórdão. (artigo 982, II, CPC).

IV)

SOLICITAR

aos órgãos de Primeiro Grau (Varas do Trabalho) para que, no prazo de 15 dias, prestem informações acerca de processos sob sua jurisdição, nos quais se discute o tema objeto do incidente, devendo ser informado o posicionamento adotado pelo órgão judicante sobre a matéria, com a anexação de, pelo menos, uma decisão. (artigo 982, II, CPC).

V)

DETERMINAR

o encaminhamento da decisão de admissibilidade do incidente ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do TRT- 8, para ciência e providências necessárias ao atendimento do disposto no artigo 979 do CPC, bem como na Resolução 235/2016 do CNJ.

Ultimadas as providências acima, os autos devem vir conclusos para cumprimento do disposto no artigo 983 do CPC e demais providências ali mencionadas, caso necessárias.

Por se tratar de Processo Judicial Eletrônico (PJe), as comunicações devem ser realizadas, sempre que possível, no modo virtual, inclusive as informações e seus anexos, que deverão ser encaminhadas ao gabinete desta relatora.

Belém, 15/02/ 2017. ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR, Relatora BELEM, 17/02/2017 ROSITA DE NAZARE SIDRIM NASSAR Desembargador (a) do Trabalho

Assim, não nos resta dúvida da compatibilidade do instituto do IRDR ao processo do trabalho seguindo as regras deli-

neadas nos arts. 976 e 986 do NCPC/2015, fazendo os ajustes necessários às especificidades e aos órgãos da justiça obreira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema processual brasileiro passou por muitas transformações, e algumas premissas que sustentam (vam) o sistema, não têm mais razão de serem contempladas; como a negação da jurisprudência como fonte de direito, decisões díspares para mesmas questões de direito, etc.

O ordenamento jurídico está em constante transformação para alcançar uma verdadeira efetivação dos direitos e garantias fundamentais, direito estes previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Transformação essa que verificamos na criação dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instrumento que acreditamos ser um grande aparato técnico para o processo, possibilitando uma maior segurança jurídica e isonomia para as ações com identidade fático-jurídica. Desde que, os precedentes firmados sejam realmente seguidos, uma vez que vai, conferir e estabelecer um padrão de comportamento para todos envolvidos.

O questionamento inicial era se o incidente tinha lugar no campo processualista laboral, não nos restou dúvida que o instituto é compatível com o regime jurídico dos precedentes implantado pela Lei nº 13.015/2014, que instituiu o recurso de revista repetitivo.

Assim, no processo do trabalho aplica-se o sistema de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas-IRDR, contribuindo para a concretização do princípio da igualdade, da celeridade e da segurança jurídica, juntamente com o recurso de revista repetitivo.

REFERÊNCIAS

- BELMONTE, Alexandre Agra. O novo sistema recursal trabalhista (Lei nº 13.015/2014): influência do projeto do novo CPC. In: Revista do TST, ano 80, nº 4. São Paulo: Lex Magister, out./dez. 2014, p.17-40
- BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. In: Revista Ltr, vol. 74, nº 3. São Paulo: Ltr, mar./2010, p. 360-370.
- BRANDÃO, Cláudio. Reforma do sistema processual trabalhista: comentários à Lei n. 13.015/2014. São Paulo: Ltr, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13 ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 65.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol.2 São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p.578.
- PEREIRA. Marcelo de Almeida. Conflitos Sociais Judicializados Critica sobre a Legitimidade dos Precedentes na Resolução das Demandas Individuais de Massa.-2013. Tese.(Doutorado em Direito) Universidade Federal Fluminense – UFF, Rio de Janeiro, RJ, 2013.

SAMPAIO, Lênio Mercês. A valorização dos precedentes judiciais. In: Revista da Procuradoria do Instituto Federal Baiano, ano 4, nº 4. Salvador, 2013, p. 13-36.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência Revista de Processo | vol. 251/r016 | p. 359 - 387 | Jan / 2016 DTR\2016\64

A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

NATHALIA DIMITRIOU

INTRODUÇÃO.

O tema enfocado por este trabalho é a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo como escopo a defesa da saúde e segurança do trabalhador.

A escolha se justifica, diante de uma atual controvérsia surgida na doutrina e principalmente na jurisprudência acerca da possibilidade ou não da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, visto que o que ocorria no cenário trabalhista brasileiro era a posição majoritária em que a doutrina e a jurisprudência seguiam em uma mesma linha de entendimento que vedava expressamente a possibilidade de cumulação dos adicionais supracitados. Porém, verificou-se uma “reviravolta” na medida em que surgiram entendimentos jurisprudenciais favoráveis à cumulação. Ocorre que não há ainda um posicionamento único, razão pela qual se traz à exposição ambos os posicionamentos, e, por conseguinte, a opção por aquele que se revela mais favorável à defesa dos direitos do trabalhador.

O objetivo geral deste trabalho será demonstrar desafios de aplicabilidade dos novos entendimentos jurisprudenciais de pagamento cumulativo dos adicionais quando coexistentes condições de insalubridade e periculosidade.

A metodologia utilizada, para proceder ao estudo em questão, foi o levantamento bibliográfico sobre questões que versam em torno do tema, as pesquisas jurisprudenciais, os artigos retirados da internet, o disciplinamento constitucional e legal, bem como duas Convenções da OIT que se inserem nesse contexto.

1. DOS ADICIONAIS NO DIREITO DO TRABALHO: INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.

Primeiramente há de se imaginar a partir de uma breve observação acerca dos adicionais, nesse sentido, leia-se os adicionais em caráter geral, que os mesmos são devidos para compensar o empregado por algo que é “ruim” para ele.

Dessa forma, entra em análise dois adicionais, o adicional de insalubridade e o de periculosidade, esses se mostram relevantes e de certa forma até mesmo polêmicos. Isto porque se criou uma dualidade de posicionamentos acerca da cumulatividade ou não de tais adicionais, já que a doutrina não admite a cumulação, porém já existem julgados permitindo.

O artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil apresenta os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Ocorre que, o supracitado dispositivo em seu inciso XXIII determina como sendo direitos dos trabalhadores a percepção de adicional para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. O que se constata inevitavelmente que o recebimento dos adicionais de insalubridade e periculosidade é um direito constitucional dos empregados.

Desta feita, inicia-se a análise a partir do adicional de insalubridade. Quando o adicional de insalubridade entra “em

pauta” há de supor, ou até mesmo inconscientemente, que todos são levados a pensar em agentes nocivos à saúde. Mas há de convir que a nocividade mencionada além de pressupor ser algo “ruim” ao trabalhador, que é uma ideia já implícita aos adicionais, visto que os mesmos são caracterizados como uma forma de compensar o empregado por algo que como supracitado é “ruim” para ele. Leva a uma análise mais específica, ou seja, algo que não é só prejudicial ao trabalhador, indo mais além, aquilo que é um malefício à sua saúde.

Dessa forma, o artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que as atividades que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho exponham os empregados a agentes nocivos serão consideradas atividades insalubres, tais agentes se colocam como uma condição particularmente inerente para a caracterização do adicional de insalubridade.

Ocorre que, atualmente e segundo a legislação vigente relativa ao trabalhador, quem dispõe o que é ou deixa de ser insalubre é o Ministério do Trabalho e Emprego, visto que as atividades e operações insalubres estão previstas na NR 15 da Portaria 3214/78. Caso o trabalhador deseje postular em juízo, será necessária uma perícia conforme dispõe o artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O adicional de insalubridade será percebido segundo o grau de exposição do trabalhador a agentes nocivos, sendo classificados em graus máximo, médio e mínimo que possibilitam ao trabalhador perceber respectivamente 40%, 20% e 10% a título de adicional. É cediço que a base de cálculo utilizada é o salário mínimo da região.

Não se pode deixar de mencionar que a limpeza de residências e escritórios não dá ensejo a percepção do adicional de insalubridade. Porém, a higienização em sanitários de uso público ou de grande circulação se dá em grau máximo, de

acordo dispõe a Súmula nº 448 do TST, antiga Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1.

É indiscutível, quando o assunto é adicional de insalubridade que se fale em EPI (Equipamento de Proteção Individual), sendo esse um instrumento que visa garantir a saúde e segurança do empregado de riscos que podem vir a ocorrer quando da realização de suas atividades laborais. O EPI encontra previsão na Norma Regulamentadora nº 6, sendo a empresa obrigada a fornecer gratuitamente aos seus empregados.

Ocorre que, caso o EPI venha a eliminar a nocividade, o trabalhador não terá mais direito à percepção do respectivo adicional, conforme dispõe a Súmula nº 80 do TST. Tornando-se imperioso mencionar que se o empregado recusar de forma injustificada a utilização do EPI constituirá esse um ato faltoso do mesmo.

Desta feita, pode-se mencionar como soluções tanto a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho, como utilização dos EPIs equipamentos estes, que já foram brevemente relatados acima, dentro dos limites de tolerância.

O empregador possui, portanto, uma série de meios, que sendo adotados neutralizariam ou eliminariam a insalubridade, fazendo com que não houvesse nenhum “malefício” para ambas as partes, já que o empregado não estaria exposto a tais condições que afetam a sua saúde de forma grotesca, nem ao menos o empregador precisaria pagar já que cumpriu sua “missão” de ofertar aos seus empregados um meio ambiente de trabalho saudável.

Por outro lado, quando se inicia a análise acerca do adicional de periculosidade, percebe-se um contexto totalmente diferente do de insalubridade, partindo dessa premissa é incontestável que se tratam de adicionais diferentes e que, portanto, não são a mesma «coisa».

O adicional de periculosidade é adequado a todo o empregado que trabalhe em exposição direta ou até mesmo intermitente ao perigo. Isto porque, segundo os ensinamentos de Vólia Bomfim (CASSAR, 2014, p. 827), o supracitado adicional é devido a todo empregado que se encontre em exposição direta ou intermitente ao perigo, sabendo-se que atividades ou operações perigosas segundo dispõe o artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho são consideradas como sendo o contato do trabalhador com inflamáveis, explosivos ou eletricidade e roubos ou outras espécies de violência física em atividades profissionais de segurança pessoal e patrimonial, cabendo em ambos os casos o pagamento integral do adicional, de acordo dispõe as Súmulas nº 364 e 361 do TST.

Para o respeitado doutrinador Martinez (2012, p. 283), o contato permanente é aquele no qual o contato do empregado com o agente nocivo seja inseparável da produção do bem ou prestação do serviço, ou seja, é aquele não ocasional.

De acordo com a legislação trabalhista, mas especificamente o artigo 193, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da questão da porcentagem do adicional que é de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. O que se torna relevante, na medida em que é mais um diferencial com relação ao adicional de insalubridade que há diferentes porcentagens a depender do grau de exposição do trabalhador a agentes nocivos, o adicional de periculosidade tem unicamente uma porcentagem.

Porém, com relação aos empregados eletricitários contratado sob a égide da Lei nº 7.369/85, o adicional de periculosidade deve ser calculado não sobre o salário básico, mas sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial, o que acaba por ser de certa forma uma exceção à regra.

Conforme dispõe o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa (GARCIA, 2015, p. 227) em razão de alteração trazida pela Lei 12.740/12 que alterou o artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, ocasião na qual também revogou a Lei 7.369/85, o entendimento mudou e atualmente para os empregados eletricitários o adicional de insalubridade também passa a recair sobre o salário base.

Também será necessária a realização da perícia técnica, supracitada prevista no artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho quando o assunto foi o adicional de insalubridade, só que agora para a classificação e caracterização da periculosidade. Porém, há uma excepcionalidade quanto a essa questão pericial quando o assunto é o adicional de periculosidade, visto que se o empregador já reconhece a periculosidade, realizando o pagamento do adicional por liberalidade, mesmo que de forma errada ao que prevê a legislação, estará dispensada a prova técnica, conforme a Súmula 453 do Tribunal Superior do Trabalho.

Torna-se relevante mencionar que em 2014 a Lei 12.997 incluiu o §4º ao artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, desta feita as atividades de trabalhadores em motocicletas também passaram a ser consideradas como sendo perigosas.

É necessário que o trabalhador esteja enquadrado nas condições técnicas estabelecidas pela NR 16 aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego para que possa receber o adicional de periculosidade, visto que somente após o enquadramento nos casos especificados na lei ele fará jus.

É sabido que os efeitos pecuniários dos dois adicionais continuamente mencionados serão devidos a partir da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho, respeitadas as normas do artigo 11, isso é o que dispõe o artigo 196 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ocorre que o empregador deixará de fazer jus ao supracitado adicional quando cessada a atividade perigosa.

1.1. DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO DIREITO DO TRABALHADOR PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO.

Seguindo a linha da maioria das Constituições, a brasileira não difere muito das demais quanto a uma das suas funções primordiais que é a garantia de direitos das pessoas. E nessa linha de pensamento pode-se introduzir o direito do trabalho e a sua relação com a Constituição da República Federativa do Brasil, visto que esse ramo do direito será aplicado e interpretado de acordo com a fonte maior, que terá como funções precípua: prever, proteger, tutelar e garantir os direitos dos trabalhadores.

Porém, não se pode restringir como sendo somente essas as funções da fonte suprema, mas também há de se convir que ela sedimentou a importância do direito do trabalho, bem como se coloca como fonte de interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não se torna imperioso afirmar que tais direitos são garantidos tanto aos trabalhadores urbanos quanto aos rurais, isto porque o próprio artigo 7º, no seu *caput* dispõe como sendo direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os ali previstos.

Ocorre que alguns dos direitos previstos no já mencionado dispositivo se aplicam também aos trabalhadores domésticos, isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil considerou conceder a tais trabalhadores alguns dos direitos ali dispostos mediante previsão no parágrafo único do seu artigo 7º.

Porém, em 2013, com a Emenda Constitucional nº 72 foi alterada a redação de tal parágrafo único, de forma a ampliar

o rol de direitos que foram estendidos também aos trabalhadores domésticos.

Todavia, os adicionais de insalubridade e periculosidade, não obstante já terem sido abundantemente mencionados, são tidos pela Constituição da República Federativa do Brasil como sendo direito dos trabalhadores urbanos e rurais. Pode-se dizer urbanos e rurais somente, visto que estão previstos no artigo 7º, inciso XXIII da supracitada fonte normativa, contudo, em seu parágrafo único não consta tal inciso, concluindo-se, portanto, que tal direito garantido constitucionalmente não se estende também aos trabalhadores domésticos.

Dentro de uma visão constitucional o adicional de insalubridade e periculosidade em suma segue na linha de proteção da dignidade humana, no caso em questão a dignidade do trabalhador, sendo esse um dos princípios fundamentais previstos na Lei Maior.

Visa assegurar um meio ambiente de trabalho saudável e seguro. Pode-se dizer que a partir dessa premissa, acaba-se por adentrar em questões de saúde, medicina e segurança do trabalho. Notável, na medida em que os adicionais de insalubridade e periculosidade estão inseridos dentro do capítulo da Consolidação das Leis do Trabalho relativo à Segurança e Medicina do Trabalho.

No entendimento de SILVA (2005, p 286), o direito social vem em uma linha que busca igualizar situações sociais desiguais, possibilitando desta forma condições de vida mais favorável aos mais fracos.

Algo que inevitavelmente merece ser apontado a partir dessa perspectiva de proteção aos mais fracos é o quase que redundante Princípio da Proteção que busca proteger a parte mais vulnerável na relação de trabalho, na tratativa o trabalhador.

Algo que se torna relevante destacar é uma análise em conformidade de dois incisos do artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, são eles: incisos XXII e XXIII. Ocorre que, como já mencionado anteriormente a percepção dos adicionais é um direito constitucionalmente previsto, e seguindo nessa linha de defesa e proteção da segurança e saúde do trabalhador, uma das medidas que podem ser tomadas e que, por conseguinte é também um direito constitucionalmente previsto é à redução dos riscos inerentes ao trabalho através de normas de saúde, higiene e segurança.

1.2 DA APLICABILIDADE DAS CONVENÇÕES Nº 148 E 155 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

As Convenções nº 148 e 155 da OIT são ratificadas pelo Brasil, portanto, introduzidas no sistema jurídico brasileiro e muito se relacionam quando o assunto é relativo aos adicionais de insalubridade e periculosidade. Evidente essa constatação, pois tais Convenções estão entre os fundamentos utilizados pela jurisprudência na defesa da cumulação.

Portanto, a partir dessa breve análise há de se convir que tanto o fito da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como as Convenções nº 148 e 155 da OIT caminham no mesmo sentido, qual seja, de que é possível a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Sabe-se, porém, que a Convenção nº 148 da OIT, dispõe sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho. Enquanto que a Convenção nº 155 da OIT dispõe sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho.

Ambas de suma importância diante desse cenário da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, além de estipular os critérios e limites aos riscos profissionais quando o empregado estiver exposto a vários agentes nocivos.

Entrando adentro das supracitadas Convenções, é possível verificar uma série de pontos que se tornam relevantes e se inserem nesse cenário de cumulação dos adicionais. Pois, são questões e apontamentos que a partir do momento que se correlacionam e são interpretados pode-se vislumbrar a tão esperada adequação da cumulação.

A Convenção nº 155 da OIT, traz em seu artigo 4º a possibilidade de reexame e formulação de uma política nacional, quando o assunto é segurança e saúde do trabalhador, implementando de certa forma, uma melhoria na condição social do trabalhador. Já é possível vislumbrar preliminarmente a saúde e a segurança se correlacionando e traz quase que inconscientemente a ideia do adicional de insalubridade em concatenamento com o adicional de periculosidade.

Sabe-se, porém, que para que essas políticas se tornem efetivas será necessário que a autoridade ou autoridades competentes garantam a realização das tarefas previstas no artigo 11 da Convenção nº 155 da OIT.

É claramente possível atentar quando da análise correlacionada das supracitadas Convenções, que ambas estipulam como critérios e limites aos riscos profissionais à exposição simultânea a várias substâncias ou agentes nocivos à saúde ou à vida do empregado.

Isso porque a Convenção nº 148 da OIT, em seu artigo 8º, item 3, estabelece que os critérios e limites de exposição devam levar em conta qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.

Enquanto que a Convenção nº 155 da OIT, em seu artigo 11, “b”, pondera sobre que deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrente da exploração simultânea a diversas substâncias ou agentes.

Nada mais adequado de que o trabalhador que esteve submetido a diversos agentes ou substâncias nocivas simultaneamente, que caracterize prejuízo tanto a sua saúde como a sua segurança, receba o adicional de insalubridade bem como o de periculosidade.

Torna-se, portanto, quase que imperioso que apesar da existência de diversas normas no ordenamento jurídico pátrio, podendo-se mencionar apenas a título de referência as constantes na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como as que se encontram presentes na Consolidação das Leis do Trabalho. Não poderá de forma alguma desconsiderar aquelas contidas nas Convenções nº 148 e 155 da OIT.

1.3 A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE COMO SOLUÇÃO À DEFESA DOS DIREITOS À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR.

Quando se inicia uma análise acerca da possibilidade ou não da cumulação dos adicionais, são notórias as divergências e conseqüentemente controvérsias que surgem entre doutrina e jurisprudência, ou até mesmo entre jurisprudência e jurisprudência, por exemplo.

O que ocorre é que anteriormente dos novos entendimentos jurisprudenciais acerca desse tema surgirem no cenário brasileiro, o que majoritariamente prevalecia na doutrina e jurisprudência era a não cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

No entendimento de Renato Saraiva (SOUTO, 2014, p. 367), o empregado que postular por um dos dois adicionais supracitados na Justiça do Trabalho deverá abrir mão do outro e vice e versa, dessa forma, não poderá receber os dois cumulativamente.

Dentro dessa linha da não cumulação dos adicionais quando a legislação é a ferramenta utilizada para defender tal tese, o artigo que entra em discussão é o 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho que dispõe que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que lhe seja devido. O que deixa claro, a linha de pensamento que traduz a não possibilidade da cumulação, na medida em que, quando remete a expressão poderá optar, se torna notório que deverá ser realizada uma escolha, e conseqüentemente veda a possibilidade de se ter ambos os adicionais cumulativamente.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, é possível destacar a Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, na NR 16, item 16.2.1, que dispõe o mesmo texto contido no supracitado artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nas lições de Regina Célia Buck (2015, p. 125), os aplicadores do direito quando da defesa da não possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, utilizam como justificativa de seu entendimento, que é a lei que impede a cumulação dos mesmos.

Algo que é quase que imperioso trazer nesta análise, é o que traz em seu texto a Súmula nº 76, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT do Rio Grande do Sul) que dispõe que o trabalhador deverá optar pelo adicional que lhe seja mais favorável, na medida em que o artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho é um óbice ao pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Outrossim, é inegável que a jurisprudência que antes acompanhava a doutrina em um entendimento majoritário em que

não se admitia a cumulação dos adicionais, vem dando espaço a novos “ares” na medida em que vai surgindo novos julgados que possibilitam a tão aguardada possibilidade de cumulação.

E como fundamento para tal, existem dispositivos legais, princípios, jurisprudências, algo que se pode dizer inovador, ou seja, um arcabouço de parâmetros que vem a garantir cada vez mais um avanço nesse cenário quando o assunto em questão é a cumulação.

Começando pela análise dos dispositivos legais, entra em tela a Constituição da República Federativa do Brasil em diversos artigos. Pode-se iniciar indicando o artigo 1º, incisos III e IV, o qual dispõe que o Brasil se constitui de um Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos, todos os dispostos nos seus incisos, porém foram citados dois em especial, são eles: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ou seja, na medida em que a cumulação seja admitida estará em acordo e respeito a tais direitos que são tidos como fundamentais pela Lei Maior.

Outro dispositivo constitucional que merece destaque é o artigo 7º, incisos XXII e XXIII, o primeiro inciso trata de um cenário que cuida da redução dos riscos inerentes ao trabalho, através de normas de segurança, bem como de saúde e ainda de higiene, algo que pode se analisar diante do disposto nesse dispositivo é que se o empregador buscar seguir tal preceito não causará nenhum “prejuízo” à segurança e saúde do trabalhador, e atuará até mesmo de forma preventiva, na medida em que evitando a exposição do trabalhador a situações de risco, evitará até mesmo a necessidade de ter que realizar o pagamento dos adicionais, pois o empregado não estando exposto a situações que coloquem em risco a sua segurança e saúde, não necessitará do pagamento de tais adicionais, o que ocasionará benefício tanto para o empregado como para o empregador.

Já o segundo inciso aludido acima, dispõe que são direitos dos trabalhadores o adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas desempenhadas pelo trabalhador, acaba por levar a uma interpretação de que não haverá vedação à cumulação dos adicionais, pois visto que a Constituição da República Federativa do Brasil é a Lei Maior e Suprema, não poderá nenhuma lei infraconstitucional ir contrária a ela, e por conseguinte vir a restringir ou até mesmo excluir tais adicionais que são tidos como direitos fundamentais.

Agora é possível também explorar a questão de outros dois dispositivos da Lei Maior, só que dessa vez o assunto que será investigado é o meio ambiente de trabalho, primeiramente compete mencionar a quem compete colaborar na proteção do meio ambiente estando compreendido o de trabalho, e o artigo 200, inciso VIII, dispõe que tal atribuição compete ao Sistema Único de Saúde.

O artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e cabe ao Poder Público e a toda a sociedade o dever de defendê-la e preservá-la para as presentes e futuras gerações. A partir do que dispõe o aludido artigo, sabe-se que como o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, é necessário que os trabalhadores tenham um meio ambiente de trabalho em situações condignas para que possam exercer suas funções.

Porém, quando o meio ambiente de trabalho não oferece condições favoráveis à saúde e segurança do trabalhador, esse passará a ser considerado insalubre e perigoso, ocasionando, portanto, o direito aos trabalhadores ao recebimento dos adicionais.

Percebe-se claramente que o artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil prevalecendo o que estiver previsto na Lei Maior.

Outro argumento de relevância utilizado para defesa da cumulação é que as Convenções n° 148 e 155 da OIT já elucidadas, segundo a jurisprudência possuem status de norma materialmente constitucional, ou, ao menos, supralegal, como decidiu o STF. Dessa forma deverão prevalecer sobre o artigo 193, § 2° da Consolidação das Leis do Trabalho que era um dos argumentos utilizados para a não cumulação. Desta forma, prevalecendo o disposto nas Convenções, haverá a possibilidade de cumulação dos adicionais.

Quando se inicia uma análise acerca das jurisprudências que versem a respeito da possibilidade de cumulação dos adicionais, uma das observações a serem feitas gira em torno da causa de pedir.

Para elucidar o que foi dito acima, há de se fazer uma análise: se no caso houver o pedido de cumulação decorrente de uma única causa de pedir, não será admitida a cumulação. Porém, se o pedido de cumulação estiver apoiado em diversas causas de pedir será admitida a cumulação. Essa é tida como uma ideal análise acerca da decisão do TST.

Dessa forma, de acordo com o previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como previsto nas normas supraleais, ou seja, as Convenções n° 148 e 155 da OIT, acrescentando ainda os entendimentos jurisprudenciais favoráveis à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, será plenamente cabível a cumulação dos mesmos.

Dessa forma, o que ocorre é que muitas vezes os trabalhadores estão expostos a certas condições e agentes nocivos, que atingem não só sua saúde, como sua segurança e até mesmo o bem mais precioso que é a vida, e, portanto, não há como pagar apenas um dos adicionais, ou como uma parte da doutrina sustenta, que o trabalhador deverá escolher aquele adicional que lhe seja mais favorável. Deverá ocorrer o paga-

mento de ambos, pois são fatos geradores diversos, são bens tutelados totalmente diferentes.

A maior preocupação não é a questão remuneratória, de receber mais ou de receber menos, mas o que se trata aqui é do respeito aos direitos dos trabalhadores, protegendo sua saúde, segurança e principalmente sua vida.

CONCLUSÃO.

O presente trabalho teve por finalidade demonstrar os argumentos favoráveis e contrários à cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Analisando desde os posicionamentos doutrinários, até os jurisprudenciais, bem como, o que dispõe o disciplinamento constitucional, legal e supralegal.

No decorrer das pesquisas percebe-se que o principal argumento contrário à cumulação dos supracitados adicionais é o artigo 193, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe expressamente que o empregado deverá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido, demonstrando claramente a intenção de vedar a cumulação. Porém, quando se analisam os argumentos favoráveis à cumulação têm-se não só um argumento principal, mas ao menos três, quais sejam: a existência de fatos geradores diferentes, a Constituição da República Federativa do Brasil e as Convenções nº 148 e 155 da OIT.

Pensando-se os diversos argumentos entre cumular ou não os adicionais de insalubridade e de periculosidade, defende-se o argumento favorável à cumulação, visto que, dessa forma, estará havendo a proteção e efetivação dos direitos dos trabalhadores, possibilitando que o mesmo receba efetivamente o que lhe é devido e positivado em lei.

REFERÊNCIAS.

ALVES, Getúlio Zenit. **Guia trabalhista**. São Paulo: Tradebook, 2011.

ANDRADE, Kamylla Mendes de; COSTA, Erivelton Santana. Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Disponível em: < http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/dd039d923dad3e4cff5a-324055337fda.pdf > . Acesso em: 07 maio 2017.

ARARIPE, Lucas Andrade. A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16059 > . Acesso em: 05 mar 2017.

BRASIL. Vade Mecum OAB e Concursos / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. ver., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**. Disponível em: < http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/tereza_aparecida_gemignani_e_daniel_gemignani.pdf > . Acesso em: 07 maio 2017.

MACHADO, Caren Silva; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade como corolário do direito humano fun-**

damental a um meio ambiente de trabalho digno.

Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8513351ff7f10b0f> > . Acesso em: 07 maio 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Luã Lincoln Leandro. **A admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9891&revista_caderno=25 > . Acesso em: 08 maio 2017.

QUINTANA, Elizângela Gomes; AQUILINO, Leonardo Navarro. **As novas perspectivas dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 20, n. 2, dez. 2016. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/100006/2016_quintana_elizangela_novas_perspectivas.pdf?sequence=1 > . Acesso em: 05 mar 2017.

RABELO, Felipe Luiz Chagas. **A possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Disponível em: < <http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1453/TCC%20-%20A%20POSSIBILIDADE%20DO%20ACUMULO%20DOS%20ADICIONAIS%20DE%20INSALUBRIDADE%20E%20PERICULOSIDADE.pdf?sequence=1> > . Acesso em: 05 mar 2017.

RR – 1.204/2005-029-04-00.0, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 28/11/2008.

RR – 1072-72.2011.5.02.0384, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de julgamento: 24/09/2014, Data de publicação: DEJT 03/10/2014.

SANTOS, Aguida Paula dos. **Da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.** Disponível em: < <https://outlook.live.com/owa/?path=/mail/drafts> > . Acesso em: 05 mar 2017.

SARAIWA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do trabalho.** 16 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Camila Kelly de Sousa. **A (im) possível cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.** Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Camila%20Kelly%20de%20Souza%20Silva.pdf> > . Acesso em: 05 mar 2017.

SILVA, Cintia Cardoso da; MASSARIN, Denize Regina; OLIVEIRA, Felipe Araújo de; ROSA, Margareth Lopes; ESTEVES, Jorge Luis Neves. **Adicionais de insalubridade e periculosidade.** Disponível em: < <https://revistas.brazcubas.br/index.php/pesquisa/article/view/216/322> > . Acesso em: 05 mar 2017.

SILVA, Débora Caroline Pereira da; ZAPATA, Daniela Lage Mejia. **D20 10- A cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade no atual direito brasileiro.** Disponível em: < <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1107> > . Acesso em: 07 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL AO ATIVISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PASSANDO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

Orlando Faraci Pereira

Rodrigo Silva Trigueiro

1. DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL

Na Alemanha surgiu uma teoria que gerou, ao mesmo tempo, a autonomia de estudo do direito processual, além de, para alguns, inaugurar o denominado “processualismo científico”.

Tal linha teórica fora inaugurada por Oskar Von Bülow, que, em 1868, publica seu célebre livro *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, no qual concebe o processo como uma relação jurídica que progressivamente se desenvolve.

Assim, Bülow estruturou uma autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico processual, relação publicística lastreada primordialmente na figura do juiz, eis que as partes se apresentam como menores colaboradores.

Inegável que tal teoria fora passível de críticas, mormente em relação à implementação de um protagonismo judicial, que conduzirá ao solipsismo judicial e ao esvaziamento do

papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionalização do sistema jurídico.

Salienta-se que a defesa do aludido protagonismo judicial em Bülow somente se apresenta de modo indiscutível em sua obra de 1885 – Lei e função judicial.

A idéia básica desta obra é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora do Direito. A lei não logra criar logo o Direito; é somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica. Cada litígio jurídico põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação da lei. Sob o véu ilusório da mesma palavra lei oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser em média a mais justa.

Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a esta escolha, se segundo critério objetivo e, em certa medida, controlável, ou em um critério subjetivo, porventura o do seu sentido jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação teleológica da lei, como no sentido da “teoria do Direito livre”.

Constata-se, porém, da análise do texto de Bülow que ele buscava, sim, uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade, uma vez que “a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a lei somente iniciou”.

Bülow diz que: (Bülow, 2005)

“Permito-me então exprimir a esperança de que a minha presente tentativa, bem mais pretensiosa que as antecedentes, tendente a desenvolver e fundamentar completamente uma teoria da criação do di-

reito pelo juiz, não se mostre estranha aos que os outros, mesmo que silentes, também entendam como correto. A verdadeira demonstração sobre a correção do caminho empreendido dependerá, porém, do seguinte: se os juízes, aos quais o texto é, sobremaneira, destinado, encontrarão nestas páginas aquilo que satisfaz plenamente e anime a sua vocação!”

Informa, assim, que suas reflexões:

“exprimem a sua convicção e isto é que, ao lado do direito criado pela lei, devemos admitir a existência de um verdadeiro e próprio direito de origem judicial, que não coincide com o direito consuetudinário e nem deste deriva.”

Afirma Bülow que o direito é um fato da experiência, o que garantiria ao juiz uma atuação guiada por um sentimento jurídico pulsante no povo. Desse modo: (Bülow, 2005)

“qual seja o justo, não é a lei a dizê-lo. É ao juiz que é entregue a atribuição de colocar em evidência uma íntima unidade naquela multiplicidade, vale dizer, de escolher a disposição normativa que a ele pareça medianamente a mais justa. E porquanto recorra com formalismo e método também aos usuais expedientes hermenêuticos, não por isto encontrará uma disposição de lei que a acolha, que lhe coloque limites jurídicos a sua escolha. Qualquer resultado ao qual ele chegue estará sendo autorizado antecipadamente pelo Estado como justo, revestido da força da coisa julgada. O Poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, até contradizendo signi-

ficados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador. Esta é consequência das múltiplas dificuldades que se podem opor à precisa compreensão da palavra lei.”

O juiz, para Bülow, é um porta-voz avançado do sentimento do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo *contra legem*: (Bülow, 2003)

“O fato bastante freqüente que à sentença dos juízes contradigam o sentido e a vontade da lei deve ser suportado com boa vontade: destino inevitável, tributo que os legisladores e juízes prestam à debilidade do poder de expressão e comunicação humanas. Mas nem esta última reflexão, nem qualquer artifício jurídico podem nos fazer desviar da verdade que se apresenta diante dos olhos: todas as múltiplas divergências das sentenças judiciárias acerca das normas postas pelo legislador são, todavia, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las e, até, muni-las do selo da coisa julgada. Também a decisão contrária a norma posta é então juridicamente vinculante. Como cada decisão do juiz é uma norma que emana do Estado, é por ele aprovada, provida do seu poder coercitivo. Com esta afirmação, não se quer dizer outra coisa diversa: que o Estado autoriza o juiz a realizar determinações jurídicas não contidas no direito posto pelo legislador, mas sim por ele buscada, em um certo sentido inventada, determinação que a lei não escolheu e muito menos desejou!”

Percebe-se, assim, uma proposta que busca o aprimoramento do sistema jurídico mediante a boa escolha de juízes e seu decorrente ativismo judicial.

A defesa “atual” de que para uma melhora do sistema jurídico deve haver a procura de uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica) tão-somente dos juízes, e não de todos os sujeitos processuais, parte do equívoco do protagonismo judicial que impede a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que imporia uma comparticipação e um esforço da importância e do papel de todos que se apresentam no processo.

Aquela época, o pensamento que conduzia ao protagonismo judicial poderia ser mesmo defensável, eis que os juristas lutavam contra a aplicação liberal do direito (liberalismo jurídico) que impunha a prevalência dos interesses privados em detrimento dos sociais.

No entanto, a defesa pura e simples do protagonismo judicial como chave e solução de boa parte das mazelas do sistema, após a evolução da Ciência Jurídica ocorrida no último século, parece, na atualidade, no mínimo, ingênua.

Percebe-se, claramente, como pensamento da processualística atual, parcialmente, delinea o papel do processo como instrumento e legitimador da atividade dos juízes.

Bülow propõe que a relação jurídica processual se prestaria exatamente a que as mentes brilhantes e sensíveis dos magistrados pudessem criar, casuisticamente, um direito adaptado aos anseios da nação alemã – o que, por óbvio, nos remete ao entretecimento da missão do juiz com uma certa realidade social.

O processo, assim, deveria servir para legitimar as pré-compreensões privilegiadas do juiz.

Implementava-se no discurso processual a quebra completa do ideal de monopólio das partes e advogados no processo civil e do liberalismo processual, ao partir do pressuposto publicístico de ativismo e protagonismo judicial, discurso esse reforçado pela consolidação do Estado Social nos países europeus, pelo

aumento da importância do Poder Judiciário, especialmente com a criação de Tribunais Constitucionais.

Tais tendências de socialização do processo representavam um movimento crítico contra as degenerações do sistema processual liberal, que permitiam à parte assistida por um advogado mais hábil a vitória no “duelo judiciário”, em que o processo se transformara.

Como salienta Picardi: (Picardi, 2004)

“É notório que, com a passagem do Estado Liberal clássico ao Estado Social de direito, as atribuições do legislador e os aparatos administrativos foram multiplicados. Mas o aumento destes aparatos determinou um incremento dos poderes do juiz. O fenómeno resulta acelerado, sobretudo pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade de outros.

A característica da chamada “inflação legislativa” não consiste somente na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei.

Um aumento do número de regras comporta, então, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinação: mais regras existindo, maiores serão as possibilidades de antinomia, de contradições internas do ordenamento. Além disso, a aceleração progressiva do *ius superveniens* termina por transferir à jurisprudência atribuições consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo à mesma organização das fontes do direito”

2. DA POSTURA PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

A ciência jurídica fora objeto de intensas mudanças no decorrer da evolução da humanidade. Antes pautada no direito natural, evoluiu ao positivismo jurídico até desaguar no atual neoconstitucionalismo.

Direcionado para a efetivação dos direitos fundamentais do homem, o neoconstitucionalismo tem por escopo reduzir as desigualdades sociais e tutelar a dignidade humana. Para tanto, abre espaço a uma atuação jurisdicional focada, primordialmente, em assegurar a proteção dos direitos do homem nas relações sociais.

Nesta visão, surge a postura proativa do Poder Judiciário em interpretar a Constituição Federal de forma a efetivar os direitos fundamentais, podendo, por vezes, adentrar em outra esfera do Poder Estatal. Aparece, então, o cenário propício ao desenvolvimento do ativismo judiciário em assuntos cujos verdadeiros legitimados encontram-se inertes.

As omissões legislativas e executivas, aliadas à nova postura do Judiciário em dar efetividade aos direitos fundamentais proporcionaram um novo contexto para o órgão julgante, elevando, consideravelmente, sua importância perante a sociedade brasileira.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Ultrapassada a fase do positivismo jurídico com a evolução da idéia de força normativa da Constituição e de tê-la como centro do ordenamento para dar concreta aplicação aos direitos fundamentais, o magistrado se desvincula da figura de mero aplicador da lei e passa a buscar o ideal da justiça, podendo ir além do direito posto, mas sem desprezá-lo.

Quando dar-se início à fase da constitucionalização do Direito, surge o cenário ideal para concretização dos direitos fundamentais, alicerçados na dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e princípio mor de todos os direitos fundamentais.

De acordo com Sarlet (2012, p. 98): “[...] o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

A centralização da Constituição perante o ordenamento jurídico representa o ingresso de diversos temas em sua esfera de atuação. Instigado pelo princípio da dignidade humana e pelo descrédito do legislador ordinário, o constituinte abarcou uma diversidade de assuntos anteriormente afastados do campo constitucional, com o objetivo primordial de fortalecê-los.

No Brasil, o processo de redemocratização e a Constituição de 1988 foram os responsáveis pela alteração do status de simples carta política para lei das leis. Nesse momento, a Constituição exerce papel central, de supremacia em relação a todos os Poderes, bem com aos particulares, sendo obrigatória sua observância por todos.

O objetivo primordial é obter a máxima eficácia Constitucional, é eliminar o caráter exclusivamente retórico para conseguir sua concreta aplicação. Dessa forma, a aplicação dos direitos fundamentais deve permear todas as relações, seja pública, com a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou privada, através da eficácia horizontal.

Assim, demonstrando a preocupação constitucional na efetivação dos direitos fundamentais, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse aspecto, tem-se que pela primeira vez uma Constituição pátria

tratou com a merecida relevância a seara dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p.63).

Aos poderes Legislativo e Executivo competem designar as diretrizes a serem seguidas a fim de assegurar a concreta aplicação dos direitos mínimos do homem, sendo os responsáveis por definir as políticas públicas e destinar verbas para sua implementação. Nesse contexto, evidente é a necessidade da escolha responsável para definir o orçamento público, além da observância dos princípios da moralidade e da eficiência.

A Constituição da República traça limitações à discricionariedade dos gestores, bem como determina seus deveres de atuação. Assim, o Legislativo e o Executivo devem promover a criação de leis suficientes para atingir o fim almejado pela Constituição, bem como definir e por em prática as políticas públicas aptas a proteger os direitos fundamentais.

Em contrapartida, cabe ao Judiciário, poder dotado de maior neutralidade política, devido à ausência de eleições para ingresso em sua carreira, assegurar a supremacia da Constituição. Para tanto, ao magistrado compete realizar o controle de constitucionalidade, invalidar ato legislativo, suprimir omissão legislativa ou executiva e dar máxima efetividade aos direitos fundamentais do indivíduo, seja ou não, integrante da maioria.

Desta feita, tem-se que, nas Constituições do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais possuem natureza contramajoritária, ou seja, não estão submetidos à vontade da maioria eleita pela população. Assim, embora eleitos, os políticos não têm o condão de restringi-los ou aboli-los, devem, ao contrário, assegurá-los e garanti-los, tendo em vista a necessidade de tutela da dignidade de toda pessoa humana no regime democrático, não obstante eventualmente não coadune da mesma cultura ou pensamento político.

A atuação da Assembléia Constituinte de 1988 representou, de fato, mudança no panorama jurídico, político, social, cultural e econômico do País, pois tornou a Constituição o centro do ordenamento, estabeleceu um extenso rol de direitos fundamentais e colocou o cerne das discussões na pessoa humana, seja nas relações públicas ou privadas.

4. O PODER JUDICIÁRIO E A NOVA ORDEM NEOCONSTITUCIONALISTA

Vale trazer à baila que o caráter exclusivamente programático das Constituições anteriores a 1988 tornou o Judiciário, de certa forma, inerte, dependente dos demais poderes, pois a lei tinha uma carga vinculativa maior que a Constituição e, portanto, a justiça estava sujeita aos ideais dos políticos eleitos no processo eleitoral. Com a implementação da idéia neoconstitucionalista no Brasil, o Poder Judiciário foi o maior alvo de suas mudanças, tornando-se, definitivamente, independente dos demais poderes e vinculando-se apenas à Constituição.

Neste diapasão, o cenário brasileiro anterior ao processo de redemocratização e à promulgação da Carta Constitucional de 1988 refletia a natureza exclusivamente política das Constituições e a consequente superioridade dos Poderes Legislativo e Executivo sobre o Judiciário.

As Constituições que até então existiam representavam a idéia do constituinte de consagrar inúmeros direitos, no entanto, estavam muito distantes da realidade, pois não vinculavam os seus subordinados e dependiam da discricionariedade do executivo e legislativo para serem postas em prática.

O fortalecimento do Poder Judiciário proporcionou considerável transformação em sua esfera de atuação, tendo em vista que, com a força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e a aspiração por justiça, surgiram de-

mandas que tinham por escopo a implementação de políticas públicas, em razão da inércia dos demais poderes estatais em voltar-se para concretização dos direitos mínimos. Destarte, a magistratura acabou por possuir um inegável papel político no desempenho de suas funções nunca dantes presenciado.

Assim, “os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política” (BARROSO, 2005, p. 46).

A necessidade de garantir a supremacia da Constituição e a defesa dos direitos fundamentais, cuja tarefa pertence ao Judiciário, tem-se presenciado a judicialização das políticas públicas, com o fito de por em prática os fins da República Federativa do Brasil, estabelecidos pelo constituinte. A inércia dos verdadeiros legitimados e o anseio da população em ver seus direitos tutelados, têm proporcionado esse novo cenário até então inédito.

A nova conduta do Poder Judiciário faz surgir o magistrado proativo, responsável pela tutela dos valores constitucionais e sua efetivação, proporcionando, em consequência, intensa discussão acerca de sua legitimidade para intervir no planejamento político.

O certo é que a intervenção do Poder Judiciário nas esferas de atuação do Executivo e Legislativo, determinando a implementação de políticas públicas, por exemplo, apenas deve ocorrer de maneira excepcional. A omissão dos respectivos titulares seria o contexto autorizador para a atuação judicial, de forma a não caracterizar violação ao princípio da separação dos poderes.

A ambição pela efetivação de seus direitos mínimos, aliada ao novo contexto de proximidade entre moral e direito, faz, por vezes, com que os indivíduos busquem a consagração de suas pretensões via judicial. Contudo, o magistrado, para efetivar os direitos fundamentais positivados, deve observar a autonomia e a independência dos demais poderes, bem como evitar decisões

que, na prática, onerem o Estado a ponto de se tornarem inviáveis. A “reserva do possível” deve, assim, ser analisada, entretanto, para Sarlet (2012, p. 361), “não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais”.

A arguição acerca de interesses dotados de intenso caráter valorativo e moral proporciona uma atuação do Judiciário. São matérias que, por envolverem os direitos fundamentais do indivíduo, autorizam sua análise pela Suprema Corte, ante a necessidade de garantir a supremacia da Constituição, não obstante o argumento contrário de que o Judiciário estaria usurpando a competência dos poderes legiferantes.

A Constituição Federal assegura como cláusula pétrea, em seu artigo 60, § 4º, inciso III, a Separação dos Poderes. Neste ponto, o Poder do Estado, que é uno, tem suas funções repartidas nas esferas do Judiciário, Legislativo e Executivo, tendo suas respectivas competências previstas na Carta Magna, dando margem ao sistema de freios e contrapesos.

Salienta-se, contudo, que compete ao magistrado oferecer uma interpretação sistêmica do ordenamento e garantir a inafastabilidade da jurisdição, no entanto, por vezes, ante o vácuo legislativo em assuntos relacionados a direitos fundamentais, tem-se uma atuação tida como legiferante por via judicial, sendo deveras questionada sua legitimidade. No entanto, em que pese o argumento de que o mesmo estaria adentrando na competência de outros órgãos, o procedimento do Judiciário tem por fundamento a própria Constituição, pois a ele compete dar máxima efetividade aos preceitos constitucionais. Inegável, porém, é o fato de que a conduta do Supremo Tribunal Federal tem suprido, por diversas vezes, a omissão legislativa e executiva na aplicação de políticas públicas e garantido segurança jurídica aos indivíduos.

A postura proativa do Judiciário de assegurar os preceitos constitucionais é, assim, conseqüência do contexto político e

social que vivemos. A inércia dos legitimados pelo povo em promover e implantar as políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais, assim como a sede da população em ver seus direitos assegurados instigam a atuação do magistrado. Não obstante esse ativismo judicial causar furor por diversos campos do direito, o certo é que, no contexto atual, tem-se por essencial, uma vez que proporciona a implementação de políticas públicas e garante segurança jurídica à população, impedindo a violação dos direitos fundamentais decorrentes da inoperância da Administração Pública.

5. O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

De certo que o ativismo judiciário está presente em todos os ramos do direito. No direito do trabalho, em especial, existem diversos exemplos da postura proativa do magistrado. São casos como o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos civis, a terceirização de serviços e a presunção de discriminatória a dispensa de empregado portador de doença grave.

Em especial, o direito de greve dos servidores públicos civis, constitucionalmente assegurado, conforme artigo 37, VII, da Carta Magna, estampa o direito fundamental ao movimento paredista do servidor público civil estaria subordinado à edição de legislação específica, consoante previu a Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998.

Sendo referido dispositivo norma de eficácia limitada, a ser exercido apenas quando houvesse a edição da mencionada legislação, a Suprema Corte justificava a impossibilidade de exercício do direito de greve ao servidor público devido à omissão legislativa. No entanto, por ser um direito fundamental constitucionalmente amparado e em razão da deflagração de inúmeros movimentos paredistas, o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a rever seu posicionamento.

Fundamentado na profunda omissão do Poder Legislativo em editar legislação específica e ante a necessidade de assegurar o direito constitucional à greve, a Corte Superior alterou seu posicionamento. Para tanto, ficou estabelecida a aplicação da lei de greve referente à iniciativa privada no âmbito do serviço público, até que a correspondente lei específica fosse editada.

Na esfera do TST, a conduta do magistrado segue o mesmo caminho. Tendo por escopo a concretização dos fins constitucionais, o Judiciário trabalhista adotou a ideologia do STF e vem produzindo, assim, a figura do magistrado ativo, com amplos poderes para interpretar a lei conforme o caso concreto, em que pese, por vezes, seja voltada não para o Estado, mas para as relações privadas.

A presunção como discriminatória da dispensa de empregado portador de doença grave prevista na Súmula nº 443, do TST, é um dos exemplos do ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Nesse ínterim, o verbete sumular presumiu discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, competindo ao empregador demonstrar causa plausível à dispensa para assim não ser considerada.

Neste ínterim, o Tribunal Superior do Trabalho desempenhou, então, uma postura ativista, criando uma nova forma de estabilidade no emprego com base em princípios constitucionais. Para tanto, a Corte trabalhista fundamentou sua decisão nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da isonomia, bem como utilizou as Convenções nº 111 e 117 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1988, cujo objetivo seria eliminar a discriminação na seara empregatícia.

Na mesma linha ativista está a regulamentação da terceirização de serviços pelo Tribunal Superior do Trabalho que, por demandar uma análise mais detalhada para o presente trabalho, será estudada com maior profundidade no capítulo seguinte. Com o intuito de reduzir o engajamento da consciência coletiva e de reduzir os custos de produção, tornou-se corriqueira a terceirização de diversos serviços. As empresas, voltadas para o lucro e com a intenção de minar o sentimento coletivo obreiro, optaram por reduzir os gastos de pessoal e resolveram propagar o serviço terceirizado, onde a instituição beneficiária final não se responsabiliza por todo o ciclo produtivo, havendo a descentralização das atividades para outrem.

Desta forma, diante da inexistência de previsão legal a respeito da matéria e por trazer, no dizer de Delgado (2012, p.435) “graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história”, o TST sentiu-se no dever de regulamentá-la de forma a não vulgarizar tal atividade. Diante desse cenário de expansão da terceirização, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião de seus julgamentos, editou a súmula 331.

Incumbido de efetivar as normas jurídicas constitucionais e melhorar as condições de trabalho obreiras, o Tribunal regulou a matéria tendo em vista a eminente violação de direitos como dignidade da pessoa humana, valorização social do trabalho e proteção à consciência coletiva dos trabalhadores.

Estes têm sido os exemplos mais marcantes de ativismo judicial na esfera laboral e têm provocado intenso debate na doutrina nacional acerca de sua legitimidade.

De se frisar que, embora próximo, o ativismo diverge da idéia de judicialização da política. Enquanto aquele revela uma postura ativa do magistrado ao ampliar o sentido e o alcance das nor-

mas constitucionais, este diz respeito à provocação do Judiciário a decidir questões de considerável repercussão social e política.

Ressalta-se que o ativismo atualmente exercido decorre, em especial, da falta de uma boa política no País, resultante de sua arcaica estrutura. É necessário, primordialmente, efetivar a tão prometida reforma política a fim de que possamos acreditar nos poderes eletivos e em seus candidatos eleitos, uma vez que, no dizer de Barroso (2008, p.10), “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual ativismo judicial, advindo da implantação do positivismo, com a superação do naturalismo e o advento do neoconstitucionalismo se explica, em muito, por crises enfrentadas pelos demais Poderes – Legislativo e Executivo.

Neste cenário enxergamos um paralelo com o socialismo processual de Bülow, que buscava uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes. Percebe-se que as teorias desenvolvidas por Bülow se coincidiam com a superação do individualismo e surgimento das máximas advindas da revolução francesa.

Nesta perspectiva percebemos que, historicamente, não existe um hiato de poder pois, quando este se apresenta, surge o fortalecimento de um dos Poderes, aqui trazido a baila o Judiciário, seja através do solipcismo defendido por Bülow, seja pelo Ativismo vivenciado atualmente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, Síntese, v. 34, p. 6-16, mar./abr. 2005.

- BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. Jun 2012. Acesso em 27 de maio de 2017.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. In: Revista Ltr, vol. 74, nº 3. São Paulo: Ltr, mar./2010, p. 360-370.
- BÜLOW, Oskar. Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais. Campinas: LZN, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. Jun. 2009. Acesso em 27 de maio de 2017.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Jan 2009. Acesso 27 de maio de 2017.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Índice de Súmulas do TST. Acesso em 27 de maio de 2017.

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O PRECEITO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO

Paulo Roberto Mostaro Reis

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito, em sua plena e efetiva vigência, pressupõe, entre outros valores, o princípio da segurança jurídica, de que deflui, inelutavelmente, a desejável estabilidade das relações jurídicas.

Neste contexto, mister se faz que o Estado-Juiz, ao exarar seus provimentos, proceda de forma clara, fundamentada, no sentido de manifestar, de maneira indúbia, as razões sobre o que se fundam os seus decisórios. O Judiciário, em atuando, poder estatal que detém o monopólio da jurisdição, deve prolatar suas decisões de forma motivada. Trata-se, com efeito, de um dever (e uma garantia, do ponto de visão do jurisdicionado), e o Novo CPC acerta em açambarcar a questão. Andou bem, igualmente, o Tribunal Superior do Trabalho ao entender pela aplicabilidade das disposições insertas no novo digesto instrumental civil, no que pertine à motivação das decisões, também ao processo do trabalho.

Afora a questão da relevância, cumpre fazer, neste estudo, ao menos o registro da existência de certa dissensão doutrinária, de ordem conceitual. Enquanto alguns autores preferem distinguir motivação de fundamentação das decisões judiciais, outros entendem por bem tomar as duas expressões como sinônimas, ou mesmo sucedâneas, ou, ainda, ambivalentes. Maiores considerações sobre este particular serão tecidas em momento oportuno.

Prosseguindo, o trabalho chegará a examinar o tratamento dado à matéria pelo Novo CPC, em seu art. 489, assim como as repercussões no processo do trabalho, que recebe as disposições processuais civis de forma evidente, a teor do art. 3º, inciso IX, da Instrução Normativa 39/2016 – TST, e, mais que isso, toma-as para si na dimensão que lhes é atribuída pela nova ordem processual civil.

Neste trabalho, o que se busca é analisar o dever de motivação das decisões judiciais no corpo do Novo CPC, assim como afirmar a aplicabilidade das disposições processuais civis atinentes à questão ao processo trabalhista.

1. BREVE HISTÓRICO

A partir da compreensão do dever de motivação das decisões judiciais enquanto garantia do Estado de Direito, e, por consectário lógico, instrumento de promoção da segurança jurídica e consequência natural de um devido processo legal, a regra em apreço também se nos afigura como importante meio de legitimação controle da atividade jurisdicional.

O dever em tela, todavia, no que diz do direito comparado, não recebe o mesmo tratamento em todos os ordenamentos. A eminente Teresa Arruda Alvim traz informações de relevo sobre a questão:

É conhecida a disposição legal do direito italiano em que se proíbe o juiz de citar doutrina (art. 18, par 3, do CPC italiano). Bem como a prática do direito francês, de resolver os casos concretos em poucas palavras e sob a forma de um silogismo, como se o único elemento levado em conta pelo juiz para decidir fosse a literalidade do texto legal. Na Alemanha, todavia, a situação é diferente. Há recursos que têm como pressuposto de admissibilidade a perspectiva de que a decisão do tribunal a respeito da questão levantada pelo recorrente contribua para o desenvolvimento do direito. (WAMBIER, 2016, p. 206).

No Brasil, houve tempo em que se observava verdadeira desvinculação do juiz em relação ao dever de motivar suas decisões, ainda no final do século XVII. O primeiro marco de incidência dessa obrigação remonta ao ano de 1810, com a edição da Lei de Organização Judiciária francesa.

Partindo, então, da França, os demais estados ocidentais passaram a incluir, gradativamente, o dever de motivação em seus ordenamentos, sendo certo que quase todos já o adotavam em seus sistemas legais quando do século XIX.

A inserção da necessidade de motivação das decisões judiciais nas ordens jurídicas chegou a tal ponto que o passo seguinte não tardou a ocorrer: a atribuição, ao predito dever, da dimensão de norma constitucional, consoante preleciona Gunther:

[...] o grande avanço, a partir daí, foi a elevação do princípio da motivação à dignidade de preceito constitucional em diversos países, como a constituição italiana de 1948, a belga, de 1831, as gregas, de 1852 e 1968, e as de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México e Peru.” (GUNTHER, 2016, p. 132).

No Brasil, o dever de motivação aparece, de início, nas Ordenações Filipinas, que, impostas por Portugal, dispunham, em seu Livro II, Título LXVI, § 7º, “[...] as causas em que se fundaram a condenar, ou a absolver, ou a confirmar, ou revogar [...]”. (GILISEN, 1977, p. 48); tais causas deveriam ser declaradas nas sentenças definitivas, ou em apelação, agravo ou revista.

Posteriormente, após manter posição firme em nossa ordem jurídica por longo período, o dever em projeção finalmente alcançou seu lugar na Lei Maior, passando a constar do texto da Constituição Cidadã de 1988, mais precisamente de seu art. 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões [...]”.

2. FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO

Conforme mencionado ainda no introito do presente estudo, cumpre registrar, por aqui, a existência de certa celeuma doutrinária atinente à necessidade, ou não, ou à conveniência, ou não, de se proceder à distinção entre o que seria fundamentação das decisões judiciais e o que viria a ser motivação.

A relevância de tal diferenciação, de um ponto de observação mais pragmático, não se mostra apta a justificar exame mais detido sobre o ponto em tela, todavia não se pode ignorar que, tecnicamente, talvez a contenda encontre maior importância, diante da impositiva precisão terminológica que contribui para a manutenção do direito (sobretudo o processual) no quadro das ciências.

Passando, então, a uma sucinta análise acerca da possível distinção entre os termos sob comento, de se sublinhar que o que se sustenta é que a motivação seria ato lógico do juiz, de natureza endoprocessual, abrangendo a persuasão racional; seria, com efeito, garantia das partes e do processo, por meio de que linguagem técnica, com destaque para as formalida-

des processuais (*ratio decidendi*). Já a fundamentação seria princípio constitucional, no plano das garantias fundamentais, a fim de proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados em face do Estado, de um lado, e à própria sociedade e ao ordenamento jurídico de outro. (SOUZA, 2006).

Noutro quadrante, há posição no sentido de que motivação e fundamentação seriam termos equivalentes, ou sucedâneos, ou mesmo ambivalentes. Nesse sentido, a expressão motivação seria a mais adequada por duas razões, uma de ordem prática e outra de feitiço teórico. A primeira consiste no fato de que o termo motivação coaduna-se com a terminologia empregada nos países de língua italiana (*motivazione*), francesa (*motivation*) e espanhola (*motivación*). Nos países de língua inglesa, embora normalmente refiram-se a *reasoned judgments* ou *giving reasons*, também se usa, eventualmente, *motivation*. A segunda razão, teórica, diz do fato de que o termo fundamentação parece transmitir a ideia de que motivar uma decisão é tão só indicar os seus fundamentos, as razões que a suportam, enquanto motivar, propriamente, seria tarefa mais complexa, mais profunda, a saber, em detrimento da opção legislativa pela expressão fundamental, motivar seria mais do que afirmar ser uma decisão boa, *i.e.*, seria dizer que aquela era a única decisão que poderia ser tomada no processo (seria a melhor decisão que poderia ter sido tomada diante de todos os elementos postos ao exame do julgador). (LUCCA, 2016).

Com efeito, a segunda posição parece mais apropriada, adequando-se de forma mais natural à essência do instituto em projeção, à sua natureza jurídica de dever; a posição que advoga a necessidade de distinção, no entanto, mostra-se também plenamente defensável, ao tomar a fundamentação como princípio constitucional, garantia.

3. MOTIVAÇÃO NO NOVO CPC

O novo *codex* não trouxe absoluta inovação ao tratar patentemente do tema sob comento. Com efeito, o CPC de 1973 já previa a necessidade de fundamentação das decisões. O teor do art. 489, do NCPC, é quase que a reprodução *verbo ad verbum* do texto do art. 458, do CPC anterior. Entretanto, o § 1º do art. 489 traz alteração (ou inovação) substancial no atinente à motivação.

O novo diploma traz, de forma cabal, o que se entende por decisão não fundamentada, partindo da definição contrária para estabelecer, por consectário lógico, o que seria correto. Assim é que, *quod dixit lex*:

Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem

demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De se destacar que o novo dispositivo estende seus efeitos para, além de abarcar a sentença, atingir qualquer manifestação judicial de índole decisória.

Além disso, é nesta fundamentação que se manifesta, de forma mais aguda, no tocante ao julgador, o princípio do contraditório; o juiz, ao arrostar todas as questões que lhe são levadas à apreciação, examinando-se de forma detida, minudente, e, afinal, expendendo seu *decisum*, dá efetiva concretude ao contraditório, senão vejamos:

O momento adequado para o juiz demonstrar que participou do contraditório é a fundamentação da decisão. As partes têm de ver consideradas as suas alegações, ainda que não sejam acolhidas, se se tratar de alegações que poderiam ter levado a uma decisão diferente daquela que foi proferida. (WAMBIER, 2016, p. 211).

Vale lembrar que os elementos que devem, por imposição do antedito comando normativo, estar presentes em qualquer decisão judicial não chegam a engessar a atuação do julgador, em termos de persuasão racional; permanece o juiz livre para apreciar e valorar a prova, desde que motivadamente.

A proveitosa previsão legal de *standards* mínimos de motivação no Novo CPC não afeta o juiz na valoração da prova; autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no NCPC quanto no diploma que o antecedeu. A regra do art. 489, § 1º, trata do segundo elemento (motivação), e não do primeiro (livre valoração da prova).

4 APLICABILIDADE DO PRECEITO NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

O Novo CPC trouxe, em seu art. 15, previsão de aplicação de suas regras aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, supletiva e subsidiariamente. De Plácido e Silva (2004) define supletivo como sendo algo que se presta a completar ou reforçar aquilo que não é completo tampouco pleno. Empréstimo, o autor, portanto, ao caráter supletivo o atributo de complementaridade, vale dizer, a norma supletiva, para que assim seja havida, deve aprofundar-se, contendo substância, a fim de contribuir, doando-a à norma carente.

Neste sentido, tem-se que, em se verificando uma norma que regule determinado instituto processual de forma superficial ou lacunar, impõe-se que seja ela suplementada. Por outro lado, “essa supletividade deve ocorrer quando a norma suplente for substancialmente mais completa, e ao socorrer-se dela a jurisdição deve ter como objetivo aperfeiçoar-lhe, dando-lhe maior efetividade e justiça. (SCHIAVI, 2015, p. 1).

No tocante à aplicação subsidiária do Novo CPC ao processo do trabalho, aclara Schiavi (2015, p. 2) que “significa aplicar o CPC quando a CLT não disciplinar determinado instituto processual”.

A CLT, por seu turno, também aborda a questão, em seu art. 769, que deve ser analisado em conjunto com art. 15, do Novo CPC; não havendo incompatibilidade entre as normas supletivas (de processo civil) e o sistema de regras próprio do processo do trabalho, resta inequívoco que a integração (seja por supletividade, seja por subsidiariedade) deve ser levada a efeito.

Oportuno consignar que há, sobre a interpretação do art. 769, da CLT, duas correntes doutrinárias que se contrapõem. A primeira delas sustenta que a aplicação subsidiária das regras processuais civis só seria possível diante da chamada lacuna

normativa (ausência efetiva de disposição legal sobre determinada questão). Permitir-se a incidência de normas subsidiárias em hipótese de ocorrência de lacunas ditas axiológicas e ontológicas seria admitir surpresa ao jurisdicionado, em vulneração do devido processo legal e da segurança jurídica. Trata-se, portanto, de corrente que propugna pela aplicação restritiva do dispositivo *sub examine*, com vista a evitar-se o que seria uma civilização do processo do trabalho. “A tônica e o uso frequente do processo civil no processo do trabalho provoca a chamada civilização”. (MARQUES DE LIMA, 2010, p. 161). Por outro lado, a segunda corrente entende por bem aplicar a regra de integração em apreço de forma ampliativa, ou sistemática, considerando ser não apenas possível a aplicação da subsidiariedade diante das lacunas ontológicas e axiológicas, mas essencial, para que sejam observados “os princípios constitucionais da efetividade, da duração razoável do processo, do acesso real e efetivo do trabalhador à justiça do trabalho, bem como do caráter instrumental do processo.” (SCHIAVI, 2015, p. 6).

A segunda corrente se afigura mais razoável, e é, sem dúvida, a majoritária. Permite maior diálogo entre os processos civil e laboral, o que é a todos os títulos produtor, sobretudo por permitir ao processo do trabalho que lance mão dos avanços que defluem do Novo CPC (observada a exigência de compatibilidade), em exercício de interpretação sistemática e teleológica que em nada desnatura o direito processual do trabalho e suas especificidades.

Partindo, agora, para a questão da motivação das decisões, em análise de compatibilidade do art. 489, do Novo CPC, com as regras de processo do trabalho, não há maiores considerações a serem tecidas no tocante ao *caput* do precitado artigo, tampouco no que alude aos seus incisos I, II e III, porquanto já inscritos no corpo da CLT. Já no que diz do § 1º, daquele

dispositivo, ainda uma vez observa-se o contraste entre duas correntes de pensamento. Uma primeira corrente entende não haver omissão na CLT, com estribo no art. 832 da própria Consolidação. Os princípios da oralidade e da simplicidade, basilares na processualística laboral, obstaríam a necessidade de motivação detalhada das decisões. No dizer de Gunther (2016, p. 166), “[...]Esse tratamento estaria adequado ao sistema processual trabalhista, com base na ideia de tutela jurisdicional diferenciada e especial, voltada para amparar os direitos trabalhistas em duas premissas – oralidade e simplicidade.”

Por óbvio que tal corrente não sustenta, nem de longe, não haver a necessidade de motivação das decisões nos processos trabalhistas; o que defendem é a autonomia do processo do trabalho, que estaria infenso às influências da necessidade de motivação detalhada, nos moldes do que estatui o Novo CPC.

Por outro lado, exsurge uma segunda corrente, que acredita ser plenamente aplicável o dispositivo em tela ao processo do trabalho, com fulcro no art. 93, inciso IX, da CF/88; a justificativa seria a inexistência de norma trabalhista apta a definir o que seria motivação (fundamentação). A lacuna, normativa, sublinhe-se, é nítida, e não parece haver qualquer problema, no que concerne à oralidade e à simplicidade, em admitir-se que o Novo CPC empreste norma a fim de definir instituto que, de resto, até a entrada em vigor do novo código, só encontrava conceito na doutrina.

Sobre os §§ 2º e 3º, do art. 489, do Novo CPC, tratam tão só de, respectivamente, regra para solução de antinomias e positividade da boa-fé, dispensando análise mais profunda quando à aplicabilidade ao processo do trabalho, que é fora de dúvida.

Por fim, cabe aqui sucinto exame sobre a questão da sobre-dita Instrução Normativa nº 39/2016, editada pelo TST, que estabelece limites e formas de aplicação das normas do Novo CPC

ao processo do trabalho, e que determina e afirma, inclusive, a aplicabilidade do art. 489, do Novo CPC, ao processo trabalhista.

Trata-se de ato normativo dos mais objurgados, porquanto, ao editá-lo, estaria o TST usurpando competência do Poder Legislativo, ao delimitar e restringir o alcance do Novo CPC e, com isso, vulnerar a independência do magistrado, a quem seria vedado decidir fora dos parâmetros estabelecidos pelo aludido tribunal superior (ainda que para aplicar norma civil em atenção à subsidiariedade ou à supletividade). Sobre isso, a ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, chegou, mesmo, a aviar ação direta de inconstitucionalidade atinente à referida instrução normativa, por usurpação, pelo TST, da função legiferante.

CONCLUSÃO

O dever de motivação das decisões judiciais é fundamental à realização, à vigência de qualquer Estado que se pretenda de Direito, como o Estado brasileiro. Impositiva, nesse sentido, a proteção à liberdade e à segurança jurídica.

Nesta esteira, inconcebível a ausência de mecanismos efetivos de controle do exercício do poder, seja ele qual for, de modo que os jurisdicionados possam sentir-se seguros e vivendo em ambiente estável e ordeiro. A motivação das decisões judiciais possui relação intrínseca com o Estado de Direito, com a segurança jurídica e com o devido processo legal (e seus consectários), constituindo verdadeira garantia liberal. Daí decorre sua absoluta relevância, que a elevou à condição de garantia constitucional.

Noutro giro, sobre a correlação entre os processos civil e trabalhista, e a aplicabilidade do art. 489, do Novo CPC, àquela processualística específica, resta evidente que não há qualquer óbice à possibilidade de adoção das regras civilista pelo processo laboral.

Tal interpenetração vem, ademais, no sentido de dar efetividade aos anteditos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo, e, por óbvio, permitir que também o processo do trabalho colha para si os frutos da benfazeja atualização legislativa que representa o advento do Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Tradução de J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 286-287.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc/06042015> > . Acesso em: 25 maio 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A fundamentação da sentença no novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho**. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos do Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho**. Disponível em: < <http://mauroschiavi.com.br/wp-content/uploads/2015/08/aplicacao-supletiva-e-subsidiaria-do-CPC-ao-processo-do-trabalho-Mauro-Schiavi.pdf> > . Acesso em: 24 maio 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo cpc**. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Desvendando o novo CPC**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil: a nova regra nem é assim tão nova**. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Desvendando o novo CPC**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

A NOVA LEI DE TERCEIRIZAÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Pedro Lima Neto

Maria Clara Galacho Quaresma de Oliveira
Lima

INTRODUÇÃO

A Lei 13.429/2017 versa sobre a terceirização e o trabalho temporário. Inúmeras dúvidas e polêmicas surgiram no tocante a flexibilização para a contratação de funcionários terceirizados, a qual vem recebendo uma série de interpretações.

O escopo desse trabalho é tentar demonstrar o que de fato foi alterado, seus efeitos e reflexos nas relações de trabalho, bem como as razões que levaram os empresários acreditarem que a nova lei trará benefícios para as partes envolvidas.

Por outro lado os sindicatos dos trabalhadores defendem em tratar a reforma como supressão de direitos e descarte da Consolidação das Leis Trabalhistas.

A nova lei admite a terceirização não só da atividade-meio, mas também da atividade-fim, ou seja, por exemplo: uma escola poderá terceirizar a atividade de professor, um hospital a atividade de um enfermeiro ou médico.

Anteriormente, tão-somente era admissível a contratação de outras empresas para a execução de serviços de segurança, copa e limpeza, isto é, atividades-meio.

A lei de terceirização admitiu de maneira expressa a previsão de responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços na hipótese de a prestadora não cumprir com as obrigações trabalhista, garantindo que o trabalhador não tenha prejuízos, o que derruba por terra uma série de críticas lançadas por aqueles que se colocam contra a evolução legislativa, principalmente os sindicatos.

1. A NOVA LEI E OS PRIMEIROS IMPACTOS PROCESSUAIS

A Lei 13.429/2017 no que tange a terceirização segue uma tendência adotada por inúmeros países desenvolvidos, demonstrando inclusive tratar-se de uma necessidade mundial.

Infelizmente, o que se percebe, é que os sindicatos na verdade não estão preocupados com os direitos e garantias dos trabalhadores brasileiros, mas tão somente com a perda de parcela de seus poderes e a conseqüentemente diminuição de seus ganhos e custas dos trabalhadores.

As entidades sindicais e partidos políticos tendem a distribuir centenas de demandas perante os Tribunais Superiores e a própria Justiça do Trabalho contra a lei de terceirização, questionando a constitucionalidade da citada lei.

Foi interposta perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 324) onde a Associação Brasileira de Telesserviços (ABT), requereu seu ingresso na lide na condição de *Amicus Curiae*, sustentando que a lei acarretou o cancelamento da súmula 331, do TST, não trata mais a terceirização pelos mesmos critérios que o Tribunal.

Para a entidade, o STF deve se manifestar sobre como os tribunais devem proceder em relação aos casos já ajuizados. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o Brasil tem 1.107 processos sobrestados por causa do reconhecimento da repercussão geral de recursos que discutem a terceirização pelo Supremo. Só das empresas filiadas à ABT, diz a entidade, são 10 mil ações.

Prosseguem aqueles que afirmam ser inconstitucional a Lei nº 13.429/2017, argumentando que a terceirização é elemento importante da desconcentração do processo produtivo, o que permite o surgimento de uma infinidade de pequenas e médias empresas e o deslocamento de inúmeras atividades econômicas para regiões de economia menos desenvolvida e diversificada, como o norte e o nordeste brasileiros.

Diante disso, esperam que a Suprema Corte, em caráter de controle concentrado de constitucionalidade e com efeitos *erga omnes*, estabilize a questão sob a égide da atual Constituição, permitindo-se que as forças produtivas no Brasil sejam alocadas da maneira mais racional e sem as incertezas jurídicas que levam à instabilidade jurídica.

Ao contrário, a Associação Brasileira do Agronegócio (Abag), uma das defensoras da constitucionalidade da Lei nº 13.429/2017, com fulcro em uma visão diametralmente oposta aqueles que se colocam contrários, afirma que o Supremo Tribunal Federal deve cancelar a súmula do TST, em nome da segurança jurídica.

Argumentam que a nova lei reforça os argumentos sobre o cancelamento da Súmula 331, do TST. De acordo com a associação, o entendimento anterior do TST cria proibição não prevista em lei e estimula as cortes locais a adotar a mesma posição.

Assim sendo, em nome da segurança jurídica, sustentam o porquê da necessidade de ter que editar uma lei positiva, permitindo o que, pelo princípio da legalidade, nunca deveria ter sido proibido pelo E. TST.

Tal insegurança prejudicava a economia do país e, em consequência, a geração e manutenção dos postos de trabalho. Ou seja, ao invés de prestigiar os valores sociais do trabalho (arts. 1º, IV, e 6º, da CF), a Súmula nº 331, do TST, gerava efeitos no sentido contrário, revelando-se como um obstáculo inconstitucional à organização eficiente da atividade empresarial.

Destaque-se que, mesmo após a edição da Lei Federal nº 13.429/17, não houve o pronto cancelamento da Súmula nº 331, do TST. Assim, se a violação ao princípio da legalidade antes se verificava pelo viés negativo (não havia lei proibitiva), agora o E. TST viola a lei de forma positiva (há lei autorizadora).

Por certo, que tal fato confirma a permanência da necessidade de o Supremo Tribunal Federal proferir decisão nesta ADPF a respeito das decisões da Justiça do Trabalho e, particularmente, da Súmula nº 331 do TST.

Por fim, ainda no bojo da ADPF nº 324 a Associação Nacional de Procuradores do Trabalho (ANPT), sustenta que nada muda com a edição e entrada em vigor da nova lei. Afirmar a entidade que a lei apenas disse que terceirizadas são empresas contratadas para serviços determinados e específicos, o que não significa que tenha acabado o critério de atividade-fim e atividade-meio.

A redação da lei *“não permite antever de forma alguma que aquele novel diploma teria suplantado em definitivo a sistemática constante da Súmula nº 331, do TST”*.

Prova disso, alega, é que o relatório final da Comissão Especial da Câmara que analisa a proposta de reforma trabalhista diz que a nova lei da terceirização não ficou clara nesse ponto.

No entendimento dos procuradores, a única interpretação possível à nova lei é a de que a atividade-fim só pode ser desempenhada por funcionários da empresa ou por trabalhadores temporários, nunca por terceirizadas.

2. COMO ERA A LEGISLAÇÃO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 13.429/2017

Anteriormente a edição e entrada em vigor da Lei 13.429/2017 não existia nenhuma norma específica acerca dessa temática. O único embasamento legal no Brasil encontrava-se amparado no verbete de Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que tão-somente consagrava a possibilidade de terceirização de atividades-meio por parte da empresa tomadora de serviços.

Na prática, diuturnamente a Justiça do Trabalho era instada a julgar de acordo com o caso concreto, o que viria a ser atividades-meio e atividades-fim. Isto acarretava enorme insegurança jurídica, eis que a Súmula 331, do TST, não definia em seu texto como se dava tal diferenciação.

Aqui pede-se vênia para transcrever *ipse litteris*, o verbete de súmula n. 331, do TST:

Súmula nº 331, do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza,

bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Sob uma ótica jurídica, a terceirização ocorria quando uma empresa prestadora de serviços era contratada por uma outra empresa (tomadora dos serviços) para realizar determinados serviços. Logo, na terceirização normal ou regular a empresa prestadora de serviços era aquela responsável por empregar, dirigir e remunerar os trabalhadores contratados (Art. 2, CLT). A ausência de vínculo empregatício entre a empresa tomadora de serviços e os trabalhadores.

Disciplina o Art. 2º, CLT que: *“considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da*

atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Assim sendo, por via de consequência, uma vez que não existe vínculo empregatício entre a empresa tomadora de serviços e os trabalhadores, não incidirá nesta hipótese os requisitos de toda e qualquer relação de emprego, quais sejam: a pessoalidade, a habitualidade, a subordinação, e a onerosidade.

Emprega o Art. 3, CLT, que: *“considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.*

Ao contrário do que já foi visto até o momento, na hipótese de os requisitos da relação de emprego encontrarem-se presentes entre uma empresa tomadora de serviços e os trabalhadores, tal terceirização seria considerada irregular.

3. COMO FICOU A TERCEIRIZAÇÃO COM ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.429/2017

Assim, com a edição e entrada em vigor da Lei 13.429/2017 a terceirização de serviço de qualquer natureza por parte da empresa tomadora de serviço passa a ser legal, desde que a contratação de serviços terceirizados seja determinada e específica, bem como a empresa prestadora de serviço utilize tais trabalhadores nesses serviços terceirizados.

Caso contrário se os mesmos vierem a trabalhar em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato de prestação de serviços, a terceirização será considerada irregular.

A nova lei de terceirização além de permitir a contratação de empresas prestadoras de serviço, tanto para executarem serviços relacionados a atividade-meio quanto para a atividade-fim. Ademais, trouxe ainda duas inovações em seu regramento, quais sejam:

I) fica expressamente permitida a chamada “quarteirização” de serviços, ou seja, a empresa contratada para prestar os serviços pode subcontratar outras empresas para prestá-lo. Essa prática já é bastante comum no dia a dia das empresas, que contratam gestoras de terceiros, ou seja, empresas que são responsáveis por gerenciar todas as atividades terceirizadas da tomadora, podendo contratar, fiscalizar e cobrar as empresas subcontratadas para efetivamente prestarem os serviços; e

II) foram criadas algumas regras mínimas para que as empresas possam prestar serviços terceirizados, entre elas a necessidade de ter capital social compatível com o número de empregados, bem como foi instituída a obrigação de a empresa tomadora dos serviços garantir aos trabalhadores das empresas prestadoras de serviços as condições de segurança, higiene e salubridade.

4. DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Alusivamente a responsabilidade pelo pagamento dos trabalhadores terceirizados, a nova lei de terceirização não inovou, tendo em vista que caso a empresa prestadora de serviços não cumpra com o seu dever pelo pagamento, tal obrigação recairá sobre a empresa tomadora do serviço. Essa previsão já se fazia presente na Súmula 331, do TST, através da responsabilidade subsidiária do tomador.

A nova lei de terceirização manteve o entendimento já existente, conforme se depreende pela leitura do Art. 5º-A, § 5º, *in verbis*: “*contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específico. § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços*”.

Além da responsabilidade salarial a empresa contratante deverá garantir a segurança, a higiene e a salubridade dos trabalhadores terceirizados.

No que tange a chamada intermediação de mão-de-obra esta continua sendo ilegal, com exceção das hipóteses de trabalho temporário, uma vez que a Súmula 331, do TST, permanece em vigor nesse sentido, de acordo com o que preconiza o item I da Súmula 331, do TST *“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74)”*.

A nova legislação trouxe ainda em seu bojo uma nova regulação ao que tange o tempo de duração do contrato de trabalho temporário que passa de até três meses para até cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

5. COMO SE POSICIONAM OS DEFENSORES DA LEI 13.429/2017

Os Defensores da necessidade de uma nova regulamentação acerca da lei de terceirização utilizam precipuamente o argumento de que apesar de o Brasil contar com milhares de prestadoras de serviço que geram emprego para milhões de pessoas, não possuía uma regra isonômica que regulamentasse tal matéria, logo, existia como reflexo a ausência de direitos para os trabalhadores e a falta de segurança jurídica para as empresas.

E que por encontrarem-se os terceirizados ligados a empresas especializadas, via de regra, melhoram a produtividade, aumentam a competitividade e oferecem produtos e serviços com melhor qualidade.

Sustentam, também, que o novo regramento garante o exercício de todos os direitos trabalhistas, bem como abrange

todos os seus benefícios, tais como: o registro em carteira, jornada fixada, férias, 13º salário, proteções previdenciárias e fundo de garantia por tempo de serviço.

Argumentam que nova lei tem como objetivo precípua encerrar a crescente onda de judicialização de questões trabalhistas envolvendo os terceirizados;

Acreditam eles que ocorrerá maior competitividade da economia, com geração de empregos formais e com o incentivo à contratação de empresas especializadas e capacitadas.

Prosseguem, ainda, sustentando que ocorrerá a formalização dos trabalhadores terceirizados, em seus locais de trabalho, ficando garantido, os mesmos direitos assegurados aos trabalhadores não terceirizados, como: alimentação em local apropriado, treinamento, transporte e atendimento médico nas dependências do órgão.

Falam também a respeito da não ocorrência de aumento desenfreado do número de terceirizados, por não ser vantajoso para as empresas terceirizarem cem por cento de seus funcionários, pra não ter que pagar impostos duas vezes (ao governo e a terceirizada).

Por fim, defendem que não há que se falar em redução salarial, eis que os trabalhadores receberam de acordo com seu grau de especialização de sua função.

6. COMO SE POSICIONAM OS OPOSITORES DA LEI 13.429/2017

Em contrapartida os que se posicionam contra a nova lei sobre terceirização em questão argumentam que tal alteração acarretará o enfraquecimento dos sindicatos, o que certamente implicaria negativamente nos salários dos trabalhadores.

A nova lei não garante a filiação dos terceirizados no sindicato da atividade da empresa, possibilitando que o trabalhador filie-se ao sindicato das terceirizadas, considerado mais fraco.

Para essa corrente as empresas terceirizadas, via de regra, enfrentam crises financeiras, operando no seu limite, e por consequência vendo-se no mais das vezes suprimir direitos e garantias dos trabalhadores.

Inexiste para eles qualquer garantia de que haverá mais empregos, ao contrário acreditam que haverá mais demissões, visto que as empresas poderão terceirizar qualquer uma de suas funções, com o objetivo de economizar recursos.

Além de que como os encargos ficarão sob a responsabilidade das terceirizadas, o que pode gerar insegurança jurídica em caso de falência da contratada, eis que em regra não possuem patrimônio.

Defendem que em regra todas as empresas de qualquer área poderão terceirizar até cem por cento dos seus funcionários. E haverá diminuição salarial, tendo em vista que os terceirizados chegam a ganhar em média até vinte e cinco por cento a menos do que aqueles trabalhadores contratados diretamente pelas empresas.

Nessa linha de pensamento, as empresas deixarão de contratar via carteira de trabalho, preferindo contratar através do microempreendedor individual (MEI); e haverá ampla liberdade de terceirização provavelmente não aumentará o nível de emprego, independente das condições, com aumento na demanda agregada da economia que justifique aumento de pessoal em decorrência de consequente aumento de produção.

7. EXPECTATIVAS ACERCA DA RELAÇÃO DE TRABALHO SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.429/2017.

Há vozes, no Direito do Trabalho, afirmando que a nova lei trará segurança jurídica às empresas que optarem por suas regras. Sustentam a necessidade de atualização nesse sentido da legislação trabalhista, mormente, para preencher algumas

lacunas para obtenção de uma melhor regulamentação trabalhista, que certamente irá propiciar relevante melhoria na qualidade de trabalho de milhares de brasileiros.

A nova legislação flexibiliza as regras trabalhistas, trazendo novo oxigênio para o cenário do emprego no país, fato este que poderá em pouco tempo reduzir a taxa de desemprego no Brasil. A terceirização da atividade-fim das empresas era uma prática que já vinha sendo realizada.

Ninguém descarta a possibilidade de ocorrência de abusos, todavia, uma vez positivada a regra, torna-se fácil o controle e a fiscalização de acordo com o caso concreto, evitando prejuízos aos trabalhadores.

A Lei da Terceirização ainda que de forma tímida trouxe significativas alterações, atualizando as relações de trabalho, amoldando-as de acordo com a evolução social e a crise econômica que assola todo o mundo, em especial o Brasil. Essa legislação visa atender as realidades vivenciadas pelos trabalhadores, legalizando todo o procedimento que já ocorria na prática, trazendo desta forma segurança jurídica e estabilidade nas relações de trabalho.

Fato é, que a terceirização já acontecia normalmente dentro das empresas, mesmo para as atividades-fim, o que feria frontalmente uma série de princípios, inclusive, de cunho constitucional. Diante disso, mister se fazia necessário uma adaptação da legislação.

A bem da verdade, a Lei da Terceirização não fez menção explícita em seu texto, no que se refere a contratação de trabalhadores terceirizados para atuarem seja nas atividades-meio, seja nas atividades-fim, no entanto, passou a admitir a terceirização independentemente do ramo de atividade da empresa contratante.

Diferentemente da Lei 6.019/74, que era precária perante as relações de trabalho, principalmente com relação aos aci-

dentes, o novo regramento não prejudica o trabalhador em nenhum sentido, ao contrario respeita todos os seus direitos e obrigações, fazendo-se respeitar em primeiro lugar a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, buscou atribuir responsabilidade solitária à contratante, procurando oferecer maior garantia ao trabalhador, contribuindo também para a melhoria do ambiente de trabalho nas empresas.

A Lei da Terceirização procurou ainda assegurar aos trabalhadores terceirizados todos os direitos e garantias trabalhistas, principalmente no que concerne as questões relacionadas com a segurança e a saúde de todos os trabalhadores brasileiros, de forma isonômica, sem distinção.

Não obstante a entrada em vigor da Lei 13.429/2017, imperioso destacar que todos os direitos trabalhistas permanecem intactos, tais como: férias, décimo terceiro salário e horas extras, os quais devem ser pagos conforme preconizado no texto legal.

Outro ponto relevante, diz respeito, ao empregado que caso já possua vínculo com a empresa não poderá ser por ela terceirizado.

No que tange ao trabalho temporário merece destaque a seguinte alteração, enquanto a Lei 6.019/74 permitia o trabalho temporário para um período de três meses, prorrogáveis pelo mesmo período.

Agora de acordo com a Lei 13.429/2017, o prazo passou para seis meses, podendo ser prorrogado por mais três, ou seja, poderá perdurar até o prazo máximo de nove meses.

De acordo com Lei 13.429/2017, agora existe responsabilidade subsidiária e, caso a empresa prestadora de serviços não pague os direitos do empregado, a empresa contratante será acionada na Justiça do trabalho para honrar com os compromissos devidos.

E na hipótese de falência da prestadora de serviços, a contratante será a responsável pelo pagamento de todos os direitos do trabalhador.

Os defensores da nova lei além de sustentarem a constitucionalidade da lei, defendem ainda que a mesma possibilitará a geração de novos empregos, eis que diminuirá o engessamento e a rigidez das leis trabalhistas, que sem alteração atualmente só prejudica o trabalhador, ao desestimular e não incentivar que as empresas abram novos postos de trabalho.

Enfim, a nova Lei da Terceirização apresenta a vantagem de regularizar inúmeras situações que ainda permanecem ilegais, sendo apenas o primeiro passo para a atualização da legislação trabalhista, que demonstra ser uma tendência mundial a ser seguida.

CONCLUSÃO

Em razão da complexidade do tema, a legislação e a jurisprudência existentes ainda não permitem uma orientação definitiva. As fronteiras entre atividade-fim e atividade-meio não são precisas, não obstante o enunciado n.º 331, do TST mencionar a possibilidade de terceirização apenas em atividades-meio.

Há necessariamente a exigência de que as empresas que optem por terceirizar mão-de-obra com o surgimento da Lei 13.429/2017.

Será preciso atentar para os critérios de custo, e principalmente a idoneidade da empresa contratada, sob pena de se tornarem responsáveis, caso haja quebra contratual de qualquer natureza.

A matéria ainda muito recente, mas deverá ser criada uma legislação especial e específica que deve assegurar os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, para evitar o desemprego e a precariedade das relações de trabalho.

Sob esse enfoque a Lei 13.429/2017 trouxe poucos avanços e tímidas inovações, todavia, plenamente salutares tanto aos trabalhadores quanto para a retomada do crescimento econômico do país.

O novo regramento vedou a possibilidade de intermediação de mão-de-obra. A inovação legislativa não acarretará malefício aos trabalhadores restringindo seu número de garantias, com a chamada ampliação da terceirização.

A regulação do tema e a criação de novas obrigações às empresas tomadoras e prestadoras dos serviços, ainda que de forma tímida, trarão maior proteção aos trabalhadores e ajudarão a assegurar que a terceirização seja utilizada da forma correta.

A nova lei de terceirização é mais benéfica ao país e aos trabalhadores se comparada com a realidade até então existente na Súmula 331, do TST.

No parágrafo 3º, do artigo 9º, da Lei 13.429/2017, é dito que o contrato de trabalho temporário pode abranger tanto atividades-meio quanto atividades-fim, a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

A terceirização representa, nos dias de hoje, um grande avanço jurídico e social destinado à viabilização do gerenciamento de empresas, sem sobrecarga de funcionários, e à diminuição de encargos trabalhistas.

Trata-se de uma forma atual e moderna de desenvolvimento comercial e industrial, uma maneira inteligente encontrada para enfrentar problemas de custos de produção e de comercialização de produtos.

O fenômeno da terceirização, visto como forma de avanço e modernização é relacionado com vantagens pelos setores empresariais e industriais da economia.

Entretanto, poderá vir a trazer problemas trabalhistas do ponto de vista jurídico, em especial com relação ao princípio

da primazia da realidade e à não-caracterização do vínculo de trabalho, desde que não seja respeitada as diretrizes trazidas pela nova legislação.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL, *Consolidação das leis trabalhistas*. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL, *Constituição da república federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências.

SÚMULA 331, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em 20/05/2017.

CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CORTEZ, Julpiano Chaves. *Terceirização Trabalhista*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

GOMES NETO, Idalecio. *A Terceirização no Brasil*, 1. ed. São Paulo: Íthala, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. *Para entender a terceirização*. 2. ed. São Paulo : LTr, 2017.

BREVE REFLEXÃO SOBRE A LEGITIMIDADE DO PROCESSO E SEUS ESCOPOS

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro

1. A ORIGEM DO PODER JUDICIÁRIO

Desde os primórdios, para a organização da sociedade, foram criadas normas voltadas para o controle e pacificação social visando promover a convivência harmônica entre os membros de determinado grupo.

Em toda e qualquer sociedade organizada, mesmo aquelas mais primitivas, foram criados mecanismos para solucionar conflitos e pacificar interesses, como por exemplo, a auto tutela, a auto composição, as ordálias, o uso do Oráculo *benge* pela sociedade Zande localizada no Centro da África (CHASE, 2014, p.46) e outras.

Inicialmente a autoridade para o exercício do Poder Judiciário era atribuída aos anciões e somente mais tarde, passou a ser uma função do monarca que ao mesmo tempo acumulava a competência de criar, interpretar e julgar. Mas com o crescimento e desenvolvimento das sociedades, fez-se necessário a criação de órgãos responsáveis pelo cumprimento dessas obrigações, órgãos que, com o passar do tempo, tornaram-se maiores, mais complexos, até chegarem às formas que conhecemos hoje.

O Ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Nunes (NUNES, 1943, p.47-9), esclarece que:

O andar dos tempos, o desenvolvimento das relações jurídicas e a especialização da função tornada cada vez mais técnica, esse corpo de profissionais veio a constituir uma magistratura a que o Rei foi abandonando, pouco a pouco, o exercício da prerrogativa.

Os primeiros registros redigidos com clareza a respeito da divisão tripartite de poder foram feitos por Aristóteles (ARISTÓTELES, 2002, p. 127-43), em seu livro - A Política - no qual discorre sobre a origem do Estado, suas formas de governo e outros assuntos.

No livro III - Dos Governos - capítulo X, trata especificamente dos três poderes existentes em todo governo. O poder deliberativo, o poder executivo e o poder judiciário, em suas palavras:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

Não somente Aristóteles define claramente a separação dos poderes, bem como identifica suas funções, e como se pode observar são bastante semelhantes com o que temos hoje:

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o estado precisa para agir, suas

atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Mas, a consagração do modelo tripartite da separação dos poderes vem em 1748 com Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996, p.20), na obra - O Espírito das Leis - na qual no livro XI (MONTESQUIEU, 1996, p.165) ele passa a analisar as leis que formam a liberdade política e sua relação com a constituição. É, neste ponto, que surge a ideia fundamental para a separação de poderes. Cabe trazer a definição de liberdade que *“só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”* (MONTESQUIEU, 1996, p.166).

Continuamente, se reconhece a dificuldade de assegurar essa liberdade:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas tratando-se de uma experiência eterna que todo homem que possui o poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites (MONTESQUIEU, 1996, p.165).

E conclui que *“para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”* (MONTESQUIEU, 1996, p.166).

Montesquieu justifica a necessidade de separação de poderes do Estado afim de que se possa assegurar a almejada liberdade política. Para tanto vale a transcrição do trecho:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao po-

der executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 1996, p.168).

Este pensamento apresentado por Montesquieu foi fundamental para a formação dos Estados modernos aos quais conhecemos hoje, apesar de complicado, a determinação do momento histórico do surgimento do Poder Judiciário, pouco tempo após a dispersão das ideias de Montesquieu, o fundamento da separação harmônica dos poderes passou a ser implementada em algumas Constituições, como por exemplo, a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, que prevê em seu Artigo 1º a existência do Poder Legislativo, em seu Artigo 2º o Poder Executivo e no Artigo 3º o Poder Judiciário.

Dois anos mais tarde em 1789 a separação dos poderes também vem expressa na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, onde no artigo 16 diz que “*toda sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de constituição*”.

No Brasil, o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988 é o idealizado por Montesquieu, adotando a

divisão tripartite de separação de poderes em seu Artigo 2º, e no artigo 60, §4º, inciso III determina que tal separação de poderes imutável estabelecendo com isso uma Cláusula Pétrea. E vai mais além, no artigo 99, estabelecendo que o Poder Judiciário do Estado Brasileiro goza de independência e autonomia amplas em razão dos demais poderes.

A intervenção atípica de um dos poderes perante o outro, é preocupante bem como perigosa, pois poderia gerar um conflito e uma instabilidade institucional que poderia culminar em um estado totalitário ceifando do cidadão a liberdade à fraternidade e a igualdade.

Daí surge a importância de se adotar processos e instituições legítimas para o exercício das competências a elas atribuídas, para que cada uma exerça sua função elementar, atuando com autonomia, respeito e acima de tudo legitimidade, garantindo aos cidadãos a certeza de um sistema justo, equânime e que promova a justiça social e a segurança jurídica, tão debatidas atualmente.

2. LEGITIMIDADE DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO

Antes de discorrermos sobre o que é legitimidade, faz-se necessário uma breve análise sobre a teoria geral do Processo, corrente desenvolvida e defendida amplamente pela escola de São Paulo.

O Direito processual é um sistema de institutos, princípios e normas estruturadas para o exercício do poder por meio da jurisdição e conseqüentemente do processo.

Então a teoria geral do processo é uma disciplina predominantemente teórica voltada à indagação dos princípios comuns às várias figuras processuais, como Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal, o Direito Processual Penal Militar, o

Direito Processual do Trabalho e até mesmo o Direito Tributário, pois este último, apesar de não possuir o nome Processual abarca também matérias processuais em seu bojo, o que lhe fornece a característica processual.

No sistema processual torna particularmente perceptível a imperiosa necessidade do exercício da jurisdição segundo regras e princípios que correspondam a padrões compatíveis com a cultura contemporânea, ou seja, a dinâmica do direito e dos costumes rege o processo e consequentemente a jurisdição e sua legitimidade.

O processo não pode desviar-se dos rumos assim prefixados pelas leis, e caso assim o seja, não será legítimo e nem seus resultados o serão, pois um ato processual praticado fora da lei, nada mais é que um ato nulo.

A compatibilidade constitucional do sistema é forte indicador da sua legitimidade, mas não é fator de sua legitimação.

Partiu da sociologia jurídica a mais séria e empenhada tentativa de enquadramento do sistema processual no plano da legitimidade afirmando que: *“Legitimação surge pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias”*.

Por meio desta definição estão englobados os três princípios fundamentais para a caracterização definitiva da legitimidade do processo ou da legitimidade da jurisdição, quais sejam: O devido processo legal, o da isonomia e o do contraditório. Estes, sem dúvida, os princípios mais que basilares para uma relação processual legítima, forte e equânime.

Neste viés, pode se dizer que legítimo é: O sistema processual na medida em que conquiste maiores graus de aceitação social por meio da observância desses três princípios basilares.

E caso esses princípios deixem de ser observados, ou suprimidos por um ativismo judicial negativo - por uma atividade não legítima - por parte de seus aplicadores, a legitimidade do proces-

so e do poder jurisdicional reduz, a população perde confiança naqueles aplicadores e sua legitimidade fica comprometida.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 123) a desorganização axiológica com que na atualidade se defronta e que conduz a uma séria crise de autoridade, constitui fator problematizante de todas as estruturas do poder, inclusive a jurisdicional. A justiça vai decaindo da sua condição de alvo da admiração e confiança dos membros da população, cai em verdadeira descrença e desgraça, pois cada vez mais nota-se, o que poderia dizer ser uma legitimação ilegítima do judiciário para com as outras instituições que cria não somente uma antipatia, mas uma verdadeira aversão, causando, conseqüentemente a perda da legitimidade a ela inerente. Pois legítimo é – em um estado democrático de direito - o poder que o povo reconhece como tal.

E não somente a desorganização gera a falta de legitimidade do processo e do poder jurisdicional, mas também a lentidão o excesso de formalismo e com certeza a impunidade. Ainda nas palavras de Dinamarco (1996, p. 140) a população não crê na eficiência do Poder Judiciário, prefere evitar o recurso a ele e não coopera com ele. Mas sente que precisa dele e, apesar de tudo, respeita-o e crê em sua idoneidade, ou ao menos assim deveria ser.

Candido Rangel Dinamarco observa com grande atualidade o que vem acontecendo em nossa sociedade, vale ressaltar que a obra aqui citada – A Instrumentalidade do Processo – foi publicada em 1987 pela primeira vez, e como pode ser observado mais atual impossível.

Mas nem mesmo esses grandes fatores de comprometimento tem sido capazes de retirar da justiça (entenda-se do processo) sua legitimidade, pois é nela que a população como um todo deposita sua última esperança para um devido regime democrático no estado de direito.

A recente história política brasileira é exemplo bastante animador dessa capacidade de resiliência aos desvios autoritários, mantendo o processo a sua dignidade em nível satisfatório e mantendo-se os magistrados em sua posição esperada pela nação.

O que reflete diretamente na legitimidade são as variações do grau de sua eficiência e não a sua auto-institucionalização, com a existência de objetivos individuais e coletivos no plano jurídico, social e político que dependem do correto exercício da jurisdição, que dependem de sua legitimidade, e assim o é em todos os ramos do direito processual brasileiro.

Mas, essa legitimidade fica comprometida quando um dos poderes atua de maneira agressiva, chamando para si deveres e obrigações que não lhe pertencem, gerando, conseqüentemente uma crise institucional e também uma crise de legitimidade.

Como analisado em tópico anterior, a divisão dos poderes é fundamental para um Estado democrático pleno e o ativismo exacerbado do poder judiciário vem causando certo desconforto e gerando certa desconfiança para com sua legitimidade.

3. JUÍZES LEGISLADORES

Com a primazia que lhe é pertinente Mauro Cappelletti (1993, p.13), define muito bem o ativismo judicial como: *“criatividade da função jurisdicional”*.

Para o desenvolvimento deste tópico, bem como para a devida construção deste estudo, inevitável que bebamos da fonte, a obra - Juízes Legisladores? – CAPPELLETTI (1993) analisa com profundidade as questões do ativismo judicial e de como essa atividade afeta a separação dos poderes, promovendo um engrandecimento de um dos poderes em relação aos outros.

Em sua obra ele procura saber se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito ou se participa de sua criação.

Sejam limites processuais ou substanciais para os juízes, não há oposição entre eles, uma vez que o processo de criação judiciária acontece quando da necessidade de preenchimento das lacunas deixadas pelo processo legislativo. A questão é estabelecer qual o limite e aceitabilidade para a criatividade judiciária.

Segundo WHITE (apud CAPPELLETTI, 1993, p.31), a interpretação judiciária faz parte do contexto do Século XX, fomentada pelo que ele chama de - revolta contra o formalismo - revolta esta contra o conceito de MONTESQUIEU de - juízes boca da lei - segundo WHITE(apud CAPPELLETTI, 1993, p.31), o papel dos juízes é muito mais amplo do que apenas dizer a lei, o juiz deve dizê-la, mas dizê-la de forma fundamentada em seus valores pessoais, na história, na economia, na ética, na política e até mesmo na psicologia, ou seja, agir criativamente, agir ativamente.

O ativismo judicial deve ser observado com cautela, pois como suscitado por CAPPELLETTI (1993, p.34), o ativismo judicial exacerbado afrontaria o Poder Legislativo de maneira que poderia caminhar para um estado totalitário, pois o Judiciário mediante o Juiz Legislador seria o criador e o julgador daquela lei, e nas palavras de MONTESQUIEU (1996, p.168), em trecho já devidamente citado, mas que cabe novamente sua colocação:

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

O que deve ser questionado sobre os Juízes Legisladores é: Sua existência não prejudicaria a ideia fundamental de separação dos poderes, ameaçando com isso a democracia podendo conduzir a um Estado totalitário, a uma ditadura pelo Judiciário?

Segundo Lord DIPLOK (apud CAPPELLETTI, 1993, p.74), a resposta é SIM, mas para CAPPELLETTI a resposta é NÃO, pois ele afirma que os Juízes são chamados a esclarecer, integrar, transformar e até mesmo criar o Direito, o que para CAPPELLETTI (1993, p.90), não quer dizer que sejam legisladores.

Na visão de CAPPELLETTI (1993) é importante que se faça uma análise em separado do Processo Legislativo e do Processo Judiciário. Para ele são coisas muito diferentes, pois, o segundo é realizado com a presença da ampla defesa e do contraditório, já o primeiro não, mas reconhece que os tribunais às vezes operam de maneira legislativa.

O ponto crítico para com a criatividade do Judiciário é a sua falta de legitimidade, os juízes não são representantes do povo, os juízes não foram eleitos democraticamente para o exercício da legislação ao oposto do Executivo e do Legislativo, e por assim serem, os Juízes não tem a obrigatoriedade de prestar contas ao povo.

Segundo CAPPELLETTI, um dos mais críticos para com a criatividade judiciária é Lord DEVLIN (apud CAPPELLETTI, 1993, p.93) que diz:

“É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário”.

Para Robert DAHL (apud CAPPELLETTI, 1993, p.96.) a alegação de falta de representatividade do Judiciário para com o povo pelo fato dos Juízes não serem democraticamen-

te eleitos, não é total. Para tanto ele cita como exemplo a Suprema Corte Norte-Americana, onde os Juízes são indicados politicamente, fazendo uma comparação com o Brasil, os Ministros do STF também são indicados politicamente, então sua falta de representatividade popular não seria plena.

Toda a questão gira em torno de saber qual o limite para a criatividade judiciária, pois a última palavra no processo de criação do direito, em um estado democrático, pertence sempre à maioria, seja ela simples ou qualificada.

A criatividade judiciária implica em balancear interpretação e discricionariedade, assim, na árdua missão de dizer se o juiz deve interpretar ou criar o direito, CAPPELLETTI (1993) diz que o juiz deve acumular as duas funções até mesmo quando deve aplicar a lei já existente.

4. ESCOPOS DO PROCESSO

Escopos do processo nada mais são do que propósitos norteadores de sua instituição e das condutas dos agentes estatais que os exercem.

Afinal o processo é o instrumento pelo qual, o poder jurisdicional que emana do estado, e aplicado ao meio social ao qual esta inserida por meio da personificação do estado na pessoa de seus agentes.

Todo instrumento, como tal, é meio e todo meio somente é legítimo em função dos fins a que se destina.

A fixação dos escopos processuais equivale a revelar o grau de sua utilidade para o meio ao qual este é inserido.

A problemática referente aos escopos processuais bem como dos escopos do exercício do poder jurisdicional ganha relevo e destaque, pois se trata de instituição Humana, evidentemente imposta pelo estado, mas que sua legitimidade deve ser necessariamente, fundada não somente na capacidade de

atingir os objetivos, mas, igualitariamente no modo como estas são recebidas e sentidas pela sociedade como um todo.

Como salientado por Walter Hadscheid (1978, p.p119), que em síntese diz: “a visão dos escopos do sistema processual se refletem na estrutura do processo.

O processo deve ser considerado como um todo e não apenas de um escopo da jurisdição, mas deve ser observado pelo escopo sociopolítico, o processo possui muito mais que um escopo unicamente jurisdicional, possui um escopo fortemente social, com valores que tratam da liberdade da solidariedade e dos fins sociais um Escopo da Justiça propriamente dito.

O processo legítimo possui em regra três escopos fundamentais que devem ser observados quando de sua prática: Escopos Sociais, Políticos e Jurídicos.

Nas palavras mais acertadas de Cândido Rangel Dinamarco:

“O processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre social, político e o jurídico. Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter sensibilidade para suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento. A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa”.

Como se vê, o Professor Dinamarco apresenta uma visão bastante ampla dos objetivos da jurisdição bem como do pro-

cesso, muito além do campo meramente jurídico, identificando-a com os próprios objetivos do Estado.

Essa visão possui o inestimável valor de demonstrar que ao processualista que a realidade de que o processo não é um valor em si mesmo e que a função jurisdicional está inserida em um âmbito maior, que é o das funções e atribuições do Estado, de modo que o processo passa a ter valor apenas quando atingidos aqueles escopos a que se propõe.

4.1 ESCOPOS DO PROCESSO TRABALHISTA

Vários fatores levaram ao surgimento dos direitos trabalhistas, mas o ponto de convergência são as péssimas condições de trabalho e de vida a que os trabalhadores estavam sujeitos.

Essas más condições e alguns outros elementos motivaram o surgimento das primeiras leis trabalhistas. A absoluta e irrestrita exploração da mão de obra quase escrava nos séculos XVIII e XIX deságuo na Revolução Industrial e as mudanças no sistema de produção.

Nas sábias palavras do Professor Amauri Mascaro Nascimento (2003, p.16):

“A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que constituíam mão de obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho de suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais se podem acrescentar também os baixos salários.

Essas más condições de vida e de labor da classe trabalhadora trouxeram a percepção de que os trabalhadores precisavam

ser protegidos contra o maior poder econômico do empregador e, principalmente, as condições de trabalho por ele impostas.

Resumidamente é aí que começa o surgimento do Direito do Trabalho: instrumento cujo fim imediato consiste na proteção do trabalhador (escopo social da jurisdição e do processo), mediante a melhora – humanização – de suas condições de trabalho: assegurar a paz social e o bem comum, já que para a própria sociedade não convém que haja exploração do homem pelo homem (e assim tanta injustiça).

Essa é a importância e a finalidade precípua (escopos) do Direito do Trabalho: corrigir as injustiças decorrentes do modo capitalista de produção, assegurando à classe operária condições dignas e humanas de trabalho, permitindo que todos tenham acesso às benesses decorrentes do desenvolvimento produtivo da sociedade.

Quando se fala em escopos processuais ou escopos do processo, em regra, três são aqueles que nos vêm em mente: Escopos Sociais, Escopos Políticos e Escopos Jurídicos. Mas, sem dúvida o primordial para a justiça do trabalho é o Escopo Social.

Por esse aspecto – social – a função jurisdicional e legislativa estão mais que ligadas, tornam-se uma, pois o escopo fundamental de ambas é a paz social.

Verifica-se, pois, de forma bastante clara, a necessária complementação existente entre o direito material e o direito processual, servindo o processo para a proteção e/ou para o restabelecimento daquele. Esta missão é a razão de ser do processo, é o Escopo Social do direito processual, visa garantir o respeito das normas de conduta determinadas pelo Estado para garantir a vida pacífica em sociedade.

Assim, a razão de ser do Direito do Trabalho, bem como do direito Processual do Trabalho, é ser um ou o instrumento garantidor dos direitos sociais e não ser um fim em si mesmo.

As normas processuais não podem impedir a restauração do ordenamento jurídico substancial, já que essa é a sua razão de ser, o motivo de sua própria existência e legitimidade, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque (2006):

“ À luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesmas. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo esta a única razão de ser do direito processual. Se assim é, não se pode aceitar um sistema processual não sintonizado com seu objetivo ”.

Por ora, o que deve ser frisado é a importância que o processo tem para a sociedade, e assim, para o Estado, por estabelecer ou restabelecer o domínio da lei e permitir o convívio harmônico entre os membros da sociedade.

Esse é o principal escopo que o Estado busca por meio da jurisdição – a pacificação social – com justiça, mediante o estabelecimento ou restabelecimento do ordenamento material violado no convívio social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Demonstrou-se com esta discussão que uma nova visão do processo fere uma diferença na aplicação de seus institutos aumenta a sua efetividade e, conseqüentemente valoriza o direito e seus escopos.

O processo, ou melhor dizendo, a jurisdição é um serviço público prestado pelo estado aos cidadãos, por meio do qual são solucionados os conflitos apresentados pelos jurisdicionados.

Enfim, algo que comporta dois olhares: um, macro, pelo qual ele é um instrumento do Estado para a satisfação de interesses próprios seus, predominando o interesse público sobre

o privado e outro micro, na qual ele presta total assistência ao jurisdicionado.

É, de fato, apenas quando observado seus escopos – Social, Político e Jurídico – que o processo cumpre com sua missão, a triste verdade é que, na forma em que é lido hoje, o processo do trabalho não leva a nenhum dos escopos que a doutrina menciona, ao contrário, atua de maneira oblíqua a eles, não reprimindo as violações verificadas contra os trabalhadores, ao que parece, ao invés de educar para o respeito dos direitos, ele apoia a sua violação, para ao que parece, tentar justificar a sua existência e necessidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARISTÓTELES. A política. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 29/11/2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. 4ª Edição. São Paulo, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre, Fabris, 1993.

CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada / Oscar G. Chase; Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

- HABSCHEID**, Walter. *As bases do direito processual civil*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais. No.11/12. Ano 3. PP. 117-130, julho-dezembro de 1978.
- MONTESQUIEU**, Charles Louis de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis / Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco, - São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).
- NASCIMENTO**, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 18 Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NUNES**, Carlos. Teoria e Prática do Poder Judiciário. São Paulo: Revista Forense, 1943.
- POGREBINSCHI**, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*. No. 17 pp.121-143, agosto-dezembro de 2000.

APLICABILIDADE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Raphael Caetano Solek

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o condão de verificar os institutos aplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva, por força da entrada em vigor do novo CPC, Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

A metodologia utilizada para realização do trabalho constituiu-se no raciocínio lógico dedutivo a partir de revisão bibliográfica.

Como forma de melhor compreensão estudar-se-á o artigo 15 do novo CPC, em específico a inovação de sua redação ao dispor da aplicação supletiva do Processo Civil ao Processo do Trabalho.

Traçaremos a análise da aplicabilidade supletiva e subsidiária das normas processuais cíveis, uma vez que no Processo do Trabalho, tais normas só poderão ser aplicadas se houver compatibilidade com as regras e princípios gerais do Direito do Trabalho. Como forma de proporcionar maior segurança jurí-

dica à aplicação das normas processuais cíveis ao Processo do Trabalho o TST editou a IN 39, a qual regulamentou de forma não exaustiva os institutos a este aplicáveis.

Cabe, ainda, a análise dos institutos de forma específica, observando sua compatibilização com o procedimento juslaborativo. Nesta esteira verificar-se-á que o Processo do Trabalho continuará respeitando a Irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, bem como, preservando a uniformização dos prazos recursais. Na análise dos institutos em espécie verifica-se a possibilidade da aplicação do Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica e o IRDR.

O presente estudo é necessário, pois com a entrada em vigor do novo CPC, criou novos institutos estranhos ao Processo do Trabalho e desta forma, caberá o estudo da possibilidade de sua aplicação perante a Justiça do Trabalho.

1. ANÁLISE DO ARTIGO 15 DO NOVO CPC.

O novo CPC, Lei 13.105/2015, trouxe no bojo do capítulo II - Da Aplicação das Normas Processuais o artigo 15, o qual, sem previsão correlata no CPC de 1973, dispõe: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Insta ressaltar que tal previsão se encontrava presente na CLT em seu artigo 769, contudo prevendo que a aplicação do processo comum se dará de forma subsidiária, somente, e não supletiva e subsidiária. Ademais, disciplina quando poderá ser aplicado e estabelece dois requisitos para tanto: se estiver diante de uma omissão legislativa e a norma aplicada não poderá contrariar as normas trabalhistas e seus princípios, como esclarece Shiavi (2008. p. 93).

A análise da aplicabilidade do artigo 15 do novo CPC criou uma inquietude nos doutrinadores trabalhistas, em específico a previsão da aplicação supletiva. No entanto, deve-se esclarecer que a aplicação supletiva da norma não ocorrerá em uma lacuna legislativa e sim na existência de uma norma trabalhista sendo complementada pela norma processual cível.

O sub-relator da proposta legislativa, Deputado Efraim Filho, esclarece a *mens legis* sobre o propósito da inovação do preceito legal: “aplicação supletiva é a complementação normativa”, neste mesmo sentido nos ensina Schiavi(2015, p. 55).

A apreensão dos pensadores do processo do trabalho sobreveio com as afirmações insustentáveis que o processo do trabalho, a partir da edição do artigo 15 do CPC, seria nada mais que um ramo subsidiário do Processo Civil, perdendo assim a sua autonomia, fato que de plano se configura como uma inverdade, pois pela simples análise do artigo do novel diploma, ele é norma subsidiária e não revogatória da CLT (SCHIABI, 2015, p. 56). Neste sentido, se posicionou o Ministro João Oreste Dalazen, Coordenador da Comissão de Ministros, na Resolução nº 203, que editou a IN nº 39 do TST .

Não obstante, a aplicação subsidiária carece de análise conceitual de aplicabilidade ao processo do trabalho, a qual é suprida no ensinamento de SCHIABI (2015, p. 56): “subsidiariamente: significa aplicar o CPC quando a CLT não disciplina determinado instituto processual”. Assim, a subsidiariedade das normas processuais ocorrerá na ausência da previsão legal e a aplicação de um instituto de outra norma processual, como forma de supressão da omissão, o que se encontra presente na CLT não só nos artigos 769 e 889, em se tratando de regras de direito processual, bem como, no artigo 8º, o qual se refere às normas de direito material.

Nesta vereda, entende-se que o artigo 15 do novo CPC em nada fere a autonomia da justiça do trabalho, desde que este esteja conjugado com a interpretação do artigo 769 da CLT, “Isto porque, em primeiro lugar, não vislumbro qualquer lesão à autonomia científica do direito processual do trabalho, afinal o artigo 15 do novo CPC não possui o condão de revogar o artigo 769 da CLT” (GASPAR,2015, p.386). Assim passaremos a estudar a aplicabilidade desta norma ao Processo do Trabalho.

2. A APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO NOVO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO.

Conforme se verificou o artigo 15 do novo CPC poderá ser aplicado perante ao Processo do Trabalho, respeitando os requisitos estabelecidos no artigo 769 da CLT (MARTINS, 2014, p.32-33), a saber, omissão legislativa na CLT, bem como, em Legislações Trabalhistas extravagantes que disciplinem a matéria e a compatibilidade da norma a ser aplicada ao processo do trabalho, respeitando não só a contrariedade do texto legislativo como os princípios inerentes à justiça do trabalho

Ao processo laboral se aplicam as normas, institutos e estudos da doutrina do processo geral (que é o processo civil), desde que: a) não esteja aqui regulado de outro modo (“casos omissos”, “subsidiariamente”); b) não ofendam os princípios do processo laboral (“incompatível”); c) se adapte aos mesmos princípios e às peculiaridades deste procedimento; d) não haja impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos à relação deduzida no juízo trabalhista); a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às pecu-

liaridades próprias. Perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete necessita fazer uma primeira indagação: se, não havendo incompatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação, que sempre foram almejadas. Nada de novos recursos, novas formalidades inúteis e atravancadoras. (CARRION, 2008, p.564).

Como forma de elucidar a aplicação do artigo 15 e demais dispositivos do novo CPC, nas lides trabalhistas, o TST através Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, editou a IN nº 39, que dispõe sobre as normas do novo CPC aplicáveis ao Processo do Trabalho.

Assim sendo, se faz a transcrição da IN 39, em específico as considerações do TST para aplicação do novo CPC ao Processo do Trabalho:

Considerando a plena possibilidade de compatibilização das normas em apreço, considerando o disposto no art. 1046, § 2º, do CPC, que expressamente preserva as “disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis”, dentre as quais sobressaem as normas especiais que disciplinam o Direito Processual do Trabalho, considerando o escopo de identificar apenas questões polêmicas e algumas das questões inovatórias relevantes para efeito de aferir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao Processo do Trabalho do CPC de 2015, considerando a exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho, bem assim o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento da desejável celeridade, considerando que o CPC de

2015 não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa(...) (TST, 2016).

Diante do texto supra descrito, verifica-se que a aplicação do novo CPC é compatível com o processo do trabalho desde que esta venha a respeitar os procedimentos regulamentados nas Leis trabalhistas, conforme, artigo 1046, § 2º do novo CPC.

Com isso, faz-se necessário, analisarmos as lacunas legislativas que autorizam a referida aplicação, traçando de forma didática as possíveis ocorrências, por meio de classificação proposta por Diniz (2001, p.437) analisada por Chaves (2006, p. 28-29):

Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes.

A lacuna legislativa classificada como normativa sobrevirá quando não se encontrar previsão legislativa que regule determinado instituto jurídico, no caso em tela o instituto processual. No que tange às lacunas ontológicas, ocorrerão quando a norma não mais se adequa à realidade social na qual será aplicada; esta inadequação não se configura somente por um caráter cronológico, mas sim por inadequação à aplicação efetiva, estando distorcida da realidade social da atualidade, Diniz (2001, p.437).

Em outro giro a lacuna legislativa axiológica da norma processual refletirá um caráter de injustiça ou insatisfação se a mesma for aplicada, sendo esta incompatível com os preceitos constitucionais da equidade e da justiça. Nesta vereda, se destaca a lacuna Ontológica e Axiológica por carecerem de valoração para serem consideradas Lacunas, pois como se depreende a normatização existe e encontra-se vigente no ordenamento pátrio, contudo não pode ser aplicado ao caso concreto ou por força da inadequação a realidade social.

Para Schiavi (2015, p. 56) há duas interpretações do alcance do artigo 769 da CLT: a primeira restritiva - só se poderá utilizar o CPC quando houver uma lacuna normativa, como visto anteriormente uma ausência de lei que trate do instituto jurídico. Neste sentido os defensores desta corrente, alegam que a aplicação irrestrita do Processo comum ao Processo do trabalho poderá ocasionar surpresas jurídicas com normas estranhas ao processo do trabalho e por desrespeito ao devido processo legal alegando em suma que o processo “deve dar segurança e previsibilidade ao jurisdicionado”.

Na segunda forma de analisar a aplicabilidade do artigo 769 da CLT, denominada de evolutiva (também sistemática ou ampliativa), a aplicação do CPC poderá ser utilizada diante de lacunas que dependam de interpretação jurídica e ou complementação, como no caso das lacunas ontológicas e axiológicas, afirmando SCHIAVI (2015, p. 57) que a norma processual civil a ser aplicada deverá estar em consonância com os princípios constitucionais da razoável duração do processo e acesso real e efetivo do trabalhador a Justiça do Trabalho e as normas aplicadas deverão conferir maior efetividade à jurisdição trabalhista.

Como já elucidado, as normas de Processo Civil serão aplicadas ao Processo Trabalhista, como já acontece com inúmeras

ros institutos aplicáveis anteriormente ao novo CPC, contudo mesmo diante de ausência normativa deverá ser resguardada a compatibilidade principiológica com a Justiça do Trabalho, destaca-se os ensinamentos de Carrion (2008, p. 584.):

A aplicação de institutos não previstos no processo do trabalho não deve ser motivo para maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às peculiaridades próprias. Perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete precisa fazer uma primeira indagação: se, não havendo incompatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação que sempre foram almejadas.

Neste mesmo sentido:

A despeito da previsão simplista do novo CPC, a sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho irá se operar apenas diante de sintonia principiológica, sob pena de mácula à autonomia do ramo processual especializado PINHEIRO, (2015. p. 496).

Nesta esteira cabe ressaltar que a heterointegração de sistemas jurídicos prevista nos artigos 769 e 889 da CLT, é realizada sob o critério da compatibilidade previsto como forma de filtrar quais intuítos jurídicos poderão ser aplicados ao processo do trabalho, e assim se fez e se fará com o novo CPC, ressaltamos que por inúmeras vezes o TST, posicionou-se sobre o tema e em vários momentos foi contrário à aplicação do CPC ao Processo do Trabalho, como se exemplifica, um dos temas que mais gerou discussão no âmbito jurídico trabalhista, foi a aplicabilidade do artigo 475-J do CPC de 1973, agora disposto no artigo 523 em seu parágrafo primeiro do novo CPC.

Assim sendo, o TST, através do Informativo Execução TST nº 05 datado do Período: 9 a 29 de setembro de 2014, se posicionou pela inaplicabilidade do artigo 475-J, anteriormente mencionado no Processo do Trabalho que se deu por ausência de lacuna normativa.

O TST, também se posicionou através da Orientação Jurisprudencial número 310 da Seção de Dissídios Individuais número I, contrário a aplicabilidade do artigo 191 do CPC de 1973 recentemente atualizada por força da entrada em vigor do novo CPC, por incompatibilidade ao sistema processual do trabalho em específico ao Princípio da Celeridade Processual.

Nesta mesma esteira, salienta-se que a IN nº 39 do TST, elencou em sua “Breve Exposição de Motivos” de autoria do Ministro João Oreste Dalazen, Coordenador da Comissão de Ministros, três categorias de normas presentes no novo CPC, aplicáveis ao Processo do Trabalho “Nesta perspectiva, a Instrução Normativa identificou e apontou três categorias de normas do NCPC, com vistas à invocação, ou não, no processo do trabalho: a) as não aplicáveis (art. 2º); b) as aplicáveis (art. 3º); c) as aplicáveis em termos, isto é, com as necessárias adaptações (as demais referidas na IN a partir do art. 4º)”.

Corroborando com o tema acima estudado, a IN nº39 do TST, relata a aplicabilidade do Processo Civil ao Processo do Trabalho na existência de lacunas legislativas podendo o Direito Processual Civil ser aplicado em sua totalidade ou com adaptações para melhor adequação aos princípios jurídicos do Processo do Trabalho, ou quando a existência da norma, mas esta tendo que ser complementada, então de forma supletiva. Como forma de elucidar a matéria passaremos a tratar, não de forma exaustiva, pois, ainda não se pode precisar a totalidade da aplicação do novo CPC as lides trabalhistas, os institutos aplicáveis ao Processo do Trabalho.

4. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº39 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E OS INSTITUTOS APLICÁVEIS AO PROCESSO DO TRABALHO.

Conforme anteriormente descrito o TST, órgão de cúpula da estrutura judiciária trabalhista, editou através da Resolução nº 203, a IN nº39, “que dispõe sobre as normas do CPC de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva” como instrumento regulador da aplicação do novo CPC. A Instrução é composta de 18 artigos sendo que em seu artigo segundo elenca 15 dispositivos do CPC que não são aplicáveis ao Processo do Trabalho, por omissão ou por incompatibilidade, 79 dispositivos aplicáveis sem restrições, e 40 dispositivos que têm aplicação relativizada ou em termos.

Neste compasso, tal instrução se deu antes da entrada em vigor do novel código, a partir de 18 de março de 2016, expondo em suas considerações, dentre outras razões que a IN em tela, se presta a evitar as polêmicas jurídicas apresentada por sua influência, como meio de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e aos órgãos da justiça do trabalho, bem como, forma de evitar nulidades processuais.

Neste ponto, elencaremos alguns institutos jurídicos aplicáveis ao processo do trabalho, com base na Instrução acima disposta, provenientes do Processo Civil; cumpre ressaltar que elencaremos os institutos mais relevantes e que sua aplicabilidade será adaptada para o Processo do trabalho.

Não obstante, não se pode deixar de mencionar que a IN em tela, é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5516) em tramite no Supremo Tribunal Federal, proposta Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), em 04/05/2016, sustentando vício formal e ma-

terial de inconstitucionalidade na norma, que trata da aplicação de dispositivos do novo CPC ao Processo do Trabalho.

Assim sendo, passamos a análise do artigo primeiro da Instrução Normativa em comento, a qual retrata a aplicação subsidiária e supletiva, do Processo Civil desde que respeitado os princípios e normas do Processo do Trabalho como já debatido no presente trabalho, desta forma, cuidar-se-á com mais ênfase os seus parágrafos. No que tange ao parágrafo primeiro a referida instrução é contumaz em expressar que o processo do trabalho continuará a respeitar o Princípio da Irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, respeitando, assim o previsto no artigo 893 §1º da CLT e na Súmula nº 214 do TST.

Cabe ressaltar, que a recorribilidade em separado das decisões interlocutórias, trata-se de um instituto característico da justiça do trabalho e tem sua razão de ser, diante da celeridade procedimental, tais matérias serão tratadas como preliminar dos recursos de decisões definitivas. Neste sentido, o procedimento das audiências trabalhistas, com fundamento no artigo 849 da CLT, o qual determina que estas sejam realizadas de forma única e contínua, bem como, no local onde serão produzidas todas provas, conforme artigo 852-H da CLT, não haveria possibilidade de se recorrer imediatamente das decisões interlocutórias. Por fim, elencamos o próprio artigo 893 §1 da CLT “os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio juízo ou tribunal(...)”.

Em seu parágrafo segundo, “§ 2º O prazo para interpor e contra-arrazoar todos os recursos trabalhistas, inclusive agravo interno e agravo regimental, é de oito dias (art. 6º da Lei nº 5.584/70 e art.893 da CLT), exceto embargos de declaração (CLT, art. 897-A)” mais uma vez, respeita-se uma peculiaridade recursal do Processo do Trabalho, sendo esta a Uniformização dos Prazos Recursais, introduzida ao sistema juslaborativo, por força da Lei 5.584/70. Insta ressaltar que a previsão do

Embargos de Declaração somente foi incorporada a CLT, em seu artigo 897-A, no ano 2000, através da Lei nº 9.957, por este fato se explica prazo se de 5 dias para sua interposição e não o prazo uniforme dos recursos, neste mesmo sentido, com previsão legal no artigo 102 da constituição Federal, temos o prazo de 15 dia para interposição do Recurso Extraordinário oriundo da Justiça do Trabalho.

No que se refere ao artigo segundo da referida instrução este descreve os institutos incompatíveis com o processo do trabalho como no caso da contagem em prazo em dia uteis, previsto no artigo 219 do CPC, por força de regramento próprio da CLT em seu artigo 775, bem como veda a aplicação da Negociação processual, artigo 190 do CPC, além de elencar os artigos a seguir dispostos: “63; 373, §§ 3º e 4º; 921, §§ 4º e 5º, e 924, V; 334; 335 (prazo para contestação); 362, III; 373, §§ 3º e 4º; 921, §§ 4º e 5º, e 924, V; 942 e parágrafos; 944; 1010, § 3º; 1043 e 1044; 1070”.

No parágrafo 3ª este descreve-se os institutos do processo civil aplicados ao processo do trabalho, e partir do artigo 4º ao artigo 17º descreveu-se os instituto aplicáveis, contudo com as adaptações disposta na Instrução Normativa.

Analisando alguns dos institutos descritos na IN nº 39, apontaremos os mais relevantes, desta forma, destaca-se o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto no artigo 133 a 137 do novo CPC. A desconsideração da personalidade jurídica, também encontra previsão legal nos artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor, na Lei Antitruste em seu artigo 18, Lei 9.605/98 e no Código Civil de 2002 em seu artigo 50.

O instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, vem sendo aplicado na Justiça do Trabalho, conforme Silveira(2016) uma das justificações se baseia pela despersonalização das relações de trabalho que assenta previsão nos artigos 2º §2, 10, 445 e 448 da CLT que se refere, a responsabilidade

quanto as obrigações decorrentes da relação de trabalho que poderão ser transferidas de uma pessoa para outra, havendo a sucessão das mesmas. Assim podemos nos socorrer desta peculiaridade para justificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, já que, neste caso, ignora-se pontualmente a personalidade da pessoa jurídica empregadora para transferir aos seus sócios a responsabilidade pelos créditos dos empregados.

Nesta esteira ocorre a previsão expressa, na Lei 6.830/80 - Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências, em seu artigo 4, parágrafo 3, o redirecionamento da execução trabalhista para os bens dos sócios, por força do artigo 882 da CLT.

Contudo, como não se pretende o aprofundamento do tema, mas sim observar a aplicação do novo CPC ao processo do trabalho, verifica-se plenamente cabível a aplicação do instituto para o TST, com algumas pertinentes adaptações ao procedimento. Nesta esteira se destaca na fase de Execução, que possui previsão legal de seu procedimento na CLT, resguarda a possibilidade do impulso de ofício, conforme artigo 878 da CLT, assim em nada obsta que por iniciativa do próprio Juiz do Trabalho de efetuar a desconsideração da personalidade jurídica.

Outra diferença se dará por força da aplicação dos recursos trabalhista na desconsideração da personalidade jurídica, assim sendo em caso de rejeição do incidente, na fase de cognição, não caberá recurso imediato, como já acima exposto por desrespeitar o princípio da Irrecorribilidade Imediata das Decisões Interlocutórias, cabendo ao Reclamante apresentar nas preliminares do recurso principal sua irresignação contrária a decisão. Quando se tratar da fase de Execução, esclarece que novamente não cabe a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias, como é o caso do indeferimento e defe-

rimento da desconsideração da personalidade jurídica, assim sendo nesta fase o recurso cabível é o Agravo de Petição, sendo a via apropriada para atacar tal decisão de indeferimento do incidente e por fim, caso a decisão do incidente seja proferida pelo Relator, nos incidentes instaurados originariamente nos Tribunais, caberá Agravo Regimental.

Destaca-se que a interposição do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica suspenderá o processo, ressalta-se que com a aplicabilidade da Tutela de Urgência ao Processo do Trabalho, o TST firmou o cabimento da tutela de urgência de natureza cautelar prevista no artigo 301 do novo CPC.

Não obstante o TST entender cabível a aplicação deste instituto, entende Claus (2015) ser incabível a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nos moldes do novo CPC ao Processo do Trabalho.

Neste mesmo, sentido Nogueira e Bento (2015, p. 307) afirmam que o incidente de Desconsideração conforme delineado pelo CPC, não se aplica ao Processo do Trabalho, por incompatibilidade de regras procedimentais, bem como por incompatibilidade principiológica. Relatam ainda que a Execução no Processo do Trabalho tramita de ofício e prevê o atingimento do bem do sócio sem a necessidade de instauração do incidente, bem como não se pode falar em violação do contraditório, pois o executado poderá manejar a sua defesa na fase de execução através dos Embargos à Execução ou através de Exceção de Pré-executividade.

Contudo, respeitosamente se discorda da posição ora apresentada, pois conforme a Instrução cuidou da adequação do instituto para sua aplicabilidade ao processo trabalhista, destaca-se a preservação do impulso oficial, a compatibilização da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Em relação ao artigo 8º, de forma expressa assevera a aplicabilidade dos artigos 976 a 986 do novo CPC, bem como regula sua aplicação de forma adaptada ao Processo do Trabalho.

Antes de adentrar no tema da aplicação do IRDR, na Justiça do Trabalho, passamos a compreensão melhor do tema em estudo. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi introduzido pelo novel CPC, como forma de resolução de conflitos decorrentes de demandas repetitivas, sua admissibilidade será nos âmbitos dos tribunais de segundo grau, com suspensão de todos os processos que versarem sobre as mesmas questões de direito, individuais e coletivas que tramitem nesta região.

Do julgamento do IRDR caberá a interposição de recuso Especial e Extraordinário, na esfera do Processo Civil, sendo julgado o Incidente a tese jurídica deverá ser aplicada em todos os processos que versem sobre o mesmo tema, conforme nos ensina Mendes (2014, p. 299).

Contudo, para que o presente instituto possa ser aplicado ao processo do trabalho, preliminarmente cabe ressaltar que este deverá ser compatibilizado ao processo do trabalho. Destaca-se os órgãos que compõem a estrutura da justiça do trabalho, previstos no artigo 111 da Constituição Federal, sendo estes o Juiz do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, esta observação se faz pertinente ao saber que ao IRDR, poderá ser suscitada sua instauração com pedido dirigido ao Presidente do Tribunal, no processo do Trabalho terá seu exame de admissibilidade e julgamento perante o Tribunal Regional do Trabalho, nos moldes do artigo 982, I do novo CPC “Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;(...)”.

Outro ponto relevante se encontra, no artigo 8º parágrafo 2º da IN 39 do TST, trazendo como o Recurso Revista cabí-

vel para atacar decisão que julgar o mérito do incidente, pois, assim não poderia ser diferente, sendo clara a CLT a em seu artigo 896, “Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do TST das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:”. Sobre o tema, insta destacar, que o TST, ao editar a instrução normativa, resguardou o uma das peculiaridades recursais do Processo do Trabalho, no que tange aos recursos trabalhistas como regra só possuírem o efeito devolutivo, Saraiva e Manfredine (2015, p.302), diferente do disposto no artigo 897 §1º do novo CPC, que estabelece o efeito suspensivo aos recursos interposto em face do julgamento do IRDR.

Destaca-se ainda, a redação do artigo supracitado “presumindo repercussão geral de questões constitucional eventualmente discutida” o qual também deverá ser aplicado a Transcendência, como pressuposto específico do Recurso de Revista, no processo juslaborativo.

Por fim, encontramos a adaptação da aplicação da tese jurídica, proveniente do julgamento do recurso interposto contrário ao julgamento do IRDR, nos tribunais, esclarecendo, no artigo 8º parágrafo 2º da IN 39 do TST, que a tese jurídica adotada pelo TST será aplicada em todo território nacional a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito, sejam processos individuais ou coletivos.

CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente artigo, com a entrada em vigor do novo CPC se faz necessário o estudo da compatibilização de seus novos institutos ao Processo do Trabalho. Sendo de notório conhecimento, o Processo Civil poderá ser utilizado como fonte subsidiária ao processo do trabalho, diante de uma omissão legislativa ou lacuna e sendo este compatível com as normas e princípios do processo trabalhista.

Desta forma, se vislumbra a possibilidade de aplicação do CPC ao Processo do Trabalho nos moldes do artigo 769 da CLT, perfazendo necessária algumas adaptações de seus institutos jurídicos. Insta ressaltar pela validade da IN 39 do TST, editada de forma anterior a entrada em vigor do novo CPC, com intuito de regulamentar a sua aplicação na Justiça do Trabalho, criando segurança jurídica e previsibilidade ao jurisdicionados.

Neste mesmo sentido conclui-se pela aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de maio de 2016.

_____. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/parecer_deputado-efraim-filho. Acessado em: 04 de maio de 2016.

_____. **Código Civil**, LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acessado em: 12 de maio de 2016.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**, LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acessado em: 12 de maio de 2016.

_____. **CPC**, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em: 16 de maio de 2016.

_____ **CLT** (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943). Disponível. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acessado em: 14 de maio de 2016.

_____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 15 de maio de 2016.

_____ **LEI Nº 6.830**, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acessado em: 11 de maio de 2016.

_____ **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316195>. Acessado em: 15 de maio de 2016.

_____ **TST** . Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acessado em: 15 de maio de 2016.

_____ **TST . Resolução nº 203, de 15 de março de 2016**, editou a IN nº 39 Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a-27f1fe>. Acessado em 14 de maio de 2016.

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. São Paulo: Saraiva, 2008.

HAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CLAUS, Ben-Hur Silveira, Disponível em: http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4_O-incidente-de_desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica-previsto-no-novo-CPC.pdf. Acessado em 13 de maio de 2016.

DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre tutela provisória no novo cpc e suas implicações no processo do trabalho. In: **Novo CPC e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**, 35.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: **Novo CPC e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 38.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro . **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 04. p. 299.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. BENTO, José Gonçalves. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: **Novo CPC e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- PINHEIRO, Iuri Pereira. Reflexões acerca da penhorabilidade de bens à luz do novo CPC – avanços, retrocessos e a possibilidade da derrocada de alguns mitos. In: **Novo CPC e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.
- SARAIVA, Renato, MANFREDINE, Aryanna. **Processo do trabalho**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do CPC ao Processo do Trabalho. In: **Novo CPC e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Elisson Miessa (organizador). Salvador: Juspodivm, 2015.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E INFLUÊNCIAS DO NOVO CPC AO PROCESSO TRABALHISTA

Rodrigo Silva Trigueiro

Mônica Micaela De Paula

INTRODUÇÃO

O direito processual civil sofreu variadas transformações durante os últimos trinta anos, se aperfeiçoando para alcançar os anseios da sociedade. Nos dias atuais, percebe-se uma insatisfação com a pouca efetividade do processo, por alguns adjetivado de moroso, desigual e ineficiente.

É verdade, também, que a inserção no ordenamento jurídico do novo código de processo civil, traz novos ares para odireito instrumental, que pretende deixar de ser um processo burocrático e formalista, que somente tem por fim resguardar a segurança jurídica, para ingressar em uma nova era de eficiência e efetividade, fazendo valer o devido processo legal substancial.

A Constituição da República de 1.988 teve o mérito de realizar a chamada “constitucionalização do processo”, garantindo expressamente o devido processo legal, verdadeiro direito fundamental. Além do mencionado princípio, é possí-

vel constatar outros princípios importantíssimos como o princípio do contraditório e da ampla defesa, além de impor aos julgadores a motivação de suas decisões (DINAMARCO, 2001).

A Constituição também trouxe remédios processuais para o seu corpo de garantias, como o mandado de injunção e o *habeas data*. Ademais, ratificou um processo iniciado com a Lei 7.347 de 1985, que trata da Ação Civil Pública, que é a possibilidade do ordenamento jurídico abraçar as causas coletivas, aumentando a abrangência de tal ação, agora possibilitada a proteção e a prevenção de danos ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (MIOTTO, 2013).

Além disso, as tutelas coletivas ganharam novos legitimados com a CRFB/1988, incluindo as entidades associativas como legitimadas a representar seus filiados e os sindicatos defenderem os direitos de suas categorias mediante representação judicial ou administrativa (MIOTTO, 2013).

Em suma, a Constituição de 1988 foi um marco para o processo civil e possibilitou diversas modificações no ordenamento jurídico para a modernização do direito adjetivo brasileiro. Ocorreu, assim, uma gradual adaptação do modelo proposto do CPC de Alfredo Buzaid às novas demandas de efetividade que surgiam na sociedade e no meio jurídico.

1. A TUTELA COLETIVA E A CONCESSÃO DA TUTELA ESPECÍFICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O processo civil foi alvo de várias reformas legislativas com o objetivo de modernizá-lo para a era da sociedade das massas. A primeira importante modificação legislativa ocorreu em 1.990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. A Lei 8.090 possibilitou, em seu título III, art. 81, mais do que a “defesa do consumidor em juízo”, pois conseguiu trazer

para o ordenamento pátrio um novo sistema de defesa de direitos coletivos, permitindo a defesa coletiva quando se tratasse de (i) interesses ou direitos difusos, (ii) interesses ou direitos coletivos e (iii) interesse ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Ademais, o microssistema foi generoso com os legitimados para propor ações coletivas, permitindo a concorrência, em seu art. 82, de Ministério Público, entes federativos, entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos no CDC, além das associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo mencionado código.

Para permitir tal defesa de direitos, o código, no art. 83, é certo ao admitir todas as espécies de ações capazes de propiciar sua efetiva tutela, permitindo, inclusive, a concessão de tutela específica pelo juiz, para que se determine o cumprimento da obrigação ou providências para assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 84).

2. A MINIRREFORMA DE 1.994

A necessidade de atualizar o CPC/73 aos novos mandamentos constitucionais e a melhor efetividade do processo produziu seu primeiro ato legislativo específico, que foi a Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1.994. Essa lei alterou dispositivos do CPC/73 que tratavam sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

Permitiu ao juiz, de ofício, condenar o litigante de má-fé, com o valor da indenização fixado desde logo, em quantia não superior a vinte por cento, possibilitou ao juiz limitar o litisconsórcio facultativo (art. 46, parágrafo único) quando o número de litigantes comprometer a rápida solução do litígio ou

dificultar a defesa, fomentou a conciliação conforme o art. 125, inciso IV e o art. 331 do CPC.

Outra alteração é a antecipação da tutela prevista no art. 273 do CPC/73. O texto legislativo permite ao juiz, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: pelo inciso I, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; pelo inciso II, fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Importante modificação é o art. 461 que trouxe uma nova visão ao campo dos pedidos e às sentenças de mérito. Previu-se que nas ações que tiverem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deverão ser concedidas as tutelas específicas dessas obrigações, com a determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, podendo ser concedida, inclusive, liminarmente, quando houvesse relevância e receio de ineficácia justificado.

3. A AÇÃO MONITÓRIA E O AGRAVO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Em 1.995 foi sancionada a Lei 9.079, em 04 de julho, que trouxe ao processo o instituto da ação monitoria. Foram incluídos os artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c, que, resumidamente, proporcionaram um rito mais célere para aqueles que possuíam prova escrita sem eficácia de título executivo e pretendia o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou bem móvel determinado.

O rito da ação monitoria pretendeu ser o mais enxuto possível, pois estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz, de plano, deferiria o mandado de pagamento ou a entrega da coisa em até quinze dias. Possibilitou-se como defesa a oposição de embargos, que suspenderia a eficácia do mandado

inicial. Se o réu não apresenta defesa, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, com as regras previstas para a execução de sentença judicial.

A ação monitória também traria vantagens para o réu, pois se pagar no prazo do mandado de pagamento, fica isento de custas e honorários. Todavia, se fosse apresentado embargos, o seu prosseguimento se daria pelo rito ordinário, o que retirava um pouco da celeridade proposta inicialmente.

Em 30 de novembro, com a edição da Lei 9.139, foi a vez de alterar os recursos das decisões interlocutórias. A mudança trazida pelo legislador permitiu que o agravo de instrumento fosse interposto diretamente no Tribunal, evitando assim, o juízo preliminar de cabimento em 1º grau. Outra mudança ocorreu na possibilidade de requerer o efeito suspensivo ao agravo, o que antes só era possível por meio de mandado de segurança. O prazo foi ampliado para 10 dias (antes era de cinco) e a lei determinou uma série de documentos que devem fazer parte dos autos criados para a tramitação do agravo.

Entende CORRÊA (1.997), que essa nova forma processual do agravo tem como principal consequência a diminuição dos mandados de segurança, como se observa em seu estudo.

4. OS JUIZADOS ESPECIAIS

O microsistema dos juizados especiais ganhou forma com a lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995, divididos em cíveis e criminais. A intenção do legislador foi criar um rito sumaríssimo, orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação entre as partes, conforme insculpido no artigo 2º da mencionada lei e também facilitar o acesso à justiça pois as causas de menor complexidade puderam

ser interpostas pelas partes sem a necessidade de capacidade postulatória, que é exclusiva dos advogados, no tocante àquelas com valor até vinte salários-mínimos. E, além disso, é isenta de custas e honorários de sucumbência na 1ª instância.

Ainda trouxe uma nova parte: a figura do juiz leigo, capaz de dirigir a instrução e proferir decisão, provido através de concurso público, possui vencimentos inferiores ao juiz togado, além de possuir uma função com prazo determinado, ao contrário do magistrado.

Outra modificação importante é verificada na 2ª instância dos Juizados. Os autos não são enviados para as Câmaras ocupadas por Desembargadores, mas sim para Turmas Recursais onde são julgadores juízes de 1º grau.

Apesar de desafogar as abarrotadas varas comuns, trouxe ao Judiciário uma enxurrada de novas ações que antes estavam represadas pelos altos custos processuais, além de permitir algumas demandas temerárias. De todo modo, a porta de entrada ao microssistema cível é limitada às causas de valor até 40 salários-mínimos, a ação de despejo para uso próprio, ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao acima narrado e nos casos previstos pelo revogado artigo 275, II, do CPC/73.

Não obstante, os Juizados ganharam ainda duas novas versões: os Juizados Especiais Federais (Lei 10.259, de 12 de julho de 2001) e Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009), com as mesmas propostas, porém alguns requisitos diferentes.

5. O ANO DE 2001: LEI 10.173, LEI 10.352 E LEI 10.358.

O ano de 2.001 proporcionou algumas mudanças no processo como um todo. A primeira delas foi a inserção no ordenamento jurídico da Lei 10.173, de 09 de janeiro, que garantiu

a prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos. Trata-se de requisito objetivo, que não será interrompido em caso de morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira que possuam mais de sessenta e cinco anos.

Cumpre mencionar que a lei citada sofreu alteração em 2.009, com o advento da lei 12.008, de 29 de julho, que diminuiu o requisito objetivo para sessenta anos. Esta lei também estendeu a prioridade para pessoas portadoras de deficiência, física ou mental, além de outras pessoas, quando portadoras de doenças graves, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo, pois alterou a Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1.999, incluindo o artigo 69-A.

Já a Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, foi importante porque trouxe modificações referentes a recursos e ao reexame necessário. Primeiro, no tocante ao reexame necessário, alargou o rol das pessoas jurídicas beneficiadas com tal instituto, quando elencou no inciso II, do artigo 475, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e, com ênfase, as respectivas autarquias e fundações de direito público.

Porém, as principais alterações estão contidas nos parágrafos 2º e 3º. O legislador retirou a incidência do reexame necessário para as causas em que o valor certo não excede a 60 (sessenta) salários-mínimos, bem como no caso de procedência de embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. Ademais, também estará dispensado o reexame quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Outras alterações importantes ocorreram com o advento desta lei e que merecem destaque. Uma delas foi a que incluiu o parágrafo 3º do art. 515. A partir dessa norma, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito pelo órgão de 1ª instância. Outra foi a possibilidade da instância revisora, no caso de agravo de instrumento, convertê-lo em agravo retido quando não se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou não houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, cabendo agravo ao colegiado dessa decisão do relator.

A Lei 10.352 trouxe também mudanças nos embargos infringentes, restringindo o seu cabimento, como visto no artigo 530. Antes era possível o recurso quando a apelação ou a ação rescisória fosse julgada de forma não unânime. Após, porém, somente seria cabível quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.

Por fim, lembre-se a possibilidade trazida pelo parágrafo primeiro do art. 555, pelo qual ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

Noutro giro, a Lei 10.358, de 11 de janeiro de 2.001, acrescentou o parágrafo único ao artigo 14 do CPC/73, inserindo a figura dos atos atentatórios ao exercício da jurisdição, que, apesar de excluir das penas os advogados, impõe multa a ser fixada pelo juiz, de acordo com a gravidade da conduta, não superior a vinte por cento do valor da causa, a todo aquele que não cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e

que criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Além disso, foi modificado o artigo 253 do CPC/73 que tratava das causas distribuídas por dependência, acrescentando-se essa medida quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.

Ademais, foi acrescida ao art. 575, que tratava da execução fundada em título judicial, a possibilidade de execução pelo juízo cível de sentença arbitral (inciso IV), pois no art. 584, que mencionava o rol dos títulos executivos judiciais, foi incluída a sentença arbitral (inciso VI).

6. A LEI 10.444: NOVAS ALTERAÇÕES.

A busca por transformar o processo em um instrumento efetivo e célere resultou na Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, que alterou alguns tópicos do processo de conhecimento e de execução.

Um deles é a inclusão do artigo 461-A, que permitiu a concessão de tutela específica pelo juiz para demandas que tenham por objeto a entrega de coisa, antes permitida apenas para obrigações de fazer e não fazer. Outro foi o procedimento sumário previsto no artigo 275, onde o valor máximo sofreu incremento, de vinte salários-mínimos para sessenta salários-mínimos. Pelo artigo 280, igualmente, foi permitida a intervenção de terceiros no procedimento sumário quando se tratar de causas fundadas em contrato de seguro.

O artigo 331 foi alterado, promovida a inclusão do parágrafo terceiro em que ao juiz ficou permitida a dispensa da audiência preliminar quando a causa não versar sobre direitos que permitam a transação ou se verificar a improbabilidade de sua obtenção no caso concreto, podendo, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de provas.

O artigo 461 ganhou os parágrafos 4º e 5º, que incluiu a imposição de multa por tempo de atraso e a possibilidade de o juiz, de ofício, modificar o valor e a periodicidade da multa, quando verificar que esta se tornou insuficiente ou excessiva.

Algumas alterações tentaram trazer mais rapidez ao processo de execução, como as ocorridas com os artigos 588, inciso II e parágrafo 2º, 604, parágrafos 1º e 2º e 621, parágrafo único. Tratam respectivamente de matéria sobre elaboração de cálculos que dependa de dados existentes em poder do devedor ou de terceiros, requisição de cálculos ao contador judicial e multa diária por atraso no cumprimento da obrigação de entregar coisa certa.

7. A FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

A lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, com *vacatio legis* de 06 meses, voltou a alterar o processo civil, na busca pelo chamado sincretismo processual. O mérito da novel legislação foi fundir o processo de conhecimento e o processo de execução em apenas um rito processual, que antes eram estanques e demandavam nova citação para seu início. A partir desta lei o processo virou uno, com duas fases: a de conhecimento e a de execução.

Primeiro, é preciso dizer que a liquidação de sentença sofreu diversas modificações, com a inclusão dos artigos 475-A ao 475-H, para que se desenrolasse de forma mais ágil, possibilitando ao credor se valer, inclusive, do artigo 475-J, a seguir mencionado, bastando apresentar o valor requerido por meio de memória discriminada e atualizada do cálculo.

Já o cumprimento da sentença, que substituiu o processo de execução de título judicial, foi constituído no capítulo X, do título VIII, do Livro I, com os artigos 475-I ao 475-R.

Destaca-se o artigo 475-J, que afirma que o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Na avaliação de MOREIRA (2007) a cominação tem o escopo de incentivar o executado a pagar desde logo. Se isso acontecer, haverá ainda a vantagem de poupar ao órgão judicial o trabalho de fazer prosseguir a execução, e ao exequente as despesas necessárias a esse prosseguimento.

O processo de execução autônomo, todavia, continuou em vigor, para as hipóteses previstas no artigo 475-N. II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral; V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

8. AS LEIS DE 2006. LEIS 11.276, 11.382 E 11.419.

No ano de 2006 foi promulgada a Lei 11.276, de 07 de fevereiro, alterando o artigo 518 do CPC/73, onde foi incluído novo parágrafo. Impõe ao juiz que declare os efeitos em que receberá a apelação. Já o parágrafo primeiro diz que o juiz não receberá recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou STF, limitando as hipóteses de admissibilidade recursal.

Noutro giro, a lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006 alterou de forma substancial o processo de execução de títulos extrajudiciais. Destaque para o art. 615-A, que permitiu ao exequente, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória

do ajuizamento da execução para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos e de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. O parágrafo terceiro é explícito ao afirmar que há fraude à execução presumida quando se alienar ou onerar bens após a mencionada averbação.

A reforma na execução trouxe diversas mudanças na penhora, na arrematação, nos embargos, na adjudicação inserida no art. 685-A, na alienação por iniciativa do particular (685-C), entre outras, sendo uma tentativa de acelerar a satisfação do crédito pelo vencedor da demanda.

Já a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, foi a contemplada para trazer ao processo civil as marcas da informatização, permitindo o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Os artigos oitavo e seguintes traçam as características do processo eletrônico, que nos dias atuais está presente em diversos ramos do Poder Judiciário, aumentando a efetividade da justiça como um todo.

9. A DESJUDICIALIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Um dos motes da efetivação do processo e a redução das demandas perante o Poder Judiciário é desaguar em outros agentes e órgãos questões que prescindem do provimento judicial para sua solução, como é o caso das ações de jurisdição voluntária. Nessas questões, não há lide. Portanto, é de bom alvitre que não se movimente a máquina estatal para casos em que o âmbito extrajudicial tem total capacidade para resolvê-los.

Foi o que pensou o legislador com a edição da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa, a cargo dos tabeliães de notas.

O impacto dessa medida foi vista rapidamente nas varas de família e de sucessões, onde o número de processos diminuiu sensivelmente. Além disso, essa norma proporcionou às partes rápida resolução dos atos, diminuindo a chamada “burocracia” do Judiciário brasileiro.

10. OS RECURSOS REPETITIVOS, A REPERCUSSÃO GERAL E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

Em 08 de maio de 2008, foi sancionada a Lei 11.672, que estabeleceu o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O artigo 543-C foi inserido no CPC/73 e trouxe uma tentativa de diminuir a enxurrada de processos que versavam sobre a mesma questão de direito, possuindo fundamentação idêntica em todos os casos. Pelo disposto, o presidente do tribunal de origem admitiria um ou mais recursos representativos da controvérsia, que seriam encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.

Os tribunais de origem não precisam replicar a decisão do STJ de forma obrigatória, mas o entendimento da Corte superior tem papel importante de orientação. Estatísticas do STJ indicam que, em fevereiro de 2016, haviam 422,1 mil processos suspensos em tribunais de justiça e tribunais federais aguardando o julgamento de recursos repetitivos. (CNJ, 2016)

A repercussão geral, por sua vez, é instituto diverso, possibilitado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que previu impossibilidade de análise de recursos extraordinários que não atendam critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica, indo além do interesse das partes envolvidas. A mesma Emenda Constitucional foi a responsável por inserir no rol do art. 5º da Constituição da República o inciso LXXVIII, que garante a

todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, foi a responsável por inserir no processo civil o instituto da repercussão geral, com a inclusão dos artigos 543-A e 543-B, conferindo eficácia a este novo requisito de admissibilidade.

A proposição de repercussão geral é feita pelo relator e analisada pelo Plenário Virtual do STF. São necessários pelo menos oito votos discordantes para que a repercussão geral não seja admitida. A decisão definitiva sobre o processo com repercussão geral ocorre sempre em julgamento presencial. Em setembro de 2015, segundo o STF, havia 1,36 milhão de processos em instâncias inferiores aguardando decisão do Supremo, em casos de repercussão geral. (CNJ, 2016)

11. OUTRAS MODIFICAÇÕES ATÉ A ENTRADA VIGOR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Desde o ano de 2009 já se trabalhava no anteprojeto do novo código de processo civil. Não obstante, até a sua edição em 2015, o legislador continuou introduzindo modificações na esfera processual. Algumas delas foram importantes, o que nos exige pelo menos citá-las. A primeira delas foi a Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, que traz nova disciplina ao mandado de segurança individual e coletivo.

Outra importante norma adotada por nosso ordenamento foi a Lei 13.140, de junho de 2015, que entrou em vigor antes do Novo Código de Processo Civil, apesar de ter sido promulgada depois. Esta lei trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ressalta-se que esta lei possui dispositivos que aparentemente conflitam com a regulação da conciliação e mediação prevista no NCPC.

12. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo código de processo, promulgado em 16 de março de 2015, com entrada em vigor após um ano, é ambicioso. Trouxe inúmeras mudanças ao processo civil que não compete a este trabalho pormenorizar. Em linhas gerais, procura trazer um rol de normas fundamentais e meios de aplicação das normas processuais, espelhando-se na Constituição da República, com a incessante necessidade de efetivar o devido processo legal substancial, a igualdade, o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, possui uma visão macro do processo e tenta abarcar as outras formas de resoluções de conflitos, como a conciliação e a mediação, além de estimular a solução consensual dos conflitos.

A novel legislação busca horizontes maiores que o âmbito civilista, pois pretende regular subsidiariamente outros ramos do direito. Essa é a redação de seu art. 15, que expressamente prevê que as lacunas normativas no campo processual eleitoral, trabalhista e administrativo serão sanadas pelas normas previstas no código processual civilista.

12.1 INFLUÊNCIAS NO PROCESSO DO TRABALHO.

No tocante a seara trabalhista, que é revestida de toda uma legislação própria, sendo encabeçada pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Por se tratar de um ramo do direito bastante peculiar, com uma justiça especializada, jurisprudências sedimentadas que evocam princípios exclusivos e toda uma cultura própria de formalidades e tratativas, a norma prevista no artigo 15 do novo CPC pode trazer alguns conflitos a serem resolvidos no âmbito processual.

Por outro lado, a própria CLT, em seu artigo 769, já dispunha sobre a aplicação subsidiária do direito processual ci-

vil em casos onde não sejam encontradas incompatibilidades com a legislação trabalhista. Sua pouca aplicabilidade prática, no entanto, se deve ao fato dos códigos de processo civil, tanto o de 1939, quanto o de 1973, serem feitos sob uma ótica que privilegiava o devedor, enquanto o direito do trabalho possui uma ótica voltada para o credor trabalhista e, assim, há conflitos de princípios entre as duas áreas.

As divergências entre as normas já são sentidas perante os tribunais. O pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Instrução Normativa 39/2016 que dispõe sobre as normas do novo CPC aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho.

Entre as principais deliberações, estão aquelas que dispõem sobre a prevalência do princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, privilegiando o art. 893, §1º da CLT e a Súmula nº 214 do TST, bem como a manutenção do prazo de oito dias para interpor e contra-arrazoar os recursos trabalhistas, inclusive agravo interno e regimental, só excluídos os embargos de declaração.

Ademais, são inaplicáveis os artigos: (i) 63, modificação da competência territorial e eleição de foro; (ii) 190 e parágrafo único, negociação processual; (iii) 219, contagem de prazos em dias úteis; (iv) 335, prazo para contestação; (v) 362, III, adiamento da audiência em razão de atraso injustificado superior a 30 minutos; (vi) 334, audiência de conciliação e mediação; (vii) 373, §§3º e 4º, distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes; (viii) 921, §§4º e 5º, e 924, V, prescrição intercorrente, dentre outros.

Por outro lado, são aplicáveis ao processo do trabalho, os seguintes temas, dentre outros: (i) saneamento de incapacidade processual ou de irregularidade de representação; (ii) *amicuscuriae*; (iii) poderes, deveres e responsabilidades do juiz; (iv) valor pretendido na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano

moral; (v) correção de ofício do valor da causa; (vi) tutela provisória; (vii) distribuição dinâmica do ônus da prova; (viii) juízo de retratação no recurso ordinário; (ix) fundamentação da sentença; (x) remessa necessária; (xi) tutela específica; (xii) cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; (xiii) BacenJUD; (xiv) responsabilidade patrimonial; (xv) intimação da penhora; (xvi) ação recisória; (xvii) reclamação; (xviii) pagamento parcelado do lance; (xiv) parcelamento do crédito exequendo etc.

Ademais, será aplicado ao processo do trabalho as normas do CPC sobre o princípio do contraditório (inclusive art. 9º e 10º), especialmente a que veda a decisão surpresa. Não se considera “decisão surpresa” aquela em que as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.

Outrossim será aplicado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, os ritos de processos repetitivos e a improcedência liminar de causas em que haja enunciado de súmula dos tribunais superiores ou que haja decadência.

CONCLUSÃO

Como visto no presente trabalho, o processo como um todo e, o processo civil especificamente, passaram por inúmeras mudanças da Constituição da República de 1.988 até a presente data, sendo alterado sempre com o fim de promover o processo como instrumento para a realização da democracia e com o objetivo de assegurar um devido processo legal substancial, com ênfase na celeridade e na duração razoável do processo, sem se esquecer do acesso à justiça, das garantias do contraditório e da ampla defesa e da isonomia entre as partes.

É possível verificar nesse histórico, a diversidade de institutos e procedimentos que foram aperfeiçoados, como ocorreu com a junção dos processos de conhecimento e de execução, a tutela específica, o movimento de processos coletivos, a metamorfose do agravo, as reformas da fase executiva, os processos repetitivos, a importância da repercussão geral e, até mesmo, a desjudicialização da jurisdição voluntária.

Até que se chega ao novo código de processo civil, que promove verdadeira constitucionalização do processo civil, em um sem número de normas que refletem princípios e garantias fundamentais e que buscam a concretização do devido processo legal, sem se esquecer das demais formas de resoluções de questões, que não judiciais.

Conclui-se, por fim, que o novo código vai além do processo civil, se imiscuindo em outras searas do direito. O processo do trabalho, por exemplo, foi influenciado, como ficou constatado acima, onde várias normativas foram consideradas dignas de aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho.

BIBLIOGRAFIA

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Agência de Notícias.

CNJ Serviço: Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81998-cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos> > . Acesso em: 23 de maio de 2017.

CORREA, Josel Machado. Estudo sobre o recurso do agravo de instrumento e a lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16978-16979-1-PB.htm> > . Acesso em 26 de maio de 2017.

DINAMARCO, Candido José. A reforma do código de processo civil. 4. ed. São Paulo:Malheiros, 2001.

MIOTTO, Carolina Cristina. A evolução do direito processual civil brasileiro: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível em: < <http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/viewFile/135/66> > . Acesso em 25 de maio de 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa.O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 196-197.

JUSTIÇA DO TRABALHO E SUA COMPETÊNCIA PRA JULGAR CRIMES

Thiago Moraes de Almeida Lemes

1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Buscando iniciar nosso breve estudo dentro de uma matriz histórica a qual não é nosso norte mas apenas um apanhado para uma melhor elucidação podemos dizer que o princípio do devido processo legal tem suas origens segundo os grandes historiadores (SILVEIRA, 1996) do direito na Inglaterra no ano de 1215, onde o rei John de Anjou, também chamado de João “sem-terra” (lackland), no confronto levado a efeito nos relvados de Runnymede, em que este foi obrigado a aceitar e por seu selo real nos exatos termos da declaração a que lhe foi imposto pelos barões e tal documento ficou conhecido por Magna Carta.

Diante do que acima expus e objetivando a defesa das garantias individuais diante da lei, emerge ao ordenamento jurídico o devido processo legal, que veio para assegurar que ninguém será privado de seus bens, de sua vida ou liberdade sem antes passar ou enfrentar um julgamento público e justo, “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º LIV, CF/88).

O Princípio do Devido Processo Legal (due process of law) está assegurado, como acima foi visto no art. 5.º, inc. LIV, da Constituição Federal de 1988 e isso nos faz ver que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem um processo justo que assegure aos litigantes, e aos acusados em geral o contraditório, a ampla defesa e um julgamento imparcial, fundamentado na legislação pátria com ampla defesa e contraditório e feito por um juiz natural relacionado ao caso e a matéria.

O Princípio do Devido Processo Legal, obviamente não está aqui totalmente exposto, mas uma breve exposição, e que queremos demonstrar que ele é um vetor paradigmático para os demais princípios do setor processual penal-civil-trabalhista, onde tal princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado Democrático de Direito pátrio, o que nos faz, com certeza, afirmar que é aplicável em todos os âmbitos da jurisdição pátria, inclusive na trabalhista-penal.

No Devido Processo Legal vem colacionado a ele as garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, publicidade, juiz natural, assistência judiciária gratuita dentre outras as quais uma pesquisa mais aprofundada poderá melhor nos revelar.

Para Miranda (2006, p. 48) o devido processo legal seria:

Assim, em termos gerais, a garantia do devido processo legal diz respeito aos princípios da igualdade, da legalidade e da supremacia da constituição, que são inerentes a democracia moderna, sendo que na sua concepção inicial consistia no conjunto de garantias constitucionais que asseguram as partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e que permitem ao juiz o desempenho adequado da função jurisdicional.

2 JURISDIÇÃO TRABALHISTA

A Justiça do Trabalho assim como todas os níveis jurisdicionais pátrios estão em constante evolução o que óbvio se dá pela constante modernização das relações de vida social que veio elencado a partir da E.C. n. 45/2004, o que demonstra que o legislador/reformador pátrio não está ao largo dessas mudanças e tal situação veio dar novos ares a justiça do trabalho da qual ela antes não tinha atribuição que é o julgamento de crimes.

A partir da E.C. 45 e o que tal emenda veio a representar para o ramo trabalhista do poder judiciário que passou a ser competente para processar e julgar as ações decorrentes da relação de trabalho que possam ter envolvimento com crimes, e isso pode ser vislumbrado com uma leitura do artigo 114, da Carta Constitucional. A reformulação constitucional traz a baila que não serão julgadas pela justiça do trabalho apenas as ações trabalhistas em sentido estrito mas que também poderão ser julgadas na esfera de atuação da Justiça Laboral as lides de ordem criminal, e não apenas cíveis ou trabalhistas, desde que presente o conflito entre homem e trabalho e este venha a ser relacionado as relações trabalhistas, por ser este um critério interpretativo válido, em nosso pensar, da expressão relação trabalhista.

O termo “Relação de Trabalho” é um critério definidor da competência trabalhista e é de fundamental importância para estas conclusões. Através desse novo paradigma que trouxe a qualificação dos sujeitos envolvidos numa relação jurídica de emprego para a expressão relação de trabalho e da competência da Justiça trabalhista podemos dizer que agora é possível que as ações penais, que não são em suma competência da justiça trabalhista, mas que se estiverem insertas na relação de trabalho, estariam agora também inseridas na competência da Justiça trabalhista, começando assim, a nosso ver, uma nova linha processual.

O constituinte reformador pátrio ao estabelecer pelo que é lido do artigo 114, da Carta Constitucional veio a versar sobre a competência da Justiça do trabalho para as ações penais decorrentes da relação de trabalho, as lides que lhe serão atribuídas não necessitam mais ser exclusivamente vinculadas aos sujeitos da relação de emprego, o que amplia sua competência para outras ações, inclusive as ações penais que decorram da relação de trabalho, por inexistir qualquer vedação neste sentido. Tal assertiva vem a calhar em novo modelo de linha processual.

Sendo por final vislumbrada a correlação da infração penal com a matéria trabalhista, não duvidando da noção de adequação legítima ou não entre o processo e o órgão judiciário competente, deverá por razão lógica ser atribuída à Justiça do trabalho a competência penal para a análise destas infrações criminais e com relação a este tema no fundamentamos no escólio de Chaves Júnior (2005, p.225)

Daí que a adequação legítima corresponde, perfeitamente, ao critério de fixação da competência penal, atinente à natureza jurídica da infração, previsto pelo inciso III do art. 69 do Código de Processo Penal, em outras palavras, a Justiça que lida com a proteção do trabalho é que, sem dúvida, tem maior grau de adequação e legitimidade para avaliar o teor ofensivo das condutas reprimidas pela ordem penal-trabalhista.

Uma breve leitura do Artigo 114 da CF/88 nos dará uma melhor visão sobre o tema que é tão controverso:

Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Abaixo poderemos analisar melhor os dois incisos em tela acima expostos para que possamos chegar a um vetor comum que solucione a controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

O que podemos entender é que se foi dado à Justiça do trabalho o poder pra julgar Habeas Corpus pelo constituinte reformador, tal assertiva não é deveras absurda, uma vez que não há palavras vãs na Constituição Pátria e mais um motivo nos é dado pelo inciso em epígrafe do artigo 114 da Carta da república para acreditar ser a justiça trabalhista competente em relação à seara penal no que diz com relação a situação da relação de trabalho.

Analisemos o conteúdo do dispositivo:

Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

Como podemos vislumbrar o constituinte não sem razão veio a destinar sim a Justiça do Trabalho a competência para julgar habeas corpus se os atos tiverem correlação matéria sujeita à sua jurisdição trabalhista, ou seja, quando a matéria estiver vinculada à relação de trabalho, caso contrário não haveria motivos para estar nos dizeres legais.

É claro e lógico o comandamento legal constitucional que não deixa dúvidas para que motivo houve tal atribuição

que veio a partir da reforma constitucional em também haver jurisdição penal à Justiça trabalhista. A própria natureza do habeas corpus é de caráter penal e esta foi destinada ao Judiciário Trabalhista, vejamos:

Nos sempre doutos ensinamentos de Tourinho Filho(1994, p.443) o instituto do habeas corpus não é um mero recurso, mas é

Nas hipóteses dos incs. II, III, IV e V o art. 648, é uma verdadeira ação penal cautelar, pois visa impedir que o desenrolar moroso do processo, ou de outra qualquer providência que possa ser tomada, venha acarretar maior restrição ao status libertatis do paciente. Nas hipóteses dos incs. VI e VII, se houver sentença com o trânsito em julgado, funciona ele como verdadeira ação penal constitutiva, pois visa extinguir uma situação jurídica. E, dependendo da hipótese concreta, o habeas corpus, com fundamento no inc. I, poderá ter a natureza de ação penal cautelar, de ação penal constitutiva ou até mesmo declaratória.

Com relação ao tema o STF se pronunciou no sentido de declarar o habeas corpus uma ação de natureza penal, não poderia ser de outra maneira. No julgamento do HC n. 85.096-1/MG, do qual foi relator o Ministro Sepúlveda Perence, o STF disse que:

Habeas corpus contra decreto de prisão civil de Juiz do Trabalho: coação atribuída ao Tribunal Regional do Trabalho: coexistência de acórdãos diversos para o mesmo caso, emanados de tribunais de idêntica hierarquia (STJ e TST): validade do acórdão do STJ, no caso, dado que as impetrações foram julgadas antes da EC 45/04. Até a edição da EC 45/04, firme a jurisprudência do Tribunal em que, sendo o habeas

corpus uma ação de natureza penal, a competência para o seu julgamento “será sempre de juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de sentença.

Não há a menor condição de não dizermos que a natureza jurídica do Habeas Corpus é da seara penal, mesmo que haja doutrina contrária sobre o tema que não é pacífico em dizer que a competência penal da Justiça do Trabalho tão somente poderia apreciar este remédio constitucional, e que não haveria outra situação a qual ela poderia analisar se for de natureza penalista.

Obviamente tal posicionamento de certos doutrinadores são por demais incongruentes tendo em vista a gama de atribuições a qual uma justiça se dispõe. Não é lógico que se há um mandamento constitucional para uma determinada seara jurisdicional essa possa somente analisar um remédio constitucional sendo que pode haver outras diversas situações a qual se correlacionam com a justiça do trabalho, além do mais a competência para o julgamento de tão importante ação como o HC que é um instrumento de cessação de qualquer ilegalidade contra o status libertatis, seja negada à Justiça do Trabalho a competência para o julgamento de outras ações de natureza penal.

Diante de tudo acima exposto podemos crer ser a justiça trabalhista onde um juiz do trabalho é sim o mais competente para analisar as relações que envolvem o trabalhador e seus pormenores e peculiaridades, tal como a justiça militar julga os militares, fazendo aqui uma analogia jurisdicional.

3. JUIZ NATURAL NO DIREITO DO TRABALHO

Dentro do nosso estudo devemos deixar caro que há diferenças entre Princípios e peculiaridades, pois princípios são as

bases orientadoras e informadoras de uma ciência e as peculiaridades é aquilo que é próprio, específico de determinado ramo do Direito. Paulo Bonavides (2008, p.257) diz que o melhor conceito formulado sobre o que é princípio foi dito por Crisafulli

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

O princípio do Juiz natural no processo do trabalho não se afasta dos ensinamentos do doutrinador italiano. Com relação a possíveis imparcialidades e insegurança jurídica que possam vir a ser trazidas pelo Estado, o princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, vem a calhar pela justiça e segurança. Diz assim a CF/88, em seu Artigo 5º, incisos, XXXVII e LII: XXXVII-Não haverá juízo ou tribunal de exceção e LIII-Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Com tais assertivas podemos entender que Juiz Natural é aquele previamente constituído e competente para julgar causas abstratamente e anteriormente previstas. Considerando os dizeres da CF/88, juiz natural é somente aquele integrado de forma legítima ao Poder Judiciário e com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. Chegaremos com isso a conclusão que somente são efetivamente Juízos e Tribunais, aqueles previstos constitucionalmente.

No escólio de Nery (2000, p.65) este traz de forma brilhante o que seria o princípio do Juiz Natural:

O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral.

Diante de tudo acima exposto chegamos a conclusão que a Justiça do Trabalho possui uma competência material específica sim e é Importante salientar que, pela competência decorrente, a Justiça do Trabalho é apta a julgar fatos que estejam fora da CLT e que estejam em outras normas legais, tal como normas penais, mas que por consecução legal hajam correlação com a relação de trabalho e é esta a peculiaridade esta vai atrair a competência trabalhista.

Tal visão é a que podemos dizer ser mais democrática que se tem em sede de Direito do Trabalho, devendo os doutrinadores e jurisconsultos afastar-se de ter uma visão antiquada sobre a Justiça do trabalho e que ela é competente só para o julgamento dos dissídios previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, o que nos leva a crer que tal pensamento não se compactua com uma nova interpretação de nossa constituição e neste diapasão já se posicionou Rodolfo Pamplona, que traz um artigo “Interpretando o artigo 114 da Constituição Federal de 1988” e diz que:

O que dita a competência material da Justiça do Trabalho é a qualidade jurídica ostentada pelos sujeitos do conflito intersubjetivo de interesses: empregado e empregador. Se ambos comparecem a Juízo como

tais, inafastável a competência dos órgãos desse ramo especializado do Poder Judiciário nacional, independentemente de perquirir-se a fonte formal do Direito que ampara a pretensão formulada. Vale dizer: a circunstância de o pedido alicerçar-se em norma do Direito Civil, em si e por si, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho se a lide assenta na relação de emprego, ou dela decorre. Do contrário, seria inteiramente inócuo o preceito contido no art. 8º, parágrafo único, da CLT, pelo qual a Justiça do Trabalho pode socorrer-se do ‘direito comum’ como ‘fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Se assim é, resulta evidente que a competência da Justiça do Trabalho não se cinge a dirimir dissídios envolvendo unicamente a aplicação do Direito do Trabalho, mas todos aqueles em que a disputa se dê entre um empregado e um empregador nesta qualidade jurídica.

4 PRINCIPIO DO PROMOTOR NATURAL DO TRABALHO

O importante princípio nada mais consiste do que na garantia de todo cidadão ser acusado por um órgão independente estatal e não ser acusado ao bom alvedrio de quem quer que seja, vedando-se, por consequência, a designação, inclusive, de promotores ad hoc.

Na doutrina de Bulos (2010, p.669) este diz que o princípio do promotor natural vem a calhar

Estabelece que a lei que deve estabelecer, previamente, as atribuições do Ministério Público. Não são mais admissíveis os cargos genéricos; todos

eles devem ser fixos, com a esfera de competência prevista na legislação. Busca-se, assim, propiciar ao acusado o direito de ter o seu caso examinado por um órgão livre e independente, à luz da legalidade. Disso deflui o objetivo do promotor natural: abolir os procedimentos de ofício, eliminando a acusação privada e extirpando o acusador público de encomenda, escolhido pelo procurador-geral de justiça.

Diante da acima assertiva exposta podemos entender que tal princípio veda que em casos certos e determinados possa vir a ser nomeados promotores de Justiça ou procuradores da República casuisticamente, sem qualquer amparo constitucional ou legal e sobre isso podemos nos socorrer em Pacelli (2009, p.444):

A doutrina do promotor natural, portanto, sobretudo no que respeita ao aspecto da vedação do promotor de exceção, fundamenta-se no princípio da independência funcional e da inamovibilidade (funcional) dos membros do Ministério Público, exatamente para que a instituição não se reduza ao comando e às determinações de um único órgão da hierarquia administrativa, impondo-se, por isso mesmo, como garantia individual. É nesse ponto, precisamente, que o aludido princípio vai encontrar maior afinidade com o juiz natural. Este, orientado também para a exigência do juiz materialmente competente, além da vedação do tribunal ou juiz de exceção, constitui garantia fundamental de um julgamento pautado na imparcialidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil em suas palavras veio a diferenciar cada tarefa do Ministério Público

em uma área e segundo o artigo 128, inciso I e II da Constituição podemos ver claramente diferenciação:

Art. 128 – O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:
a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

Como acima está exposto fica claro que a questão trabalhista-criminal não pode e não deve estar fora do bojo do Ministério Público do Trabalho, e isso não tem deixado alguns de nossos procuradores trabalhistas em oferecer denúncia por crime cometido na relação de trabalho. Contudo, tais acusações têm sido alvo de indeferimentos e por vezes se aceitos nos juízos de primeira instância e sobem ao Tribunal Superior do Trabalho, são indeferidos liminarmente numa ação antidemocrática.

Trazemos abaixo um exemplo clássico de tal ação jurisdicional de indeferimento a que nos reportamos ser de lavra inconstitucional, pois nas palavras do julgador que veio a considerar ser competente a Justiça do Trabalho para o julgamento de causas trabalhistas-penais. Nesse acórdão de agravo regimental, a decisão foi unânime em negar provimento.

O Ministério Público do Trabalho, sustentando a competência material da justiça do trabalho para apreciar as causas de natureza criminal decorrentes da relação de trabalho ante a nova redação dada pela emenda constitucional nº 45/2004 ao art. 114 da constituição federal, oferece a presente denúncia-crime contra **Ciro Marcial Roza** (atual prefeito do município de Brusque/SC), **Dagomar Antônio Carneiro** (vice-prefeito do município de Brusque/

SC), Rimer dos Santos Paiva Júnior (diretor administrativo da codeb) e Osnildo Carlo Klann (religioso e presidente do conselho de administração do instituto amea) e no caso de não acatada a competência desta justiça especializada, pede a remessa dos autos à justiça comum – Tribunal de Justiça de Santa Catarina.(TRT 12ª REGIÃO. Ac.-TP-Nº 13873/2006 – AG-REG-APP 00890-2005-000-12-00-7 – Relatora: Juíza Lília Leonor Abreu. Acórdão data-do de 19/09/2006)

5. CRIMES COM RELAÇÃO DE TRABALHO

Obviamente que não vamos dizer que nossos exemplos são numeros clausus, pois sabemos que as situações podem mudar e deveras termos em algum momento um novo tipo penal que se compactue melhor com a vida humana e por isso que dessa forma defendemos a competência da Justiça do Trabalho pela adequação legítima entre o fato questionado, o direito controvertido ou a pretensão aludida e pela unidade da jurisdição, e isso tudo em consonância com a constituição.

Abaixo trazemos os exemplos que de alguma maneira é identificado a relação criminal controversa em que há a figura do empregado e do empregador ou outros modelo análogo e que esta sob a proteção constitucional e da Justiça do Trabalho. Pensamos da seguinte maneira: Tais crimes em que de alguma maneira são porventura cometidos em decorrência da relação de trabalho e deveriam ser remetidos à análise da Justiça Trabalhista.

Entretanto, não se poder parar por aí. Não são apenas os crimes contra a organização do trabalho os suscetíveis a acontecer em decorrência da relação de trabalho. De modo algum se pode limitar apenas a esses tipos previstos no Título IV do Código Penal. Em lista breve, são eles:

- a) Atentado contra a liberdade de trabalho (Art. 197);
- b) Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta (Art. 198);
- c) Atentado contra a liberdade de associação (Art. 199);
- d) Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem (Art. 200);
- e) Paralisação de trabalho de interesse coletivo (Art. 201);
- f) Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem (Art. 202);
- g) Frustração de direito assegurado por lei trabalhista (Art. 203);
- h) Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho (Art. 204);
- i) Exercício de atividade com infração de decisão administrativa (Art. 205);
- j) Aliciamento para o fim de emigração (Art. 206);
- k) Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (Art. 207).

Nas palavras de D'Ambroso (2006, p. 194)

O critério científico, pois, de fixação da competência criminal trabalhista, há de ser *ex ratione materiae*, na consonância do art. 114 e seus incisos: se da relação de trabalho (aí compreendidas as relações sindicais e as resultantes do exercício do direito de greve) decorrer uma conduta típica, antijurídica e culpável, não importando o tipo penal envolvido, a

ação penal que nasce para o Ministério Público (do Trabalho) é da alçada da Justiça do Trabalho.

Tais tipos penais acima descritos descrevem, de modo inequívoco, a relação trabalhista e suas peculiaridades intrínsecas. Logicamente, que pode haver outros que não fica tão claro, mas que pela interpretação sistêmica é possível identificar que a relação controvertida é em suma em decorrência da relação trabalhista.

6. RELAÇÃO ENTRE DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PENAL

Temos em nossa legislação penal o título IV de seu capítulo IV que dizem sobre os crimes contra a organização do trabalho que são ao todo dez tipos penais. Por característica nuclear eles apresentam relações de trabalho. Vê-se pela análise detida destes tipos penais, que no item anterior acima colocamos, que o seu fato típico não decorrem de questões criminais, mas de uma relação de trabalho descumprida ou de um direito trabalhista obstado, que vem a calhar na ofensividade de um bem jurídico específico de um trabalhador, numa relação trabalhista-penal. Detido no assunto, nos colaboramos com Nascimento(2014, p. 182) “As principais relações entre o direito do trabalho e o direito penal residem na inclusão entre as infrações penais da matéria trabalhista e na unidade de figuras e consequente problema das relações entre o ilícito penal e o ilícito trabalhista”.

Outro aspecto indubitável nesta análise é a Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro no que concerne aos crimes contra a organização do trabalho em seu item 67:

Já não é admissível uma liberdade do trabalho entendida como liberdade de iniciativa de uns sem

outro limite que igual liberdade de iniciativa de outros. A proteção jurídica já não é concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, sejam de direito administrativo, sejam de direito penal. Daí, o novo critério adotado pelo projeto, isto é, a trasladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos crimes contra a liberdade individual para uma classe autônoma, sob a já referida rubrica. Não foram, porém, trazidos para o campo do ilícito penal todos os fatos contrários à organização do trabalho: são incriminados, de regra, somente aqueles que se fazem acompanhar da violência ou da fraude. Se falta qualquer desse elementos, não passará o fato, salvo poucas exceções, de ilícito administrativo. É o ponto de vista já fixado em recente legislação trabalhista.

Diante de tudo acima dito afirmamos que Direito do Trabalho e o Direito Penal tem ligação ínfima e cabe por dizer que a consequência disso desagua na competência penal para a Justiça do Trabalho e isso como está explicitado na Exposição de Motivos do Código Penal que os crimes contra a organização do trabalho não são espécies do gênero “crimes contra a liberdade individual”, mas tratam-se de verdadeiro gênero autônomo. Acima fizemos uma analogia e aqui nos valem dela novamente, em que a competência para tipos penais de uma relação trabalhista pode e deve ser resolvido

pela analogia à competência das demais justiças especializadas, tais com, os crimes eleitorais que são julgados pela Justiça Eleitoral e os crimes militares pela Justiça Militar.

7. STF E SUA VISÃO

Com a devida vênia, de não me compactuar com o pensamento do STF que julgou a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações penais, e isso na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.684-0, que abaixo exporemos:

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme dada ao art. 114, incs. I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC nº 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito ex tunc. O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.

Um falacioso argumento que usam para que a justiça do trabalho não venha a julgar crimes com relação de trabalho se dá pelo motivo do princípio do Juiz Natural que acima expomos e mostramos que não há óbice em nossa CF/88. Tal princípio de certo é um dos expoentes do processo penal e é uma garantia constitucional de que as causas penais serão submetidas a um juiz imparcial e independente, estando assim, apto a realizar a atividade estatal pacificadora, denominada jurisdição. Dizer que um juiz trabalhista não seria imparcial ou não ter as bases técnicas é desafiar a lógica dos cursos jurídicos e da magistratura e com isso não nos compactuamos, mas respeitamos as vozes dissonantes.

8. CONCLUSÕES

Assim, por meio desta singela pesquisa, chegamos a conclusão de que a Constituição Federal, o Direito Trabalhista não pode e nem deve se resumir a proteger Direitos Trabalhistas. A lógica do direito do trabalho é fazer o direito zelar pela dignidade do trabalhador, em todas as suas amplitudes e que não seja um ramo jurídico lacunoso, mas que venha a ser uma das tábuas de salvação dos trabalhadores na perseguição da dignidade da pessoa humana tão defendida pelos Direitos Humanos, e o que se deve fazer é dar à Justiça do Trabalho uma competência que já está definida na constituição e que *jus puniendi* esteja albergado pelos julgadores que realmente conhecem a mítica dos trabalhadores e não estejam ao largo em outras questões.

O que defendemos é a unidade jurisdicional, em que nos mais tenros estudos jurídicos se diz sobre que a jurisdição é una, mas parece não ser em relação a justiça trabalhista.

Por fim, podemos dizer que a Justiça do Trabalho, pelo novo conceito dado pelo constituinte reformador que diz ser ela competente para apreciar todas as ações penais que decorrerem da relação de trabalho, levando em consideração as nuances legais para cada caso em concreto.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. D.O.U de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 45. D.O.U de 30 de dezembro de 2004. Brasília, DF.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Malheiros, 22ª edição, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 2010, págs. 669/670.

- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a Competência Penal da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.
- D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão. Revista LTr, São Paulo, ano 70, n. 02, 2006.
- MIRANDA, Gustavo Senna. Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa. São Paulo: RT, 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 6ª edição, v.21, 2000.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 12ª Ed. Lumens Júris. 2009, pág. 444.
- PAMPLONA, Rodolfo. Interpretando o artigo 114 da Constituição Federal de 1998. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2064/interpretando-o-art-114-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 24/05/2017.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal – Due process of Law. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 15.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 16ª ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1994.

O TRABALHO ESCRAVO RURAL NA MODERNIDADE

Tiago Martinez

Drielly da Silva Andrade Couto

Larissa Barreto dos Santos Leite

INTRODUÇÃO

Atualmente no Brasil, o trabalho escravo vem se mostrando como um problema constante, despertando pesquisas em diversas áreas do conhecimento, não se mostrando diferente na área jurídica preocupante aos trabalhadores rurais. Entretanto, tendo em vista o grande número de trabalhadores em condição análoga à escravidão, há de se verificar direitos violados por seus empregadores. Contidos em normas constitucionais, supralegais e infraconstitucionais, que devem ser submetidas a devida fiscalização pelo Poder Público.

Diante do exposto, é evidente a preocupação com o país, salientando o problema com o trabalho, entre diversos trabalhadores que diariamente são resgatados de ambientes insalubres e condições de ameaças e tortura psicológica, resultando assim no trabalho escravo moderno. Vale Ressaltar que o âmbito rural habita muito mais trabalhadores nestas condições, talvez por maior isolamento das fazendas ou por alguns grandes fazendeiros possuírem armas de fogo, facilitando a ameaçada aos trabalhadores em tal condição.

O presente trabalho visa, portanto, analisar os conceitos envolvendo o tema em questão, tanto na doutrina, quanto na base legal, além de os órgãos competentes que visam combater a situação, as soluções trazidas pelo Estado, ao exemplo do crime do art.140, CP, a Emenda 81/2014, também comparação do trabalho escravo no Brasil Império com os dias atuais.

A adversidade do trabalho escravo moderno rural trata-se de um problema totalmente lastimoso, no qual a conscientização da população deve existir. A escolha do tema baseia-se em conhecimento dos fatos, informação e compreensão do que está ocorrendo modernamente.

1. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO TRABALHO ESCRAVO

O Brasil incrivelmente fruiu do trabalho escravo por mais de três séculos, e, apesar da denominada Lei Áurea, promulgada em 13 de Maio de 1888, que proibiu a prática da escravidão desde então, ocorreu em nosso país apenas um fenômeno de adaptação aos dias atuais para sua atividade ser chamada de trabalho escravo moderno e apresentar algumas diferenças. Desde que a prática foi proibida, podemos dizer que culturalmente, talvez, nunca tenha sido deixada de ser praticada.

A ação advinha da prática do tráfico negreiro, ou seja, navios que vinham de África, em condições insalubres, onde as pessoas ali transportadas eram tratadas como objetos, mas não como sujeitos de direitos, época em que, para esses, não se pensava em citar sobre direitos fundamentais ou direitos humanos.

Em se tratando do trabalho escravo moderno, há de se destacar algumas diferenças do que ocorria na época chamada Brasil colônia, comparando com os tempos modernos. Segue abaixo o quadro comparativo do americano Kevin Bales sobre a escravidão histórica e a escravidão atual.

Tabela 1 – Quadro comparativo: Escravidão histórica x
Escravidão contemporânea

	ESCRavidÃO HISTÓRICA	ESCRavidÃO CONTEMPORÂNEA
Propriedade legal	Permitida	Proibida
Custo de aquisição de mão de obra	Alto. A quantidade de escravos era medida de riqueza.	Muito baixo. Não há compra e muitas vezes gasta-se apenas o transporte.
Mão de Obra	Escassa. Dependia do tráfico negroiro	Descartável. Devido a um grande contingente de trabalhadores desempregados.
Relacionamento	Longo período. A vida inteira do escravo e seus descendentes.	Curto período. Terminado o serviço não é mais necessário prover o sustento.
Diferenças étnicas	Relevante para a escravidão	Pouco relevantes. Qualquer pessoa pobre e miserável são o que se tornam escravos, independentemente da cor da pele.

Manutenção	Violência Física	Violência Psicológica
Ordem	Punições exemplares e até assassinatos	Ameaças, violência psicológica, coerção física, punições exemplares e até assassinatos

Fonte: BALES (1999, p.3)

É sabido que o tráfico negreiro abarcava um grande número de pessoas há época e, agora, com a prática definida como crime, essa é feita de forma silente, tornando-a no, passado, uma mão de obra ilimitada e, no momento, irrelevante.

As pessoas escravizadas preteritamente, uma vez levadas ao tráfico negreiro, não mais seriam libertas e, seus descendes por consequências de sua condição, também seriam escravizados, diferentemente de como ocorre agora, que a escravidão, ou condição análoga a escravo, pode ocorrer por um determinado tempo, até cessar a atividade laboral.

Importante ressaltar que a escravidão era selecionada pela etnia, ou seja, a cor da pele, logo, apenas os negros eram escravizados, resultando no tráfico negreiro, onde sofriam diversas brutalidades por seus empregadores, como, por exemplo, castigos físicos como forma de repreensão, bem como tinham sua liberdade ameaçada, uma vez que caso tentassem fugir, ou conseguissem e fossem descobertos poderiam até ser mortos. Situação bem semelhante a alguns casos do trabalho escravo contemporâneo rural.

Segundo Sakamoto (2003), é importante ressaltar a figura de José Pereira Ferreira, a primeira vítima reconhecida pelo Brasil do trabalho escravo contemporâneo no ano de 1995, que fugiu de uma fazenda no estado Pará com apenas 17 anos de idade na época, onde seu caso chegou até Corte Interamericana de Direitos Humanos, fazendo com que o Estado o indenizasse em R\$52 mil reais pela realidade sofrida e, desde então, segundo Cidadão (2010), o Brasil resgatou mais de 36 mil trabalhadores em condição análoga a escravo, gastando R\$405 mil em indenizações.

3. O CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO NA MODERNIDADE

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (2002), o conceito de trabalho escravo é tratado da seguinte forma:

“Toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco nem sempre é verdadeiro. O que diferencia um conceito do outro é a liberdade. Quando falamos de trabalho escravo, falamos de um crime que cerceia a liberdade dos trabalhadores. Essa falta de liberdade se dá por meio de quatro fatores: apreensão de documentos, presença de guardas armados e “gatos” de comportamento ameaçador, por dívidas ilegalmente impostas ou pelas características geográficas do local, que impedem a fuga.”

Conclui-se que através do conceito trazido pela OIT, que existem requisitos cumulativos indispensáveis para se falar em trabalho escravo ou condição análoga a escravo, atualmente, como descreve o ilícito culpável previsto em nossa lei penal brasileira. O trabalho degradante e o cerceamento da liberdade do

indivíduo que podem se dar de diversas formas, exemplificado por apreensão de documentos, a presença de guardas armados.

Não há um conceito apresentado na legislação trabalhista atualmente, porém a concepção apresentada por Cortez (2015, p.20) que, especificamente conceitua o trabalho escravo rural na modernidade, nos parece adequada, qual seja:

“(...) o trabalho escravo contemporâneo, na zona rural, é aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador.”

Assim, é possível identificar no conceito dado pelo autor mencionado, que se destacam como elementos preponderantes nessa relação de escravidão rural as péssimas condições de trabalho, decorrentes do próprio ambiente em que o mesmo é realizado, que acabam por impor ao obreiro sérios constrangimentos de ordem física e moral. Além de se destacar a aniquilação da vontade do trabalhador tanto em se manifestar, quanto ao início e quanto ao fim do trabalho a que está sendo submetido, possibilitando, portanto, se traçar um perfil específico desta relação desenvolvida no campo.

3.1. MODALIDADES DE TRABALHO ESCRAVO

Segundo Cortez (2015, p.27), a expressão trabalho escravo, este que é tratado feito um gênero e apresenta duas mo-

dalidades: o trabalho forçado e as condições degradantes de trabalho, conforme afirma Julpiano.

De acordo com as modalidades acima mencionadas, as condições degradantes de trabalho ocorrem quando o trabalho se sujeita a situações humilhantes no ambiente de trabalho, ou seja, sem as circunstâncias mínimas de saúde e higiene, ao exemplo de local de trabalho que não possui toalete, logo não permite ao empregado de fazer suas necessidades básicas de higiene.

Já o trabalho forçado coloca o empregado em situação de obrigação de trabalho com o seu empregador, no qual gera ilegalidades e, em regra, cerceamento de sua liberdade.

4. DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS

O trabalho moderno atinge milhares de brasileiros que se propõe a condições degradantes de trabalho e o trabalho forçado, tendo sua liberdade coagida perante os empregadores, muitas vezes recebendo pequenos salários, trabalhando por uma jornada exaustiva, ou até mesmo, em razão do cerceamento de sua liberdade por uma dívida abusiva contraída com seu empregador, o que revela a prática de crime e viola direitos fundamentais e humanos.

4.1. O DESCUMPRIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

O Pacto São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 678/92, proíbe, de todas as formas, a escravidão e a servidão, dispondo em seu artigo 6º: “1. Ninguém pode ser submetido à escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. ”

A Declaração Universal de Direitos Humanos, documento declarando pela Assembleia Geral da ONU em 1948, também

traz expressamente a proibição a da escravidão e da servidão de todas as suas formas, porém em seu artigo 23 dispõe sobre a condição humana nas relações de trabalho:

“1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses”.

Segundo o Tratado de Roma, ratificado pelo Brasil no Decreto 4388/2002, este que criou o Tribunal Penal Internacional, fica definido que se pode punir indivíduos por crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, conforme art.7º, §1º, alínea c, bem como, que a escravidão cometida contra uma população civil dentro de um quadro de ataque, é crime contra a humanidade.

Importante ressaltar que estes três documentos são determinantes para a observação da atividade do trabalho escravo moderno. Em no primeiro vimos a proibição da servidão da escravidão, que, também, se encontra presente no segundo, e na terceira citação vimos as condições básicas para um ambiente de trabalho, como a livre escolha de emprego, a remuneração satisfatória e o direito aos sindicatos.

Aponta-se, também, como de grande relevância ao tema a Convenção de número 105 da OIT, ratificada pelo Brasil

por meio do Decreto 58822/66, que desfruta sobre trabalho forçado, proibindo-o, como medida de coerção, como método de utilização de mão de obra, como método de punição por participar de greves e como medida discriminatória.

4.2. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

Deslocando-se para o direito pátrio, ao analisar a nossa Constituição de 1988, logo em seu artigo 1º, inciso III, encontra-se o princípio basilar desta Lei Maior, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, resumidamente, dá aos seres humanos direito a ter uma vida digna.

Segundo Vicente e Alexandrino (2014, p.48), em se tratando dos direitos fundamentais presentes no artigo 5º da Constituição de 1988, podemos destacar o direito à vida e à liberdade, presentes ainda no caput. O primeiro, vislumbra o direito a integridade física e psíquica, o que resulta nas condições mínimas de se ter uma existência dignamente humana. Já o princípio da liberdade, visto por uma óptica mais ampla possível, dá direito a liberdade de locomoção, de religião, de trabalho, cultural, entre outras.

Ainda, sobre o artigo supracitado, abordando seu inciso III, busca-se tratar da proibição da tortura ou qualquer outro tratamento desumano, proibição essa que se relaciona de forma íntima com a condição análoga a escravo, tendo a vista as condições insalubres que o indivíduo pode sofrer durante o trabalho escravo, além da vida em locais nocivos a sua saúde e a negativa a uma vida digna.

Ainda na seara constitucional, porém mais diretamente trabalhista, encontramos os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição (1988), estes direitos que devem ser garantidos a trabalhadores de zona urbana e rural. Salientam-se alguns incisos na abordagem do trabalho escravo contemporâneo rural.

Dentre os direitos mencionados, são eles: o direito de um salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, que garantirá o sustento de suas famílias; irredutibilidade do salário; décimo terceiro salário; adicional noturno; proteção do salário, proibindo sua retenção o que constitui crime; duração do trabalho não superior a 8h diárias e 44h semanais; o repouso semanal remunerado, de preferência aos domingos; as férias; aviso prévio proporcional e os adicionais as atividades insalubres e perigosas.

Verdadeiro é o tema condição análoga a escravo ser de abordagem constitucional, uma vez que esse viola muito dos princípios acima expostos, previstos na Constituição, bem como é inadmissível esta prática no século XXI, diante de uma realidade expansiva de direitos e garantias.

Cumpre ressaltar, a eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, que não restritos ao art. 5º da nossa Constituição, estendendo-se a outros artigos, inclusive ao art. 7º, ora citado, e a todas as leis brasileiras.

4.3. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS NA CONDIÇÃO DO TRABALHO RURAL

Os trabalhadores rurais possuem, também, base infra-constitucional, encontrada na Lei 5889/73, que define, em seu artigo 2º, o trabalhador rural como aquele que trabalha para um ambiente rural de forma não eventual e empregador rural, em seu artigo 3º, como aquele que explora atividade agro-econômica, diretamente ou através de prepostos.

Segundo Cassar (2013, p.401), o empregado rural apresenta diversas espécies de trabalhadores, com suas diversas denominações, porém, se cita, em especial, os bóias-frias, que por vezes podem ser uma classe atraída pela prática deste ato, tendo em vista que não possuem vínculo de emprego, em ausência o requisito da pessoalidade.

Cassar (2013, p.402), ainda indica outra figura no âmbito rural, que merece destaque diante da violação de direitos trabalhistas rurais, tal personagem se manifesta na pessoa do agregado, este, que sob a alegação de auxiliar uma pessoa abandonada, nada ganha por seu trabalho, muito vulnerável a condição denominada análoga a escravo. Além disso, há a imagem dos famosos “gatos”, que não são considerados empregadores rurais, mas que em algumas situações de trabalho escravo defendem a presença dos empregadores rurais, ameaçando a vida dos trabalhadores rurais ou retraindo sua documentação para que do local de trabalho não saiam.

De acordo com Plassat (2011), resta sabido que a não observação, em zona rural, da lei dos trabalhadores rurais, torna o ambiente atacável ao trabalho escravo. Assim, as áreas de plantações de cana-de-açúcar, café, pimenta do reino, carne bovina, soja e algodão, principalmente nos estados do Pará, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, são locais que atraem diversos trabalhadores para prática escrava atual.

Coincidentemente, os estados citados abrangem grandes áreas de desmatamento, envolvendo questões econômicas e sociais, fazendo com o que alguns deles liderem um *ranking* de trabalhadores escravizados, além de, consequentemente, insurgirem em crimes ambientais, devido à expectativa de grande lucro dos empregadores, sob a presença de mão de obra barata.

5. O CRIME DO TRABALHO ESCRAVO

Com relação à tipificação do trabalho escravo, tal forma de labor encontra-se presente no artigo 149 do Código Penal (1940):

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a con-

dições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

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

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”

Segundo Cassar (2013, p.66), a conduta típica descrita no ilícito penal aponta diferentes modos de execução do crime, que são eles: trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho, restrição de locomoção em razão de dívida contraída. Aponta, também, o trabalho escravo por equiparação da seguinte forma: aquele que cerceia o uso de meio de transporte e vigilância ostensiva ou retém objetos pessoais a fim de mantê-lo no ambiente de trabalho.

Vale ressaltar que o fato previsto no caput do artigo também não necessariamente precisa incorrer no §1º desse, não impendendo que o empregador pratique as duas ações previstas tipo penal, o que tornou o artigo bem amplo quanto à apura-

ção da prática do crime. Assim, podemos tomar ao exemplo dos “gatos”, que auxiliam os empregadores rurais, dependendo do caso concreto, esses poderiam responder pela pena trazida pelo trabalho escravo por equiparação, já que apenas, em regra, mantém a vigilância ostensiva no local de trabalho.

De acordo com Pitanga (2015, p.127), o Ministério Público do Trabalho fiscaliza os casos de condição análoga a escravo, podendo, dependendo do caso concreto, passar para a Justiça do Trabalho, que podem realizar acordos extrajudiciais (TAC – Termo de Ajuste de Conduta), já em casos da área criminal, cabe ao Ministério Público Federal oferecer a denúncia prevista pelo ilícito.

6. A EMENDA 81/2014

Muito se falam nas medidas aplicadas ao combate a condição análoga a escravo e, uma delas, já tratada no item 5 refere-se ao crime do art.149 do CP, todavia existem outras medidas que o Estado adotou para hostilizar essa conduta, como a intervenção do Estado na propriedade.

A Emenda 81, de 5 de junho de 2014, originou-se por meio da PEC 57A, no Senado Federal. A PEC 438/01 foi apresentada na Câmara dos Deputados em 1999, e, somente, após 15 anos de Congresso Nacional foi aprovada e publicada, fazendo com que o artigo 243 da Constituição (1988) tivesse a sua redação alterada para a expropriação das propriedades urbanas e rurais onde ocorre o trabalho escravo.

O citado artigo agora passa a vigorar aduzindo que as propriedades urbanas e rurais, as quais incidirem o trabalho escravo serão expropriadas, na forma de desapropriação sem direito a indenização, para fins de reforma agrária e programas de habitação popular. Grande avanço do constituinte ao combate ao trabalho escravo moderno.

Além disso, segundo Filho (2015, p.936), alterou também o parágrafo único do mesmo artigo aduzindo que qualquer bem com valor econômico apreendido na exploração de trabalho escravo, terá sua destinação determinada pela lei, uma vez que será confiscada e revertida a um fundo especial. De acordo com o referido autor, esta lei seria a Lei 8257/91.

7. LISTA SUJA (CADASTRAMENTO DOS EMPREGADORES)

Sobre a denominada “lista suja”, o Ministério do Trabalho e Emprego estabeleceu na Portaria 504/2004, inicialmente de nº2/2011, o cadastro negativo aos empregadores que praticavam o trabalho escravo, após se sujeitarem a processo administrativo que permitia contraditório e ampla defesa.

De acordo com Cortez (2015, p.193), a portaria restringia alguns benefícios a empresas que ali se encontravam, por exemplo, empréstimos ou financiamentos, além disso, conforme o princípio da publicidade, o ato era publicado diretamente as empresas como Banco Central e Ministério da Fazenda.

Entretanto, o presente ato se encontra suspenso devido a uma decisão liminar na ADI de nº5209 e o presente cadastro de empregadores se encontra também suspenso e, sequer, há mais a publicação das empresas que foram incluídas e excluídas da referida lista, conforme o Ministério do Trabalho e do Emprego.

Cortez (2015, p.194) ainda indica que a presente ação se fundamenta em ilegalidade do ato, uma vez que o Ministério do Trabalho e Emprego não teria competência para elaborar esse e nem mesmo a Justiça do trabalho poderia o realizar, tendo em vista que somente em nosso ordenamento jurídico brasileiro a lei penal define o trabalho escravo, além de o ato ferir o direito de propriedade dos empregadores.

A criação da Lista Suja gerou frutos, tendo em vista uma pesquisa realizada diante dos empregadores que ali se encontravam, resultando no que se denominada hoje o Instituto do Pacto Nacional Pela Erradicação do Trabalho Escravo, com o apoio da OIT e reconhecimento da ONU, o InPACTO deixa livre o acesso às empresas que combatem o trabalho escravo contemporâneo, deixando público aos particulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio expôs o problema do trabalho escravo moderno na zona rural, uma realidade trágica de muitos trabalhadores que sofrem esta prática, incorrendo em trabalho forçado e condições degradantes de trabalho, que os causam violência física e/ou psicológica, bem como, os empregadores que incorrem em penalidades definidas em nosso ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

Ilustrou-se uma comparação entre a escravidão ocorrida no período Brasil Colônia e o momento da abolição da escravidão, em 1888, pela Lei Áurea, que naquele tempo, era feito conforme a lei, por meio do tráfico negreiro, caracterizado pela violência física e o trabalho apenas para pessoas negras. Com o trabalho escravo moderno, reconhecido em 1995, devido ao mencionado caso de José Pereira, que fugiu de uma fazenda no estado do Pará com apenas 17 anos de idade, momento o qual já se encontrava criminalizada a prática do trabalho escravo, que atualmente resulta em violência física, mas também psicológica.

Avante ao estudo de conceito, que é abrangente diante da doutrina e da OIT, as condições degradantes de trabalho, o trabalho forçado, que são as modalidades da condição análoga à escravidão, com características no cerceamento da liberdade do empregado, com a ajuda dos denominados “gatos” e a busca incessante por lucro por parte do empregador.

Em razão dos conceitos, apresentaram-se as modalidades do trabalho escravo moderno, sendo essas: as condições degradantes de trabalho e o trabalho forçado, ambas fortemente presentes na realidade.

Em virtude de tal realidade, a legislação penal trouxe a baía um ato denominado juridicamente de condição análoga à escravidão, prática que deve repudiada em todas as suas modalidades, por violar direitos humanos, direitos fundamentais, direitos trabalhistas e o direito penal. Esse ato tratou-se de um alerta para a sociedade brasileira e seus representantes, sobre o modo de resolução dos problemas e sua eficácia, tendo em vista que direitos como o direito à vida e à liberdade são basilares da nossa constituição, compondo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto aos direitos humanos, esse traz expressamente a proibição da escravidão e da servidão sob todas as formas, em tratados ratificados pelo Brasil, determinando, também, o trabalho escravo como crime contra humanidade, reconhecido pela sociedade internacional, o que faz, mais uma vez, que tal prática seja inadmitida em todo o nosso país e, que quando verificada, deva ser punida com base nas previsões legais.

Sob o aspecto da condição análoga a escravo do trabalhador rural, em atenção especial a esta classe trabalhadora, a qual, provadamente, mais sofre com esta prática, que não permite a esses terem seus direitos trabalhistas assegurados, como férias, remuneração, intervalos, entre outros. Em regra, tais trabalhadores são explorados em fazendas de cacau, minério, pecuária, entre outras, a fim de satisfazer a obtenção de lucro de seu empregador, que sob ajuda de seus capangas, mantém os trabalhadores sobre intenso medo e angústia.

O trabalho apresentado trouxe, também, a definição na Lei Penal sobre o trabalho escravo contemporâneo, única encontrada atualmente em nosso ordenamento jurídico, situada no artigo

149 do Código Penal, punindo a condição análoga à escravidão e ratificando suas modalidades, o instituto apresenta, também, o trabalho escravo por equiparação, caracterizado por aquele que cerceia o meio de transporte do trabalhador e o mantém sob vigilância ostensiva. Valendo lembrar que o bem jurídico penalmente tutelado nos presentes casos é a liberdade individual.

O artigo, ainda apresentou algumas formas de combate e erradicação do trabalho escravo contemporâneo como a Emenda 81 de 2014, que alterou o artigo 243 da Constituição Brasileira de 1988, avocando a desapropriação expropriatória, onde a intervenção do Estado na propriedade dar-se-á quando ocorrer, nas propriedades urbanas e rurais, o trabalho escravo, incorrendo a desapropriação sem direito a indenização pelo proprietário.

Bem como, outra medida denominada “lista suja”, que se refere ao cadastramento negativo dos empregadores, criado por uma portaria do Ministério do Trabalho e Emprego, para aqueles que fossem descobertos realizando práticas de trabalho escravo.

Assim, infere-se diante do artigo apresentado, a realidade do trabalho escravo contemporâneo rural, na presença de violação de direitos humanos, fundamentais, trabalhistas e, inclusive, da legislação penal em confronto com uma consternada prática sofrida por muitos trabalhadores. Ressaltando que, existe amparo legal para a diminuição e futura erradicação de tal prática, bem como que a efetiva fiscalização é fundamental para o funcionamento da lei, que busca não somente a justiça social para essas pessoas, mais também um estado atual das coisas benéfico à evolução de uma sociedade justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Áurea**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM3353.htm > . Acesso em: 21 de Abril de 2017.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 de Abril de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 de Abril de 2017.

BRASIL. **Decreto 58822/66**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm>. Acesso em: 25 de Abril de 2017.

BRASIL. **Decreto 678/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 de Abril de 2017.

BRASIL. **Instituto Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo**. Disponível: <<http://www.inpacto.org.br/inpacto-2/historia/>>. Acesso em: 26 de Abril de 2017.

BRASIL. **Lei 5889/73**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5889.htm>. Acesso em: 26 de Abril de 2017.

BRASIL. **Tratado de Roma**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 21 de Abril de 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Método. 2013.

CIDADÃO, João. **Trabalho escravo faz parte da realidade urbana e rural do Brasil**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/especiais/joao-cidadao/trabalho-escravo-faz-parte-da-realidade-urbana-e-rural-do-brasil-0c5sitropv3ns9hs288ophcni>>. Acesso em: 23 de Abril de 2017.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho Escravo no Contrato de Emprego e os Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo. LTr. 2015.

SUA PESQUISA. **Escravidão no Brasil**. Disponível em: < <http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/escravidao.htm> > . Acesso em: 06 de Abril de 2017.

FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. **Trabalho Escravo Caracterização Jurídica**. São Paulo. LTR. 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo. Atlas. 2015.

BALES, Kelvin. **Disposable people: new slavery in the global economy**. Berkley: University of California Press, 1999.

MTE. Disponível em: < <http://www.mtps.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo/cadastro-de-empregadores> > . Acesso em: 25 de Abril de 2017.

OIT. **Projeto de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil**. 2002. Disponível em: < http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/projetos/documento.php > Acesso em: 09 de Abril de 2017.

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> > . Acesso em: 21 de Abril de 2017.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Resumo de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Método. 2014

TRABALHO ESCRAVO. **PEC 57A/99 ou PEC 438/01**. Disponível em: < <http://www.trabalhoescravo.org.br/conteudo/por-que-aprovar-pec-438> > . Acesso em: 22 de Abril de 2017.

PITANGA, Mauro José do Nascimento. **Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo: história, legislação e impunidade**. 3 ed. Manaus. 2015.

PLASSAT, Xavier. **Agronegócio Concentra a Maioria dos Casos**. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/xavier-plas-sat/trabalho-escravo-se-concentra-na-zona-rural.aspx> >. Acesso em: 24 de Abril de 2017.

SAKAMOTO, Leonardo. **Ex-escravo conta sua história**. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/casos-atuais-de-escravidao/ex-escravo-Conta-sua-historia.aspx> >. Acesso em: 22 de Abril de 2017.

REFORMA PREVIDENCIÁRIA: UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.º. 287/2016

Victor Luz Silveira Santagada

INTRODUÇÃO

O texto constitucional de 1988 apresenta a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, que visam assegurar os direitos relativos à saúde⁶⁶, à assistência social⁶⁷ e à previdência⁶⁸, sendo estes direitos, os pilares para a garantia de uma vida digna.

66. Direito fundamental previsto nos artigos 196 e seguintes da Carta Magna de 1988, a saúde é um direito de todos que exige do Estado uma prestação positiva, mediante políticas públicas e ações propositivas. Para uma análise sobre o Direito à Saúde, ver Felipe Dutra Asensi (2010).

67. A Assistência Social é um direito fundamental com previsão nos artigos 203 e 204 do texto constitucional, disponibilizada ao atendimento de quem dela necessitar, objetivando a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia do Benefício da Prestação Continuada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Para uma análise sobre a Assistência Social, ver José Celso Cardoso Jr. e Luciana Jaccoud (2005, p. 218).

68. Com previsão constitucional nos artigos 201 e 202, a Previdência Social consiste em um sistema de seguro social de caráter contributivo e de filiação obrigatória, que visa uma proteção da sociedade contra diversos riscos econômicos. Para uma análise sobre o Sistema Previdenciário Nacional ver Marisa Ferreira dos Santos (2016).

Ela configura um sistema de proteção social disposto a amparar e assistir o cidadão e sua família em todas as situações de necessidade, em qualquer momento de suas vidas. Fincada na noção de necessidade social, seus benefícios não têm natureza de indenização, se destinam a prover os mínimos vitais, necessários à sobrevivência com dignidade, à efetivação do bem-estar, à redução das desigualdades e à condução à justiça social.

Para a concessão dos inúmeros benefícios disponibilizados pelo sistema de seguridade social existente no país, faz-se necessário o preenchimento de diversos requisitos previstos, não só no texto constitucional, mas em uma grande gama de dispositivos legais infraconstitucionais, tais como a Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto nº. 3.048, de 06 de maio de 1999, e Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Requisitos estes que encontram-se, atualmente, na iminência de sofrerem alterações pela *Reforma da Previdência* – como ficou chamada, o que impactaria diretamente na vida de grande parcela da população brasileira.

Há tempos, o tema *Reforma da Previdência* é muito discutido pelos vários seguimentos da sociedade, sendo constantemente noticiado pela mídia. No entanto, recentemente, o debate em torno desta temática ganhou ainda mais destaque, em razão da Proposta de Emenda Constitucional nº. 287/2016, de autoria do Presidente Michel Miguel Elias Temer Lulia, que visa a alteração de dispositivos constitucionais que tratam da seguridade social e estabelece regras de transição.

Por conta da grande discussão que gira em torno da Proposta, dividindo opiniões prós e contras, o presente trabalho tem o intuito de, não só dar continuidade ao debate deste tão importante tema, mas também de fazer uma abordagem sucinta e descritiva sobre as principais alterações previstas pela referida PEC, como forma de dar subsídios àquelas discussões.

1. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Representando alterações nas normas que definem e regulamentam a Previdência Social, o termo *Reforma da Previdência* se faz presente há anos, não só nas principais arenas de debates políticos e jurídicos do país, mas também na vida de toda sociedade brasileira, vindo à tona de tempos em tempos, sendo propagado quase que diariamente pelos meios de comunicação e sempre dividindo opiniões.

Em parte por essa persistência na mídia e por algumas concepções erroneamente difundidas, criou-se uma grande resistência por parte de alguns grupos a qualquer proposta de reforma. Todos aqueles que defendem alguma mudança previdenciária são taxados de neoliberais, alheios às preocupações populares, insensíveis e outras qualificações menos elogiosas. Por outro lado, aqueles que pleiteiam constantes benefícios e vantagens arvoram-se como defensores dos pobres e dos trabalhadores. Como se não houvesse custos impostos à sociedade para suportar esses benefícios. (GIAMBIAGI, 2007, p. 684)

Tratando-se de um tema de grande relevância, mas que gera grande polêmica sempre que debatido, o presente trabalho não pretende realizar nenhum tipo de juízo de valores, nem se apegar a posicionamentos contrários ou a favoráveis à *Reforma*, mas apenas apresentar uma abordagem descritiva sobre a redação original da PEC 287/2016.

Diferente de outras *Reformas* ocorridas anteriormente, que alteraram apenas dispositivos que tratavam da Previdência Social, a PEC 287/2016 apresenta um alvo um pouco maior, já que as mudanças propostas não se limitam apenas à Previdên-

cia, estabelecendo, também, a título de exemplo, alterações que tangem à Assistência Social, outro pilar da Seguridade.

A Proposta foi apresentada ao Poder Legislativo na data de 05 de dezembro de 2016, e após análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, até a data da confecção do presente trabalho, encontra-se pronta para apreciação por parte do Plenário da Câmara dos Deputados, o que, por conta do atual momento político do país, não se sabe quando acontecerá.

Por sua redação original, a proposta conta com 25 (vinte e cinco) artigos e busca alterar os arts. 37, 40, 42, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelecer regras de transição e dar outras providências (BRASIL, 2016).

Segundo o Ministro da Fazenda, Henrique de Campos Meirelles (2016), o intuito da Proposta é:

fortalecer a sustentabilidade do sistema de seguridade social, por meio do aperfeiçoamento de suas regras, notadamente no que se refere aos benefícios previdenciários e assistenciais. A realização de tais alterações se mostra indispensável e urgente, para que possam ser implantadas de forma gradual e garantam o equilíbrio e a sustentabilidade do sistema para as presentes e futuras gerações.

Por uma leitura do EMI assinado pelo Ministro da Fazenda, é possível perceber que a principal argumentação para a necessidade da *Reforma* reside nas mudanças dos padrões demográficos do país, pois o Brasil estaria passando por um envelhecimento da população, decorrente da queda da taxa de fecundidade e do aumento da expectativa de sobrevida, o que resulta no aumento da concessão de benefícios, sem o correspondente aumento dos contribuintes.

A Previdência opera exclusivamente no chamado regime de repartição simples, onde os contribuintes ativos de hoje pagam pelos inativos de hoje, na esperança de que novas gerações de contribuintes venham a fazê-lo quando passarem para a inatividade, assim, a alteração da relação contribuintes/inativos acaba por provocar um desequilíbrio na relação receita/despesa, ferindo a previsão constitucional de necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, prevista no *caput* do artigo 201 do texto constitucional.

Ou seja, a evolução demográfica aponta para uma maior quantidade de beneficiários do sistema, recebendo benefícios por maior período de tempo, em contraponto com menor quantidade de pessoas em idade contributiva, tornando imprescindível a readequação do sistema de Previdência Social para garantir seu equilíbrio e, conseqüentemente, a sua sustentabilidade no médio e longo prazo. (MEIRELLES 2016)

Portanto, baseada na necessidade de readequação das regras previdenciárias às mudanças demográficas que atingem o país, a PEC 287/2016, em sua redação original, prevê, dentre várias outras alterações que serão tratadas a seguir, a implementação de regras iguais para homens e mulheres, tanto para o serviço público quanto para o privado, idade mínima de 65 anos para aposentadoria e exigência de 25 anos de contribuição.

1.1 ALTERAÇÃO DAS REGRAS DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os Servidores Públicos no Brasil sempre estiveram fora do regime aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada, o que não foi diferente com a promulgação da Carta Magna de 1988, que continuou prevendo regime distinto e peculiar a esses tra-

balhadores, que devem ser instituídos pelos entes federativos, conforme redação original do art. 39 do texto constitucional.

Com isso, o país conta hoje com uma miríade de regimes especiais de previdência social, que estabelecem regras próprias para os servidores públicos vinculados aos entes instituidores daqueles regimes - União, estados e um bom número de municípios.

Com efeito, muitos estados e municípios viram na criação de regimes especiais uma forma de economia, no curto prazo, das contribuições pagas ao INSS e ao FGTS. Mais ainda, ao instituírem contribuições próprias, fez-se uma “economia” adicional na folha de pagamento líquida do funcionalismo, pois, em boa parte dos casos, estas contribuições não foram repassadas integralmente aos institutos de previdência.

O que era uma solução “miraculosa” no curto prazo, converteu-se em pesadelo no médio prazo, quando os servidores começaram a se aposentar pelo novo regime. Hoje, e cada vez mais, estados e municípios vêm suas receitas comprometidas com o pagamento de inativos, sem solução à vista no horizonte. (OLIVEIRA et al., 1997, p. 24)

As Emendas Constitucionais nº. 20, de 1998, e nº. 41, de 2003, buscaram melhorar a organização e supervisão dos regimes próprios, no entanto, ainda seria necessária, segundo o Ministro da Fazenda (2016), uma nova revisão desses sistemas, em virtude do desequilíbrio financeiro existente, para que seja garantida a proteção previdenciária aos servidores a eles ligados, de maneira que não onere excessivamente o conjunto da sociedade.

Com as propostas de modificação dos artigos 40 e 42 do texto constitucional, os critérios de idade mínima, tempo mínimo de contribuição e os critérios de cálculo das aposentadorias

e pensões dos Regimes Próprios de Previdência Social serão igualados aos do Regime Geral de Previdência Social, incluindo os militares dos Estados, Distrito Federal e dos territórios, gerando, assim, uma convergência entre os regimes.

Além disso, buscando fortalecer o modelo de regulação e supervisão dos Regimes Próprios, o parágrafo 23 do art. 40, a ser inserido no texto constitucional pela Proposta, traz a previsão de criação de lei própria para estabelecer regras gerais de organização e funcionamento de tais regimes, enquanto a inserção dos incisos XII e XIII ao art. 167 traz a vedação de utilização dos recursos destes regimes para realização de despesas distintas do pagamento dos benefícios e a transferência voluntária de recursos da União aos demais entes federativos que venham a descumprir as regras gerais de organização e funcionamento destes regimes a serem criadas pela lei de que trata o parágrafo 23 supracitado.

Tudo isso no intuito de garantir a responsabilidade na gestão previdenciária, protegendo os recursos vinculados aos fundos previdenciários, como forma de manter o equilíbrio financeiro dos regimes aqui mencionados.

2.2 IDADE MÍNIMA PARA APOSENTADORIA E IGUALDADE DE GÊNEROS

As previsões constitucionais, ainda em vigor, que tratam da aposentadoria voluntária do Regime Geral da Previdência Social, permitem a possibilidade de aposentadoria tanto pelo tempo de contribuição do trabalhador, como por sua idade.

Sendo um “benefício previdenciário que resulta do planejamento feito pelo segurado ao longo de sua vida laboral” (SANTOS, 2016, p. 264), a Aposentadoria por Tempo de Contribuição encontra previsão no art. 201, §7º, inciso I, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20/1998, segundo o qual, para fazer jus ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, é necessário que o trabalhador complete

trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher, salvo se enquadre nas regras de transição dispostas pela referida emenda.

Já o benefício previdenciário da Aposentadoria por Idade, que tem o intuito de cobrir a contingência da idade avançada (SANTOS, 2016, p. 256), está previsto no inciso II, do §7º, do art. 201 da Constituição Federal, também com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20/1998, exigindo do trabalhador, para que lhe seja concedido tal benefício, que complete sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, salvo as regras de transição.⁶⁹

Existe ainda a regra de pontuação 95/85, prevista no art. 29-C da Lei nº. 8.213/91, inserido pela Lei nº. [13.183/2015](#), exigindo do trabalhador a soma de sua idade e de seu tempo de contribuição igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, e oitenta e cinco pontos, se mulher, para que possa optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria.

Quanto à aposentadoria dos servidores públicos vinculados aos Regimes Próprios de Previdência Social, a atual Constituição abarca no inciso III, do § 1º, do art. 40, os seguintes requisitos:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

69. Para fazer jus à concessão dos benefícios de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição é necessário que seja preenchido o tempo de carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, nos casos dos segurados que ingressaram no Regime Geral após a entrada em vigor da Lei nº. 8.213/91 – Plano de Benefícios da Previdência Social, e da Emenda Constitucional nº. 20/1998, respectivamente. Para uma análise detalhada dos requisitos para aposentadoria, ver Marisa Ferreira dos Santos (2016).

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (BRASIL, 1988)

Pela redação original da PEC 287/16, seria estabelecida uma idade mínima obrigatória para aposentadoria voluntária de homens e mulheres, aplicável tanto ao Regime Geral da Previdência Social como aos Regimes Próprios. Com isso, para fazer jus à aposentadoria, tanto os trabalhadores vinculados ao RGPS como os servidores públicos vinculados aos RPPS deveriam completar sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, para ambos os sexos. Cabendo aos servidores públicos também cumprir o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria.

Além da necessidade de adequação dos requisitos para a aposentadoria por força da mudança das características demográficas do Brasil, já detalhadas acima, esta elevação também tem como objetivo a conver-

gência dos critérios previdenciários brasileiros para os padrões internacionais, sobretudo, em comparação com países que já experimentaram a transição demográfica em sua plenitude. (MEIRELLES, 2016)

Importante frisar que a aposentadoria por tempo de contribuição deixaria de existir, salvo os casos de transição, sendo mantido o tempo de contribuição apenas como relevante critério para apuração do valor da aposentadoria.

Como visto acima, outro ponto a ser alterado é a igualdade dos requisitos de idade e tempo de contribuição para homens e mulheres. A atual previsão constituição permite que as mulheres se aposentem em 5 (cinco) anos a menos que os homens, tanto na aposentadoria por tempo de contribuição como na por idade, apesar de possuírem, no país, uma expectativa de vida superior à dos homens, o que ocasiona uma maior duração de tais benefícios.

Segundo o Ministro da Fazenda (2016) a diferenciação nos requisitos entre homens e mulheres era justificada, no passado, pela concentração da responsabilidade pelos afazeres domésticos, pelos cuidados da família, de modo particular, em relação aos filhos, e sua baixa proteção social em seus vínculos trabalhistas, o que, segundo ele (2016), não ocorre mais como antes, em razão do atual espaço conquistado pela mulher na sociedade.

A Proposta prevê, também, pelas disposições dadas ao §22 do art. 40 e ao §15 do art. 201, uma fórmula que automaticamente adequará as regras de benefícios previdenciários e assistenciais às futuras mudanças demográficas que vierem a atingir o país. Assim, caso a média nacional única correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira aos sessenta e cinco anos, para ambos os sexos aumente em um

ano inteiro, em comparação à média apurada no ano de promulgação da Emenda, as idades mínimas para concessão de benefícios seria majorada em números inteiros.

Ou seja, “aumentando a expectativa de vida da população, será feito um ajuste automático nas idades mínimas necessárias para o recebimento de aposentadorias e benefícios assistenciais”. (MEIRELLES, 2016)

2.3 APOSENTADORIAS ESPECIAIS DO RGPS E RPPS

A redação, ainda em vigor, da Carta Magna de 1988, traz, em seu art. 40, a possibilidade de aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados para alguns servidores públicos em situações especiais.

Um deles é o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Segundo o §5º do artigo supracitado, este tem requisitos de idade e de tempo de contribuição reduzidos em cinco anos, ou seja, é possível sua aposentadoria ao completar cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se homem, e cinquenta anos de idade e vinte e cinco de contribuição, se mulher.

A Lei nº. 8.213/91 também traz a previsão de aposentadoria por tempo de serviço reduzido ao professor vinculado ao RGPS, sendo necessário, neste caso, 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher, de efetivo exercício em funções de magistério.

Já o inciso II do §4º, também do art. 40 da Constituição, traz a possibilidade de requisitos diferenciados para aposentadoria de servidores que exerçam atividades de risco, como policiais e bombeiros.

Estas duas previsões seriam extintas caso a PEC 287/2016 venha a ser aprovada com sua redação original, igualando os requisitos necessários a tais servidores aos demais.

Em relação às aposentadorias especiais, a flexibilização das regras gerou situações de desigualdade entre os trabalhadores, além da diminuição de receitas (menor período contributivo) e aumento de despesas (antecipação e maior período de pagamento de benefícios). Cabe mencionar que em muitos Estados e Municípios a aposentadoria especial (magistério, policiais e outras) já é a regra, e não mais a exceção. Desse modo, medidas que elevem o tempo de contribuição para estes servidores públicos se fazem necessárias para dar sustentabilidade aos planos previdenciários e, ao mesmo tempo, garantir a execução de outras políticas públicas de responsabilidade dos Estados e Municípios. (MEIRELLES, 2016)

Serão mantidas, pela Proposta, duas modalidades de aposentadoria especial, tanto para o RGPS como para os RPPS, a dos segurados portadores de deficiências⁷⁰ e a dos segurados que exercem atividades em condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde⁷¹.

Porém, tanto pela redação do §4º-A do art. 40, como pela redação do §1º-A do art. 201, ambos aventados pela PEC 287/2016, a redução da idade e do tempo de contribuição para a concessão das aposentadorias especiais acima dispostas, que

70. A aposentadoria dos segurados do RGPS que sejam portadores de deficiências é regulamentada pela Lei Complementar nº. 142/2013, a qual prevê requisitos diferenciados para concessão do benefício a tais segurados, de acordo com o grau de gravidade de suas deficiências.

71. Os requisitos para a aposentadoria especial dos segurados do RGPS que exercem atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física são previstos no art. 57 da Lei nº. 8.213/91.

seriam preservadas, estaria limitada a, no máximo, 10 anos para a idade e 5 anos para o tempo de contribuição.

2.4 PENSÃO POR MORTE

A Pensão por Morte é um benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, com previsão constitucional no art. 40, §7º (Servidores Públicos vinculados a um Regime Próprio), e no art. 201, inciso V (Trabalhadores ligados ao Regime Geral), sendo “a terceira modalidade de benefício mais dispendiosa no RGPS, representando 24,2% do total das despesas em 2015.” (MEIRELLES, 2016)

Previsto nos artigos 74 a 79 da Lei nº. 8.213/91, este benefício tem como contingência ser dependente de segurado falecido, independe de carência e corresponde a 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo segurado em vida ou da eu receberia se aposentado por invalidez.

No que tange às alterações previstas pela redação original da PEC 287/2016 à pensão por morte, temos que seria extinta a reversibilidade das cotas, haveria uma vedação ao acúmulo da pensão com algum tipo de aposentadoria de ambos os regimes, bem como seriam alteradas as regras de cálculo do valor da pensão, passando esta a corresponder a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento), acrescida de cotas individuais de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o limite de 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito

2.5 REGRAS PARA OS TRABALHADORES RURAIS

Sendo segurado obrigatório do RGPS, o trabalhador rural tem direito à mesma cobertura previdenciária devida aos trabalhadores urbanos, conforme disposição do art. 39, da Lei nº.

8.213/9, sendo, portanto, garantido a eles aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente, auxílio-doença, salário maternidade, e pensão por morte e auxílio-reclusão aos seus dependentes, em valor correspondente a um salário mínimo vigente no país, com exceção do auxílio-acidente, que deve ser calculado na forma do disposto no art. 86 da mesma lei.

Quanto à aposentadoria por idade, as disposições atuais prevêem a necessidade de idades mínimas de 60 anos para homens e 55 anos para mulheres, número cinco anos de idade a menos em relação à mesma aposentadoria do trabalhador urbano.

Os trabalhadores rurais que laboram em regime de economia familiar também possuem uma forma diferenciada de contribuição para o sistema previdenciário, bem como a comprovação do trabalho rural como opção à não contribuição caso não comercialize sua produção, de modo a possibilitar o acesso à rede de proteção social. Contudo, “o atual modelo de contribuição do trabalhador rural gera apenas 2% da arrecadação previdenciária total, tornando a relação entre as contribuições e despesas com os benefícios rurais altamente deficitária”. (MEIRELLES, 2016)

Portanto, a melhoria das condições de vida e trabalho nas áreas rurais, o aumento da expectativa de vida de homens e mulheres, e o desequilíbrio entre arrecadação e despesas com benefícios rurais, justificam a alteração das regras para esses trabalhadores, especialmente o aumento da idade mínima e a forma de contribuição, com a substituição da contribuição atual sobre a comercialização. (MEIRELLES, 2016)

Baseada nisso, a PEC 287/2016 pretende igualar a idade mínima para aposentadoria dos trabalhadores rurais à dos trabalhadores urbanos – sessenta e cinco anos.

Além disso, o modelo de contribuição previdenciária sobre o resultado da comercialização da produção do trabalhador rural seria substituído por uma cobrança individual mínima e periódica, caracterizada por uma alíquota favorecida sobre o salário mínimo, adequada à realidade econômica e social do trabalhador rural, assim, ele – trabalhador rural terá que comprovar o recolhimento previdenciário mínimo como requisito para o reconhecimento do exercício de atividade rural, de forma semelhante aos demais segurados do Regime Geral, não bastando mais comprovar o exercício do trabalho rural.

2.6 BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA

A Prestação Continuada, popularmente conhecida como LOAS, em referência à Lei que regulamenta a Assistência Social, é um benefício assistencial previsto no inciso V do art. 203, da Constituição Federal do Brasil, que consiste na “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. (BRASIL, 1988) É o único benefício concedido em pecúnia previsto entre os objetivos que norteiam a Assistência Social.

Ele é disciplinado pelos artigos 20 a 21-A, da Lei nº. 8.742/1993, e regulamentado pelo Decreto nº. 6.214/2007, com redação dada pelo Decreto nº. 7.617/2011, que trazem, além da conceituação dada pelo texto constitucional, a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos para a concessão do referido benefício. “Trata-se de um benefício personalíssimo, que não tem natureza previdenciária, e, por isso, não gera direito à pensão por morte”. (SANTOS, 2016)

Pela Proposta, o art. 203 do texto constitucional, no que diz respeito ao benefício assistencial da prestação continuada, teria sua redação alterada, passando seu inciso V a ter a seguinte redação:

V - a concessão de benefício assistencial mensal, a título de transferência de renda, à pessoa com deficiência ou àquela com setenta anos ou mais de idade, que possua renda mensal familiar integral per capita inferior ao valor previsto em lei. (BRASIL, 2016)

A Proposta prevê ainda a necessidade de criação de lei para dispor sobre o valor e os requisitos de concessão e manutenção, a definição do grupo familiar e o grau de deficiência para fins de definição do acesso ao benefício e do seu valor. (BRASIL, 2016)

Nota-se que a idade mínima para concessão do referido benefício passaria de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, para 70 (setenta), e o valor pago deixaria de corresponder a um salário mínimo e passaria a ser um piso diferenciado, a ser estabelecido por lei própria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, além de diversas outras alterações, vale destacar, à guisa de considerações finais, que a PEC 287/2016, assim como todas as *Reformas* já realizadas no sistema previdenciário nacional, além de não afetar benefícios já concedidos, os que, mesmo que ainda não foram concedidos, já o merecem ser, por ter o segurado preenchido os requisitos – preservando, assim, os direitos adquiridos, traz, também, regras de transição que preservem as expectativas dos segurados com idades mais avançadas, aplicáveis aos homens que tenham 50 anos ou mais, e às mulheres que tenham 45 anos ou mais, na data da promulgação da emenda, em todos os casos.

Conclui-se, portanto, que a Proposta supracitada visa consideráveis alterações nas diversas regras previdenciárias, sobretudo nas que se referem às regras de transição, à idade mínima para aposentadoria, convergência entre o RGPS e os RPPS, igualdade entre os gêneros, aos benefícios da pensão por morte, das aposentadorias especiais, à forma de participação previdenciária dos trabalhadores rurais, e ao benefício assistencial da prestação continuada.

A Proposta segue em trâmite no Poder Legislativo, sua votação segue uma incógnita em virtude do atual momento político brasileiro, assim como sua aprovação ou não com a redação original - apesar de que as discussões têm sinalizado para uma resposta negativa. As únicas certezas são as de que o tema seguirá sendo objeto de debate em todos os cantos da sociedade e que, caso aprovada, a referida PEC irá impactar diretamente a vida de grande parte da população do país.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASENSI, Felipe Dutra. Indo além da Judicialização - O Ministério Público e a Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República: 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 de junho de 2017.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº. 827, de 05 de dezembro de 2016. Altera os arts. 37, 40, 42, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, 05 dez. 2016. Disponível em <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 31 de maio de 2017.

CARDOSO JR., José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas Sociais No Brasil: Organização, Abrangência e Tensões da Ação Estatal. In: JACCOUD, Luciana (Org.); SILVA, Frederico Barbosa da; [et al.]. Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo. Brasília: IPEA, 2005, p. 181-260. Disponível em <http://desafios2.ipea.gov.br>. Acesso em 30 de maio de 2017.

MEIRELLES, Henrique de Campos. EMI nº. 140/2016 MF, MPDG e MDSA. Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, Brasília, DF, 2016. Disponível em <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 31 de maio de 2017.

OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de; BELTRÃO, Kaizô Iwakami; FERREIRA, Mônica Guerra. Reforma da Previdência. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 1997. Disponível em www.ipea.gov.br. Acesso em 01 de junho de 2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; LENZA, Pedro (Coord.). Direito Previdenciário Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL TRABALHISTA COMO GARANTIA DE PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Vinicius Pinheiro Marques

Eryka Christina Batista da Silva

INTRODUÇÃO

Segundo dados do CNJ publicado no relatório *Justiça em Números 2015*, a Justiça do Trabalho, formada por 24 Tribunais Regionais do Trabalho e por 1.564 Varas do Trabalho, recebeu, apenas no ano de 2014, quase 4 milhões de processos. Houve um aumento de 16% nos casos novos entre os anos de 2009 a 2014, o que claramente demonstra uma intensificação, uma tensão existente na relação capital-trabalho.

Dos diversos fatores para o aumento desses números pode-se atribuir a própria mutação das relações de trabalho que vem ocorrendo nas últimas décadas e que essas cada vez mais vêm se apresentando heterogêneas, fragmentadas, complexas, precarizadas e contraditórias. Assim, com o término do contato de trabalho ou até mesmo quando se busca o re-

conhecimento de um vínculo empregatício, os novos arranjos das relações laborais vêm se demonstrando fluidas em relação os *standart* contidos na CLT, o que evidencia o grau de litigiosidade nos processos judiciais na Justiça do Trabalho.

Diante desse panorama é que a presente pesquisa busca investigar a decisão judicial sob esta nova perspectiva de arranjos das relações de trabalho, mas também pautados numa nova concepção de direito processual e dos próprios princípios jurídicos.

Para alcançar o objetivo proposto, inicialmente será abordada as novas características da relações de trabalho na contemporaneidade para, em momento posterior, investigar a o dever de fundamentação da decisão judicial trabalhista sob a ótica da proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores e como meio de controle extraprocessual fruto do dever de cooperação.

1. AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO

A transição – do capitalismo industrial moderno para a acumulação flexível da pós-modernidade – foi realizada por meio da implantação de novas formas organizacionais e de novas tecnologias produtivas com vistas a superar a rigidez do fordismo. A promoção da celeridade da produção foi conquistada por alterações nas formas de organização, sobretudo quando se propôs a desintegração vertical das empresas, ou seja, subcontratação, transferências das instalações físicas, etc. Outras mudanças organizacionais, como o sistema de *just in time* associado ao controle eletrônico, reduziram o tempo de giro em diversos setores de produção. Entretanto, essas novas tendências organizacionais do capitalismo da pós-modernidade resultaram para os trabalhadores “uma intensificação dos processos de trabalho e uma aceleração na desqualificação e

requalificação necessárias ao atendimento de novas necessidades de trabalho” (HARVEY, 2005, p. 257).

De forma paralela a esse movimento, Ramalho e Santana (2003) também observaram que a reestruturação da produção para a superação da crise vivenciada no final do século XX refletiu diretamente na gestão do corpo de obreiros, sobretudo quanto à redução da força de trabalho, pois a lógica do sistema é produzir mais e melhor, porém com menos trabalhadores.

Nessa série de contextos, com as respostas que foram desenvolvidas e apresentadas como forma de superação à denominada crise estrutural da sociedade capitalista, há de se constatar e afirmar categoricamente que foram provocadas modificações substanciais nas relações de trabalho, pois “as metamorfoses em curso no mundo do trabalho [...] afetaram a forma de ser da classe trabalhadora, tornando-a mais heterogênea, fragmentada e complexificada” (ANTUNES, 2006, p. 67). É justamente nesse aspecto que se pretende abordar de forma pontual e sistematizada, nesses itens até o final do capítulo, as principais alterações nas relações de trabalho com o intuito de traçar, num primeiro momento, o panorama geral do cenário contemporâneo.

O primeiro ponto de destaque nas relações de trabalho da pós-modernidade é a diminuição do número de proletariados tradicionais típicos do modelo fordista. Esses detêm uma relação de emprego formal para com seu empregador e desempenham um trabalho manual e especializado nas linhas de produção das indústrias e fábricas. Essa categoria de operários vem sendo reduzida com a própria reestruturação produtiva do capital e cedendo espaço para as formas mais desregulamentadas de trabalho.

Portanto, pode-se inferir que a tendência na contemporaneidade é a utilização de trabalhadores “terceirizados, subcontratados, *part-time*, entre tantas outras formas assemelhadas, que se expandem em escala global”. (ANTUNES; ALVES, 2004, p. 337)

Se por um lado houve a retração de proletariados no universo fabril, observa-se que uma parcela destes foram absorvidos para atividades econômicas destinadas a prestação de serviços. Não obstante, esse setor também sofreu com as mudanças organizacionais, tecnológicas e de gestão inerentes a nova lógica de acumulação flexível da pós-modernidade.

Na verdade, o imperativo do capitalismo mundial é, cada vez mais, introduzir novas tecnologias microeletrônicas e novos padrões organizacionais vinculados à lógica do toyotismo (a *lean production*), não apenas na indústria, mas no setor de serviços (inclusive os vinculados à reprodução social), que tendem a não possuir mais a capacidade de absorver a parcela de trabalhadores assalariados que estão à procura de empregos. (ALVES, 1999, p. 151)

Outro ponto significativo no mundo do trabalho contemporâneo é o aumento gradativo da participação das mulheres. No cenário brasileiro, em 2003, o indicador da participação das mulheres no mercado de trabalho era de 40,5% passando para 45,3% em 2011. Embora o percentual de homens por grupo de atividade (indústria, construção, comércio e serviços prestados a empresas) seja superior à de mulheres, mas desde 2003 as mulheres vêm se mantendo como a maioria, e com grande escala de vantagem, sobre os homens quando o grupo de atividade é ligado à administração pública⁶. Apesar de os dados apontarem para o crescimento da escolaridade feminina nos diversos setores da atividade econômica, isso não fez com que os salários se igulassem; pelo contrário, os números do ano de 2011 registram que o rendimento médio do trabalho das mulheres foi de 72,3% do que recebiam os homens (IBGE, 2012).

Conforme analisa Nogueira (2004), a inserção feminina no mundo do trabalho por um lado é positiva na medida em que possibilita a progressão do processo de emancipação das mulheres e diminui as formas de dominação patriarcal que se instaurou ao longo da história da humanidade. Contudo, os dados estatísticos demonstram o aspecto negativo, pois percebe-se o tratamento desigual em relação ao sexo e a inserção está ocorrendo por meio de relações precárias uma vez que no Brasil os números registrados em 2011 indicam que somente 69,2% das mulheres inseridas no mercado de trabalho contribuem para previdência social, enquanto que os homens alcançaram a marca de 72,4%. Soma-se ainda a constatação de que na maioria dos setores da economia o número de mulheres que trabalham com carteira assinada é inferior a 60%⁷. Portanto, assiste razão quando se fala que

Trata-se, portanto, de um movimento contraditório, uma vez que a emancipação parcial, uma consequência do ingresso do trabalho feminino no universo produtivo (tão fortemente destacada por Engels), é alterada de modo significativo, por uma feminização do trabalho que implica simultaneamente uma precarização social e um maior grau de exploração do trabalho. (NOGUEIRA, 2004, p.276)

Além do tratamento discriminatório entre o labor masculino e feminino, Ianni (2008) assinala que também existe a fragmentação da classe trabalhadora nos seus aspectos étnicos, raciais, culturais e etários impulsionada pela mundialização do capital. Os sujeitos pertencentes a esses grupos são excluídos do trabalho formal e dificilmente conseguem o reingresso sendo, portanto, forçados a exercer o labor informal e desprotegido.

Outra tendência das relações de trabalho na pós-modernidade, possibilitada pela desconcentração do processo de produção e expansão das pequenas unidades produtivas, é o exercício do labor em outro local que não seja o estabelecimento empresarial (à distância) ou até mesmo a possibilidade de ser realizado no próprio domicílio. “Por meio da telemática, com a expansão das formas de flexibilização e precarização do trabalho, com o avanço da horizontalização do capital produtivo, o trabalho produtivo doméstico vem presenciando formas de expansão em várias partes do mundo” (ANTUNES; ALVES, 2004, p. 343)

A CLT, em sua redação original e enquanto diploma emblemático dos direitos trabalhistas, é um dos frutos dos compromissos fordistas. Nota-se que grande parte de seu arcabouço normativo foi construído e calcado num cenário hipotético de uma fábrica fordista/taylorista (jornada de trabalho, tempo de descanso, especificidades das edificações, segurança e medicina do trabalho, etc.). Os próprios paradigmas caracterizadores de uma relação de emprego²¹ também são oriundos desse período.

Porém a crise dos anos 70 induziram a metamorfose do capitalismo para sua sobrevivência e, conseqüentemente, afetou diretamente o modo de como se desenvolve a relação entre o capital e o trabalho. Portanto, ao que foi exposto nos itens anteriores, há 5 (cinco) traços marcantes na pós-modernidade no que tange a relação travada entre capital e trabalho: i) processo de domínio da subjetividade do trabalhador; ii) alto grau de dependência do capital à sociedade de consumo e mais às relações de trabalho; iii) predominância da cultura do risco e do medo de perder o trabalho; iv) rompimento das barreiras geográficas e do *locus* privado; v) comprometimento, em diversos níveis, da saúde do trabalhador.

Diante desses novos paradigmas é que se pode dizer que as relações de trabalho na pós-modernidade tornaram-se he-

terogêneas, fragmentadas, complexas, A CLT, em sua redação original e enquanto diploma emblemático dos direitos trabalhistas, é um dos frutos dos compromissos fordistas. Nota-se que grande parte de seu arcabouço normativo foi construído e calcado num cenário hipotético de uma fábrica fordista/taylorista (jornada de trabalho, tempo de descanso, especificidades das edificações, segurança e medicina do trabalho, etc.). Os próprios paradigmas caracterizadores de uma relação de emprego também são oriundos desse período.

Porém a crise dos anos 70 induziram a metamorfose do capitalismo para sua sobrevivência e, conseqüentemente, afetou diretamente o modo de como se desenvolve a relação entre o capital e o trabalho na contemporaneidade. Portanto, conforme indica Marques (2016), há 5 (cinco) traços marcantes na pós-modernidade no que tange a relação travada entre capital e trabalho: i) processo de domínio da subjetividade do trabalhador; ii) alto grau de dependência do capital à sociedade de consumo e mais às relações de trabalho; iii) predominância da cultura do risco e do medo de perder o trabalho; iv) rompimento das barreiras geográficas e do *locus* privado; v) comprometimento, em diversos níveis, da saúde do trabalhador. Diante desses novos paradigmas é que se pode dizer que as relações de trabalho na pós-modernidade tornaram-se heterogêneas, fragmentadas, complexas, precarizadas e contraditórias.

Com tudo o que foi exposto, há de se perceber que as relações capital-trabalho são intensas e conflituosas na contemporaneidade e que as estruturas jurídicas da modernidade hoje em vigor são, no mínimo, insubsistentes para esses novos arranjos das relações laborais. Se nas democracias ocidentais a jurisdição surge como principal forma de resolução dos conflitos, inevitavelmente os conflitos existentes entre o capital e o trabalho irão desaguar no Poder Judiciário. Portanto, surge a necessidade de

se discutir e analisar a função da decisão judicial que irá se manifestar sobre os pedidos dos trabalhadores formulados na lide dentro da novas concepção de direito processual.

2. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por oportuno, Sarlet (2007) já pugnava pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao argumentar que inexiste no texto constitucional qualquer indício de que os direitos fundamentais somente seriam vinculados ao poder público. Em decorrência do princípio constitucional da dignidade humana e dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho, ambas verdadeiras expressões dos direitos humanos sociais do trabalhador, os direitos de personalidade não poderão sofrer alteração pelo Poder Constituinte derivado, uma vez que se encontram inseridos no núcleo intangível do art. 60, § 4º da Carta Magna de 1998.

A proteção dos direitos humanos fundamentais de personalidade tem como objetivo central tutelar os atributos essenciais do trabalhador nas relações de trabalho. Nesse sentido, compete ao empregador o dever de promover o trabalho adequado, garantindo a integridade física, intelectual e moral do empregado. Também é possível se afirmar que a mesma proteção dos direitos humanos fundamentais de personalidade do trabalhador se sustenta com base na dignidade humana, pois a Carta Magna brasileira “prevê a cláusula geral de tutela da personalidade, que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)” (LÔBO, 2001, p. 9). Portanto, juridicamente não é admissível um trabalho indigno que desrespeite os mandamentos constitucionais.

Aliás, a dignidade da pessoa humana, inserta no contexto dos direitos fundamentais, é elemento fundante dos direitos e garantias individuais e sociais, e tem dupla finalidade: primeiro, impedir qualquer comportamento que atente contra a pessoa humana; segundo, permitir que cada pessoa, dentro de um contexto ético, se realize enquanto sujeito integrante de uma sociedade.

Considerado o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais. (DELGADO, 2006, p. 241)

A manifestação da dignidade se faz presente na incolumidade do direito à vida, à honra, à saúde, à integridade física, à integridade moral, à intimidade e à garantia da afirmação social do trabalhador no ambiente de trabalho.

Considerar o homem como sujeito de promoção dos Direitos Humanos Fundamentais, entre eles, a dignidade da pessoa humana, é considerar o valor absoluto sobre o qual permeia o homem como ser racional e moral, dotado de emotividade e sensibilidade. Essa proteção fundamental possui o intuito de garantir ao trabalhador o bem-estar desejado no seio familiar e na sociedade civil, pois “a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana”. (CANOTILHO, 2003, p.38).

O foco do Direito do Trabalho reside na luta pelo reconhecimento e aperfeiçoamento da condição humana no mercado laboral brasileiro. A noção de cidadania no ramo juslaboral se dá, portanto, em um sistema normativo que prioriza a dignidade humana do trabalhador em uma economia de mercado.

[...] o Direito do Trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade. (ROMITA, 2005, p. 396)

Sem tal embate, o Direito do Trabalho perde a função de incluir o outro na esfera comunitária e de proteger o ser humano em toda a sua magnitude. É preciso levar em conta que a análise a ser empreendida depende da conscientização dos valores sociais universais e da formação de uma sociedade aberta para uma nova ordem ética, voltada para o desenvolvimento do bem-estar do trabalhador.

Por fim, não se pode pensar nos direitos fundamentais de personalidade apenas de forma limitada nos efeitos patrimoniais que incidem na relação de trabalho, pois, como adverte Coutinho (2010, p. 171) “a manutenção da visão de contratualidade explicitada pela autonomia da vontade serve para esvaziar a teoria dos direitos fundamentais”. É, portanto, necessário pensar na decisão judicial trabalhista como momento oportuno para concretizar a repersonalização do Direito do Trabalho

A necessidade de releitura do Direito do Trabalho, à luz dos direitos fundamentais, é imprescindível para a despatrimonialização e repersonalização do Direito Laboral. Torna-se necessário abandonar o antigo paradigma de que o Direito do Trabalho é patrimonialista e se preocupa com o pagamento das parcelas previstas em lei. (TEODORO; VALADÃO, p. 170)

Se o trabalho atua como instrumento de construção e afirmação social e psíquica do obreiro, de forma a influenciar

diretamente na dignidade humana, então a decisão judicial trabalhista, na perspectiva de uma racionalização neoconstitucional, deve ser apta a concretizar direitos materiais e existenciais dos trabalhadores. Nesse sentido é que pode alcançar, na seara processual, a repersonalização do Direito do Trabalho.

3. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO MEIO DE CONTROLE EXTRAPROCESSUAL

A doutrina brasileira importou do direito europeu o princípio da cooperação. Infere-se que, os países democráticos sempre adotaram o referido princípio. A moderna concepção processual exige um juiz ativo e a participação ativa das partes. Pois o juiz não é o dono do processo, esse deve ser dialogado, pois quanto mais dialogado for maior a chance de haver decisão justa.

Etimologicamente, cooperação, do verbo latino *cooperari*, operar juntamente com alguém, significa a ação conjunta para uma finalidade comum. E cooperativismo é a doutrina que visa à renovação social através da cooperação. O referido princípio visa transformar o processo em uma “comunidade de trabalho” sendo as partes e o tribunal responsabilizados por seus resultados.

Isto induz a assunção do processo como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação. (THEODORO JUNIOR et. al., 2015, p. 57).

À luz, portanto, do aludido princípio, os sujeitos processuais terão o essencial poder dever de colaborar entre si para a adequada condução do processo, como forma de promoção

da democracia, da segurança jurídica e do contraditório, e de adequação às finalidades do Estado Democrático de Direito.

Na concepção principiológica e constitucional de estado Democrático de Direito a função jurisdicional pode ser compreendida, do ponto de vista jurídico sistemático, como

atividade-dever estatal do órgão jurisdicional de cumprir e fazer cumprir o direito positivo, mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal, cujo fundamento submete os provimentos (sentenças, decisões judiciais) ao dado prévio da lei. (LEAL, 2000, p. 73)

Nesse sentido, Dias (2006, p. 569) afirma que na concretização da função jurisdicional, os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, poder este que jamais poderá ser arbitrário, mas que pode ser constitucionalmente organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do Estado Democrático de Direito.

Assim, Theodoro Junior, (2010) pontua que a efetiva participação das partes litigantes, bem como o diálogo com o juiz, no curso da relação processual, possibilitando-lhes influenciar e contribuir, legitimamente, na formação do convencimento e da decisão judicial a ser proferida é essencial e condizente com o Estado Democrático de Direito. Com isso, a garantia do contraditório passa a abranger não apenas o direito de ser informado a respeito dos atos processuais, o direito de se defender e apresentar posicionamentos relativos às diversas questões de fato e de direito (processual e material) envolvidas, mas também o direito de que essas alegações e defesas possam ser consideradas pelo juiz ao decidir. O devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988), portanto, exige

não apenas a observância formal de regras procedimentais, mas garantias, dentre outras, voltadas à fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/1988).

Não pairam dúvidas de que o dever de fundamentar adequadamente a decisão judicial é uma garantia decorrente do Estado Democrático de Direito, sobretudo por conferir elementos de racionalidade e controlabilidade das decisões. Afinal, “os deveres de fundamentação encontram-se, portanto, não só a serviço do Estado de Direito, mas também da legitimidade democrática, especialmente da aceitação e transparência das decisões do Estado”. (ZIPPELIUS, 1997, p. 390-391).

Há de se compreender que no Estado Democrático de Direito é dever das partes, do juiz e de todos que participam da relação jurídica processual colaborar para que o serviço público jurisdicional seja prestado com qualidade e eficiência, de modo a propiciar a tutela adequada, tempestiva e justa dos direitos, especialmente dos direitos humanos fundamentais de ordem social, como o são os direitos sociais dos trabalhadores.

A fundamentação das decisões judiciais é o ponto central em que se apoia o Estado Constitucional, constituindo elemento inarredável de nosso processo justo (...) a justificação das decisões judiciais serve como ferramenta para o adequado funcionamento do sistema jurídico. A fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa: deve dizer respeito ao caso concreto, estruturando-se a partir de conceitos e critérios claros e pertinentes e conter uma completa análise dos argumentos relevantes sustentados pelas partes em suas manifestações. Fora daí, não se considera fundamentada qualquer decisão (arts. 93, IX, CF, e 9º, 10, 11 e 489, §§ 1º e 2º, CPC). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 492).

Num Estado Democrático de Direito não se concebe a figura de uma pessoa que exerce função pública sem responsabilidade. Se nas comunidades contemporâneas o estado torna-se cada vez mais presente junto à sociedade civil, indispensável a necessidade de controle de seus atos, que devem se pautar pelo princípio da responsabilidade estatal (NOJIRI, 2000, p. 68)

Quanto mais amplo e eficaz for este princípio no sistema jurídico, tanto mais democrático será o Estado, vez que pela sua aplicação se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da juridicidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito. (ROCHA, 1994, p. 255).

Desse modo, Theodoro Junior *et al* (2015) ressaltam que a fundamentação é extremamente importante na construção do raciocínio do juiz, que justifica seu status constitucional: como extensão do poder estatal, e como entidade imparcial no processo, o juiz deve expor os motivos que lhe formaram o convencimento, como mostra de que o dever do Estado de distribuir justiça foi cumprido, e também como expressão do princípio do contraditório e ampla defesa. É imperioso notar que a fundamentação exauriente propiciará a formação dos precedentes judiciais e permitirá às partes, por exemplo, saber se sua causa será ou não alcançada pelos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou recursos repetitivos.

Michele Taruffo vê a obrigação constitucional de motivar as decisões judiciais como uma expressão do princípio da participação popular na administração da justiça. Sobre esta função extraprocessual leciona: essa consiste no assecuramento do controle do modo pelo qual os órgãos jurisdicionais exercem o poder que lhes é atribuído, no âmbito de um princípio mais geral do controle, que caracteriza a noção moderna do estado de direito.

Todavia, é claro que nessa dimensão o controle que a motivação deve assegurar não é aquele burocrático ou institucional exercido pelo juiz de instância superior, mas é o controle democrático difuso que deve ser exercido pelo mesmo povo, em cujo nome a sentença vem pronunciada. (TARUFFO, 1986)

Os destinatários da motivação não seriam somente as partes, os seus advogados e o juiz da instância superior, mas também a opinião pública compreendida em seu complexo, de qualquer do povo. A consequência política dessa mudança de perspectiva é evidente: a ótica privada do controle exercido pelo juiz de grau superior é integrada na ótica democrática do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença vem sendo pronunciada. (TARUFFO, 2015). Assim, o dever de fundamentação não é apenas mais um instrumento de garantia processual em sentido estrito, mas está ligado à concepção geral do Estado e do poder público, que precisamente no exercício da jurisdição é uma manifestação fundamental. (TARUFFO, 1988).

Essa verdadeira mudança de paradigma, trouxe novos elementos e valores que acabaram por ser incorporados no ordenamento interno, o que alterou o modelo de interpretação e de racionalidade jurídica. Hoje o princípio da transparência exige que o poder seja exercido não com base na autoridade, mas na legitimidade democrática (TARUFFO, 1988).

No Brasil, Barbosa Moreira (1988) já afirmava que o controle extraprocessual deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições.

CONCLUSÃO

A partir do momento que a Carta Magna alçou os direitos sociais trabalhistas nela contidos ao *status* de direitos fundamen-

tais integrantes do núcleo constitucional intangível, o trabalho foi elevado a patamar normativo e axiológico diferenciado. Tem-se, portanto, que à ordem democrática exige-se concretude na tutela do trabalho para que seja expressado o seu sentido social.

Não há de se olvidar que, para o Estado Democrático de Direito brasileiro, o trabalho digno é um dos mais importantes comandos principiológicos da Constituição Federal de 1988 a ser assegurado e efetivado.

Se, por um lado, o Direito Material do Trabalho alcançou nível constitucional fundamental, o processo do trabalho também deve ser analisado e aplicado à luz dos princípios e garantias constitucionais, sobretudo por ter se consolidado que a tutela jurisdicional efetiva é direito de natureza fundamental, ponto determinante para a concretização da dignidade da pessoa humana e dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, considerando que as relações de trabalho na contemporaneidade vêm se caracterizando por serem heterogêneas, fragmentadas, complexas, precarizadas e contraditórias, e que os conflitos inevitavelmente irão desaguar na Justiça do Trabalho é que se deve pensar na decisão judicial como instrumento de promoção de justiça.

Para tanto, para que este ato de provimento jurisdicional não seja apenas justo, mas também efetivo, é que intrínseco a ele devem integrar no ato de decidir o dever tutelar os direitos fundamentais dos trabalhadores, assim como expor uma fundamentação adequada para que se possa exercer o controle extraprocessual.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **Trabalho e mundialização do capital: a nova degradação do trabalho na era da globalização**. 2. ed. Londrina: Praxis, 1999.

- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?:** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 11. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2006.
- ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 87, p. 335-351, maio/ago. 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito.** Temas de direito processual civil. 2. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed., Almedina: Coimbra, 2003.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho Digno.** São Paulo: LTr, 2006.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e constituição:** estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna:** uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail

- Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa mensal de emprego. Mulher no mercado de trabalho: perguntas e respostas. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Acesso em: 13/01/2016.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Síntese: 2000.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Notadez**. Porto Alegre, v. 49, n. 284, jun. 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, Vinicius Pinheiro. **Função social da decisão judicial trabalhista na pós-modernidade**. 2016. 164 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Doutorado em Direito Privado, Belo Horizonte, 2016.
- NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. A feminização no mundo do trabalho: entre a emancipação e a precarização. In: ANTUNES, Ricardo; SILVA, Maria Aparecida Moraes. (Orgs). **O avesso do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2004. p. 243-284.

- NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). **Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social**. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 11-43.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- TARUFFO Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Francisco Mitidiero, Rafael Abreu e Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TARUFFO Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- TARUFFO Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, ano XL, n. 2, p. 435-467, jun. 1986.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo/RS, v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; VALADÃO, Carla Cirino. A repersonalização do direito do trabalho. A repersonalização do direito do trabalho. In: COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.). **Processo de institucionalização dos direitos da cidadania**. Florianópolis: Conpedi, 2015, v. 01, p. 156-174.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Este livro foi composto em ITC Slimbach pela
Editora Multifoco e impresso em papel offset 75 g/m².
