



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

**Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência**



**n. 54
2019**

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 54

p. 1 - 344

jan./jun.

2019

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927

Telefones: (19) 3731-1600 / (19) 3236-2100

<http://portal.trt15.jus.br>

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927

Telefone: (19) 3731-1683

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas

e-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br

Catálogo na Fonte elaborada pela
Seção de Biblioteca/TRT 15ª Região
Emmannuela Freitas de Caldas - CRB 8-9565

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola
Judicial do TRT - 15ª Região ; n. 1, jul./dez. 1991-. Campinas/
SP, 1991

Semestral

n. 54, jan./jun. 2019

ISSN 1679 - 8694

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do
Trabalho - Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos
- Brasil. I. Brasil. Escola Judicial.

CDU - 34:331(81)

347.998.72(81)

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista
são de estrita responsabilidade dos seus autores.

Coordenação: Desembargador Carlos Alberto Bosco

Capa: Marisa Batista da Silva

Colaboradores da organização desta edição:

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas:

Denise Pereira Toniolo

Elizabeth de Oliveira Rei

Daniela Vitória Cassiano Gemim

Natalia de Almeida dos Santos

Transcrições para o inglês:

Silvia Regina Guerino

Projeto gráfico: Ana Paula Takaki

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
é distribuída nos seguintes órgãos, instituições e bibliotecas:

Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Tribunal Superior do Trabalho
Superior Tribunal Militar
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região
Biblioteca Nacional
Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal
Biblioteca do Senado Federal
Biblioteca da Câmara dos Deputados
Biblioteca da OIT - Brasília
Biblioteca do Ministério Público do Trabalho
Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT
Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - AMATRA XV
Biblioteca da Associação São Bento de Ensino de Araraquara - UNIARA
Biblioteca da Faculdade Adamantina Integrada
Biblioteca da Faculdade Comunitária de Campinas - FAC
Biblioteca da Faculdade de Campinas - FACAMP
Biblioteca da Faculdade de Direito da Alta Paulista - FADAP - Tupã
Biblioteca da Faculdade de Direito da FAAP - São Paulo
Biblioteca da Faculdade de Direito da USP
Biblioteca da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDC
Biblioteca da Faculdade de Direito de Itu
Biblioteca da Faculdade de Direito de Marília - FADIMA
Biblioteca da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Biblioteca da Faculdade de Direito de São João da Boa Vista - Fundação de Ensino Octávio Bastos - UNIFEQB
Biblioteca da Faculdade de Direito e Administração de Barretos
Biblioteca da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá
Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Letras de Catanduva
Biblioteca da Faculdade de Minas - FAMINAS
Biblioteca da Faculdade Metropolitana de Campinas - METROCAMP
Biblioteca da Faculdade Módulo de Caraguatatuba
Biblioteca da Faculdade Municipal de Direito de Franca
Biblioteca das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" - UniToledo de Presidente Prudente
Biblioteca das Faculdades Claretianas - Rio Claro
Biblioteca das Faculdades Integradas Cantareira - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Integradas - Guarulhos
Biblioteca das Faculdades Integradas - Itapetininga - F. Karnig Bazarian
Biblioteca das Faculdades Integradas - UPIS
Biblioteca das Faculdades Radial - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Integradas Rui Barbosa de Andradina
Biblioteca das Faculdades Unificadas São Luís de Jaboticabal
Biblioteca da Fundação Educacional de Votuporanga
Biblioteca da Fundação Educacional Dr. Raul Bauab - Jaú
Biblioteca da Fundação Educacional Sorocabana - FADI
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Campinas
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Biblioteca da Universidade Bandeirante de São Paulo
Biblioteca da Universidade Braz Cubas de Mogi das Cruzes - UBC
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Fernandópolis
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Descalvado
Biblioteca da Universidade Católica de Pelotas
Biblioteca da Universidade Católica de Santos
Biblioteca da Universidade Cidade de São Paulo
Biblioteca da Universidade Cruzeiro do Sul de São Paulo
Biblioteca da Universidade de Brasília - UNB
Biblioteca da Universidade de Franca - UNIFRAN
Biblioteca da Universidade de Guarulhos
Biblioteca da Universidade de Marília - UNIMAR
Biblioteca da Universidade de Mogi das Cruzes - UMC
Biblioteca da Universidade de Pernambuco - UPE
Biblioteca da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Biblioteca da Universidade de Santo Amaro - São Paulo
Biblioteca da Universidade de Sorocaba
Biblioteca da Universidade de Taubaté - UNITAU
Biblioteca da Universidade do Grande ABC - Santo André
Biblioteca da Universidade do Oeste Paulista - Presidente Prudente
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - Jacareí
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - Franca
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora
Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Biblioteca da Universidade Federal de Pelotas
Biblioteca da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande - UFRG
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Biblioteca da Universidade Ibirapuera de São Paulo
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Lins
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Piracicaba
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Santa Bárbara d'Oeste
Biblioteca da Universidade Metropolitana de Santos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Araçatuba
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Campinas
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Ribeirão Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José do Rio Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Sorocaba
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo
Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO - Salvador
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos
Biblioteca da Universidade São Francisco - Bragança Paulista
Biblioteca da Universidade São Francisco - Campinas
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu - São Paulo
Biblioteca do Centro de Ensino Superior de São Gotardo - CESG
Biblioteca do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal
Biblioteca do Centro Universitário Anhanguera de Leme
Biblioteca do Centro Universitário Capital São Paulo

Biblioteca do Centro Universitário Católico Auxilium - UniSalesiano
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Batatais
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Campinas
Biblioteca do Centro Universitário de Araras
Biblioteca do Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP
Biblioteca do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio - UNICERP
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP - São José do Rio Preto
Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário FIEO - Osasco
Biblioteca do Centro Universitário Monte Serrat - Santos
Biblioteca do Centro Universitário Moura Lacerda - Ribeirão Preto
Biblioteca do Centro Universitário Nove de Julho - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Americana
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Campinas
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Lorena
Biblioteca do Centro Universitário Toledo de Araçatuba - UniToledo
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Bauru - IESB
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul - IMES
Biblioteca do Instituto Superior de Ciências Aplicadas - ISCA - Limeira
Biblioteca do Instituto Toledo de Ensino de Bauru - ITE
Biblioteca do TRT da 1ª Região
Biblioteca do TRT da 2ª Região
Biblioteca do TRT da 3ª Região
Biblioteca do TRT da 4ª Região
Biblioteca do TRT da 5ª Região
Biblioteca do TRT da 6ª Região
Biblioteca do TRT da 7ª Região
Biblioteca do TRT da 8ª Região
Biblioteca do TRT da 9ª Região
Biblioteca do TRT da 10ª Região
Biblioteca do TRT da 11ª Região
Biblioteca do TRT da 12ª Região
Biblioteca do TRT da 13ª Região
Biblioteca do TRT da 14ª Região
Biblioteca do TRT da 16ª Região
Biblioteca do TRT da 17ª Região
Biblioteca do TRT da 18ª Região
Biblioteca do TRT da 19ª Região
Biblioteca do TRT da 20ª Região
Biblioteca do TRT da 21ª Região
Biblioteca do TRT da 22ª Região
Biblioteca do TRT da 23ª Região
Biblioteca do TRT da 24ª Região
Editora Champanhath - Curitiba
Escola Judicial do TRT da 1ª Região
Escola Judicial do TRT da 2ª Região
Escola Judicial do TRT da 3ª Região
Escola Judicial do TRT da 4ª Região
Escola Judicial do TRT da 5ª Região
Escola Judicial do TRT da 6ª Região
Escola Judicial do TRT da 7ª Região
Escola Judicial do TRT da 8ª Região
Escola Judicial do TRT da 9ª Região
Escola Judicial do TRT da 10ª Região

Escola Judicial do TRT da 11ª Região
Escola Judicial do TRT da 12ª Região
Escola Judicial do TRT da 13ª Região
Escola Judicial do TRT da 14ª Região
Escola Judicial do TRT da 16ª Região
Escola Judicial do TRT da 17ª Região
Escola Judicial do TRT da 18ª Região
Escola Judicial do TRT da 19ª Região
Escola Judicial do TRT da 20ª Região
Escola Judicial do TRT da 21ª Região
Escola Judicial do TRT da 22ª Região
Escola Judicial do TRT da 23ª Região
Escola Judicial do TRT da 24ª Região
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EXTERIOR

Argentina

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

China

Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau

Espanha

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla

Universidad de Sevilla

França

Département des Études Internationales, Européennes et Comparatives de L'Université Paris I -

Panthéon-Sorbonne - Paris

Université Cergy Pontoise - Cergy

Portugal

Consulado Geral do Brasil em Portugal

Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique - Porto

Embaixada do Brasil em Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade do Minho - Braga

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Vila Nova Amalício

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões

Ministério da Educação - Lisboa

Ordem dos Advogados - Lisboa

Uruguai

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

Universidad de la República - Facultad de Derecho - Montevideo

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa - Diretora
Des. Carlos Alberto Bosco - Vice-diretor

CONSELHO EDITORIAL

Des. Carlos Alberto Bosco - Editor-chefe

Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza

Des. José Otávio de Souza Ferreira

Des. Luis Henrique Rafael

Juiz Júlio César Marin do Carmo

Juiz Manoel Luiz Costa Penido

Exterior

Argentina

Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Córdoba

Espanha

Professor David Sanchez Rubio - Universidad de Sevilla

Professor Doutor Rafael de Asís Roig - Universidad Carlos III de Madrid

França

Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy

Portugal

Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa

Uruguai

Professor Mario Garmendia Arigón - Universidad de la República
- Montevideo

CONSELHO TÉCNICO

Pareceristas Nacionais

Membros do TRT da 15ª Região

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Fabio Grasselli

Des. Manoel Carlos Toledo Filho

Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho

Des. Carlos Alberto Bosco

Des. João Batista Martins César

Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo

Des. Fábio Allegretti Cooper

Juíza Olga Regiane Pilegis

Juiz Marco Antonio de Souza Branco

Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz Flávio Landi

Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira

Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

Juiz José Guido Teixeira Junior

Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca

Juíza Candy Florencio Thomé

Juíza Rosilene da Silva Nascimento

Pareceristas Internacionais

Argentina

Professor Carlos Alberto Toselli - Universidad de Córdoba

Professor Adrián Goldin - Universidad de San Andrés

Colômbia

Professora Martha Elisa Monsalve Cuéllar - Universidad La Gran Colombia

Espanha

Professor Álvaro Sánchez Bravo - Universidad de Sevilla

Professora Icíar Alzaga Ruiz - Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid

Professor Miguel Cardenal Carro - Universidad de Extremadura

Professor David Montoya Medina - Universidad de Alicante

Itália

Professor Alberto Levi - Universidade de Módena e Reggio Emília

Portugal

Professor João Leal Amado - Universidade de Coimbra

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE	Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes
VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO	Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
VICE-PRESIDENTE JUDICIAL	Tereza Aparecida Asta Gemignani
CORREGEDOR REGIONAL	Manuel Soares Ferreira Carradita
VICE-CORREGEDORA REGIONAL	Maria Madalena de Oliveira
OUVIDORA	Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
VICE-OUVIDOR	Helcio Dantas Lobo Junior

DESEMBARGADORES DO TRABALHO

(em 12.3.2019)

José Pedro de Camargo R. de Souza	João Alberto Alves Machado
Olga Aida Joaquim Gomieri	Claudinei Zapata Marques
Eduardo B. de Oliveira Zanella	José Otávio de Souza Ferreira
Luiz Antonio Lazarim	Ana Paula Pellegrina Lockmann
José Pitas	Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Luiz Roberto Nunes	Helcio Dantas Lobo Junior
Lorival Ferreira dos Santos	Eder Sivers
Manuel Soares Ferreira Carradita	Antonia Regina Tancini Pestana
Fernando da Silva Borges	Eleonora Bordini Coca
Gerson Lacerda Pistori	Carlos Alberto Bosco
Helena Rosa M. da Silva Lins Coelho	João Batista Martins César
Gisela R. M. de Araujo e Moraes	Luiz Felipe P. da Luz Bruno Lobo
Edmundo Fraga Lopes	Fábio Allegretti Cooper
Tereza Aparecida Asta Gemignani	Maria Inês Corrêa de C. César Targa
Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla	Edison dos Santos Pelegrini
Thomas Malm	Luciane Storel da Silva
Susana Graciela Santiso	Ricardo Antonio de Plato
Samuel Hugo Lima	Ricardo Regis Laraia
Maria Madalena de Oliveira	Wilton Borba Canicoba
Fabio Grasselli	José Carlos Ábile
Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi	Jorge Luiz Costa
Dagoberto Nishina de Azevedo	Rosemeire Uehara Tanaka
Thelma Helena M. de Toledo Vieira	Luis Henrique Rafael
Manoel Carlos Toledo Filho	Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Antonio Francisco Montanagna	Jorge Luiz Souto Maior
Rita de Cássia Penkal B. de Souza	Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim
Francisco A. da M. Peixoto Giordani	

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes (Presidente)
Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. José Pitas
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani
Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Maria Madalena de Oliveira
Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa
Des. Luciane Storel da Silva
Des. Wilton Borba Canicoba

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes (Presidente)
Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Antonio Francisco Montanagna

Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Eder Sivers
Des. João Batista Martins César
Des. Wilton Borba Canicoba
Des. Rosemeire Uehara Tanaka
Des. Luis Henrique Rafael
Des. Jorge Luiz Souto Maior
Des. Larissa Carotta Martins da Silva
Scarabelim

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Luiz Antonio Lazarim
(Presidente)
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes
Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla
Des. Erodite Ribeiro dos Santos
De Biasi
Des. Dagoberto Nishina de Azevedo
Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Carlos Alberto Bosco
Des. Fábio Allegretti Cooper

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Luciane Storel da Silva
(Presidente)
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Roberto Nóbrega de Almeida
Filho
Des. Antonia Regina Tancini Pestana

Des. Eleonora Bordini Coca
Des. Ricardo Antonio de Plato
Des. Ricardo Regis Laraia
Des. José Carlos Ábile
Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza (Presidente)
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
Des. José Pitas
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Thomas Malm
Des. Susana Graciela Santiso
Des. Maria Madalena de Oliveira
Des. Fabio Grasselli
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo
Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Jorge Luiz Costa

1ª TURMA

Primeira Câmara

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
(Presidente da 1ª Câmara)
Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani
Des. Ricardo Antonio de Plato

Segunda Câmara

Des. Wilton Borba Canicoba
(Presidente da Turma e da 2ª Câmara)
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho
Des. Susana Graciela Santiso
Des. José Otávio de Souza Ferreira

2ª TURMA

Terceira Câmara

Des. Antonia Regina Tancini Pestana
(Presidente da 3ª Câmara)
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. José Carlos Ábile

Quarta Câmara

Des. Eleonora Bordini Coca (Presidente
da Turma e da 4ª Câmara)
Des. Dagoberto Nishina de Azevedo
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza
Des. Larissa Carotta Martins da Silva
Scarabelim

3ª TURMA

Quinta Câmara

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
(Presidente da 5ª Câmara)
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Maria Madalena de Oliveira

Sexta Câmara

Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani
(Presidente da Turma e da 6ª Câmara)
Des. Fábio Allegretti Cooper
Des. Jorge Luiz Costa
Des. Rosemeire Uehara Tanaka
Des. Jorge Luiz Souto Maior

4ª TURMA

Sétima Câmara

Des. Carlos Alberto Bosco
(Presidente da Turma e da 7ª Câmara)
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Des. Luciane Storel da Silva
Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes

Oitava Câmara

Des. Luiz Roberto Nunes
(Presidente da 8ª Câmara)
Des. José Pedro de Camargo Rodrigues
de Souza
Des. Thomas Malm
Des. Erodite Ribeiro dos Santos
De Biasi
Des. Claudinei Zapata Marques

5ª TURMA

Nona Câmara

Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira
(Presidente da 9ª Câmara)
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. José Pitas
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa

Décima Câmara

Des. Fabio Grasselli
(Presidente da Turma e da 10ª Câmara)
Des. Fernando da Silva Borges
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Ricardo Regis Laraia

6ª TURMA

Décima Primeira Câmara

Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo
(Presidente da Turma e da 11ª Câmara)
Des. Antonio Francisco Montanagna
Des. Eder Sivers
Des. João Batista Martins César
Des. Luis Henrique Rafael

JUÍZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO

(em 12.3.2019)

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Paulo Augusto Ferreira	Batatais	Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti	3ª Campinas
João Batista da Silva	2ª Taubaté	Renato de Carvalho Guedes	1ª Limeira
Orlando Amâncio Taveira	1ª Jacareí	Marco Antônio Macedo André	Andradina
Keila Nogueira Silva	2ª Marília	Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba
Mari Angela Pelegrini	Santa Bárbara d'Oeste	Eliana dos Santos Alves Nogueira	2ª Franca
Maria da Graça Bonança Barbosa	5ª São José dos Campos	Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté
Andrea Guelfi Cunha	4ª Jundiaí	Renata dos Reis D'Ávilla Calil	Capivari
Edna Pedroso Romanini	2ª Jundiaí	Juliana Benatti	8ª Campinas
Regina Dirce Gago de Faria Monegatto	Atibaia	Luciana Nasr	4ª Campinas
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto	Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	1ª Bauru
Marcelo Garcia Nunes	4ª São José dos Campos	Alexandre Vieira dos Anjos	São José do Rio Pardo
Marcos da Silva Pôrto	9ª Campinas	Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	10ª Campinas	Fernanda Cavalcanti Varzim Gaetano	Bebedouro
Adriene Sidnei de Moura David	2ª Piracicaba	Mauro César Luna Rossi	Capão Bonito
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto	José Guido Teixeira Júnior	Itararé
Margarete Aparecida Gulmaneli Solcia	2ª Catanduva	Kátia Liriam Pasquini Braiani	2ª Presidente Prudente
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos	Cristiane Montenegro Rondelli	7ª Campinas
Ana Cláudia Torres Vianna	6ª Campinas	André Luiz Alves	3ª Bauru
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi	Leandra da Silva Guimarães	Amparo
Cinthia Maria da Fonseca Espada	Garça	Patrícia Glugovskis Penna Martins	Mogi Mirim
Renato Henry Sant'Anna	1ª Ribeirão Preto	Lúcia Zimmermann	São Sebastião
Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas	Luís Rodrigo Fernandes Braga	Araras
Adelina Maria do Prado Ferreira	Avaré	Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues	2ª Americana
Regiane Cecília Lizi	Pederneiras	Adriana Fonseca Perin	2ª São José do Rio Preto
Cláudia Cunha Marchetti	2ª Paulínia	Ana Paula Alvarenga Martins	1ª Americana
Olga Regiane Pilegis	11ª Campinas	Evandro Eduardo Maglio	Mococa
Jorge Antonio dos Santos Cota	Itatiba	Júlio César Trevisan Rodrigues	4ª São José do Rio Preto
Tárcio José Vidotti	Cajuru	Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã
Oséas Pereira Lopes Junior	1ª Paulínia	Alexandre Garcia Muller	1ª Marília
Walney Quadros Costa	2ª Ribeirão Preto	Arilda Cristiane Silva de Paula Calixto	Cravinhos
Ronaldo Oliveira Siandela	Piedade	Cássia Regina Ramos Fernandes	1ª São José dos Campos
Levi Rosa Tomé	Itu	Júlio César Marin do Carmo	2ª Lençóis Paulista
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis	Denise Ferreira Bartolomucci	2ª São José dos Campos
Maurício Takao Fuzita	Dracena	Andréia de Oliveira	Caçapava
Luís Fernando Lupato	Ubatuba	Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan	Indaiatuba
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho	Alessandro Tristão	Fernandópolis
André da Cruz e Souza Wenzel	Aparecida	Alvaro dos Santos	Hortolândia
Sérgio Milito Barêa	Taquaritinga	Sandro Valério Bodo	2ª Bauru
Marcelo Carlos Ferreira	Salto	Nelma Pedrosa G. Sant'Anna Ferreira	1ª Presidente Prudente
Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho	Marcus Menezes Barberino Mendes	São Roque
Hamilton Luiz Scarabelim	1ª Jundiaí	Gislene Aparecida Sanches	Pindamonhangaba
Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva	Adhemar Prisco da Cunha Neto	1ª Araçatuba
André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas	Tânia Aparecida Claro	Guaratinguetá
Luiz Antonio Zanqueta	Lins	Pedro Edmilson Pilon	Leme
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto	Valdir Rinaldi Silva	4ª Sorocaba
Robson Adilson de Moraes	5ª Campinas	Isabela Tófano de Campos Leite Pereira	3ª Piracicaba
Dora Rossi Góes Sanches	2ª Jacareí	Renato da Fonseca Janon	1ª Lençóis Paulista
José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva	6ª Ribeirão Preto	Márcia Cristina Sampaio Mendes	5ª Ribeirão Preto
Flávio Landi	2ª Campinas	Kathleen Mecchi Zarins Stamato	3ª Jundiaí

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Andréia Alves de Oliveira Gomide	1ª Franca	Sandra Maria Zironi	Votuporanga
José Antônio Gomes de Oliveira	Jales	Conceição Aparecida Rocha de Petribu Faria	2ª Araraquara
Valéria Cândido Peres	Caraguatatuba	Cecy Yara Tricca de Oliveira	3ª Sorocaba
Daniela Renata Rezende Ferreira Borges	Olímpia	Lucineide Almeida de Lima Marques	1ª Jaú
Alan Cezar Runho	Matão	Elen Zoraide Módolo Jucá	Birigüi
Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Adamantina	Teresa Cristina Pedrasi	Itapetininga
Fernanda Cristina de Moraes Fonseca	Itapira	Manoel Luiz Costa Penido	Registro
Daniela Macia Ferraz Giannini	Rio Claro	Paulo Bueno Cordeiro de Almeida Prado Bauer	4ª Bauru
Marcelo Bueno Pallone	Campo Limpo Paulista	Flávio Henrique Garcia Coelho	2ª Assis
Renato César Trevisani	Ituverava	Antonia Rita Bonardo	São João da Boa Vista
Henrique Macedo Hinz	2ª Limeira	Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	2ª Araçatuba
Wilson Cândido da Silva	Lorena	Andréa Maria Pfrimer Falcão	1ª Jaboticabal
Decio Umberto Matoso Rodovalho	Sumaré	Débora Wust de Proença	Teodoro Sampaio
Azael Moura Junior	Bragança Paulista	Vinicius Magalhães Casagrande	Itanhaém
Cleber Antonio Grava Pinto	Penápolis	Clóvis Victorio Júnior	3ª Araçatuba
Rosana Alves Siscari	Porto Ferreira	Fernando Lucas U. Martins dos Santos	1ª São Carlos
Ana Paula Silva Campos Miskulin	José Bonifácio	Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Cruzeiro
Rodarte Ribeiro	Barretos	José Antonio Dosualdo	2ª Jaboticabal
Mauricio de Almeida	2ª Jaú	Maria Flávia R. de Oliveira Alaite	Itápolis
Ana Lucia Cogo Casari Castanho Ferreira	1ª Araraquara	André Luiz Tavares de Castro Pereira	Pirassununga
Alexandre Alliprandino Medeiros	São Joaquim da Barra	Rogério Princivalli da Costa Campos	Santa Cruz do Rio Pardo
João Baptista Cilli Filho	4ª Ribeirão Preto	Ana Maria Eduardo da Silva	2ª Sorocaba
Rodrigo Penha Machado	Orlândia	Regina Rodrigues Urbano	Tatuí
Marcelo Siqueira de Oliveira	Ourinhos	João Batista de Abreu	Mogi Guaçu
Candy Florencio Thomé	1ª Sorocaba	Antonio Carlos C. de Oliveira	2ª São Carlos

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

(em 12.3.2019)

<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>	<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>
Paulo César dos Santos	São José dos Campos	Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto
Marcos Roberto Wolfgang	Bauru	Arthur Albertin Neto	Araçatuba
Carlos Eduardo Vianna Mendes	São José dos Campos	Marcelo Chaim Chohfi	Campinas
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto	Patricia Maeda	Campinas
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente	Edson da Silva Junior	Bauru
Diovana Bethânia O. Inocêncio Fabreti	Sorocaba	Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto
Ana Flávia de Moraes Garcia Cuesta	Campinas	Mariângela Fonseca	Bauru
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Luciano Brisola	Sorocaba
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	Rogério José Perrud	Presidente Prudente
Sidney Xavier Rovida	Araçatuba	Josué Cecato	Bauru
Wellington Amadeu	Campinas	Rafael Marques de Setta	Campinas
Carlos Roberto F. de Oliveira Silva	Bauru	Érica Escarassatte	Campinas
João Dionísio Viveiros Teixeira	Campinas	Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto
Marco Antonio Folegatti de Rezende	São José dos Campos	Ricardo Luís da Silva	Sorocaba
Carmen Lucia Couto Taube	São José dos Campos	Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas
André Luiz Menezes Azevedo Sette	Campinas	Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas	Andréia Nogueira Rossilho de Lima	Presidente Prudente
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas	Ana Missiati de Barros Pimentel	Campinas
Lenita Aparecida Pereira Corbanezi	Campinas	Luís Furian Zorretto	São José do Rio Preto
Christina Feuerharmel Vellozo	Campinas	Patricia Juliana Marchi Alves	Campinas
Maurício Matsushima Teixeira	São José dos Campos	Cristiane Souza de Castro Toledo	Campinas
Solange Denise Belchior Santaella	Campinas	Luiz Roberto L. dos Santos Filho	Ribeirão Preto
Ronaldo Capelari	Campinas	Lays Cristina de Cunto	Campinas
Mauricio Bearzotti de Souza	Campinas	Vanessa Cristina Pereira Salomão	Campinas
Saete Yoshie Honma Barreira	Campinas	Maria Lúcia Ribeiro Morando	São José dos Campos
Aparecido Batista de Oliveira	Campinas	Vanessa Maria S. Villanova Matos	Presidente Prudente
Leticia Gouveia Antonioli	Campinas	Caio Rodrigues Martins Passos	Campinas
Mauro César Moreli	São José do Rio Preto	Roberta Confetti Gatsios Amstalden	Ribeirão Preto
Ricardo Luís Valentini	Ribeirão Preto	Fernanda Amabile M. de S. Gomes	São José do Rio Preto
Paulo Eduardo Belloti	Sorocaba	Natália Scassiotta Neves Antoniassi	Campinas
Roberto dos Santos Soares	São José dos Campos	Francieli Pissoli Mendonça	Ribeirão Preto
Sérgio Polastro Ribeiro	Bauru	Zilah Ramires Ferreira	Bauru
Rosana Nubiato Leão	Araçatuba	Andressa Venturi da Cunha Weber	Ribeirão Preto
Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba	Elias Terukiyo Kubo	São José dos Campos
Rodrigo Adelio Abrahão Linares	São José dos Campos	Sofia Lima Dutra	Campinas
Paulo Henrique Coiado Martinez	Bauru	Gothardo R. Backx Van Buggenhout	São José dos Campos
Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto	Luciene Pereira Scandiuci Ridolfo	Campinas
Mércio Hideyoshi Sato	Campinas	Alessandra Regina Trevisan Lambert	Campinas
Camila Moura de Carvalho	Campinas	Breno Ortiz Tavares Costa	Bauru
Alexandre Klimas	São José dos Campos	Cláudia Bueno Rocha Chiuzele	Ribeirão Preto
Siumara Junqueira de Oliveira	São José dos Campos	Danielle Guerra Florentino Lopes	São José dos Campos
Carlos Alberto Frigieri	Ribeirão Preto	Erika Ferrari Zanella	Campinas
Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas	Luciane Cristina Muraro de Freitas	Campinas
Camila Ceroni Scarabelli	Campinas	Pablo Souza Rocha	Campinas
Thiago Henrique Ament	Campinas	Karine Vaz de Melo Mattos Abreu	Campinas
Fábio Natali Costa	Ribeirão Preto	Reginaldo Lourenço Pierrotti Junior	São José dos Campos
Newton Cunha de Sena	Campinas	Daniele Comin Martins	Bauru
Polyanna Sampaio C. da Silva Santos	Ribeirão Preto	Gustavo Triandaféides Balthazar	Campinas
Amanda Barbosa	Ribeirão Preto	Anderson Relva Rosa	Campinas

Nome	Circunscrição	Nome	Circunscrição
Régis Antônio Bersanin Niedo	Presidente Prudente	Ricardo Philipe dos Santos	São José do Rio Preto
Bárbara Baldani Fernandes Nunes	Presidente Prudente	Edma Alves Moreira	Bauru
Rosilene da Silva Nascimento	Ribeirão Preto	Otávio Lucas de Araújo Rangel	Ribeirão Preto
Karine da Justa Teixeira Rocha	Campinas	Marcio Cavalcanti Camelo	Ribeirão Preto
Eliete Thomazini Pala	Araçatuba	Virgilio de Paula Bassanelli	São José do Rio Preto
Adriel Pontes de Oliveira	Ribeirão Preto	Eduardo Alexandre da Silva	Campinas
Mônica Rodrigues Carvalho Rossi	Ribeirão Preto	Taísa Magalhães de Oliveira Santana Mendes	Campinas
Vinícius de Miranda Taveira	Campinas	Flavia Farias de Arruda Corseuil	Campinas
Camila Ximenes Coimbra	Campinas	Bruno da Costa Rodrigues	São José dos Campos
Renato Clemente Pereira	Bauru	Roselene Aparecida Taveira	Campinas
Veranici Aparecida Ferreira	Campinas	Francina Nunes da Costa	São José dos Campos
Leandro Renato Catelan Encinas	São José do Rio Preto	Rômulo Tozzo Techio	Bauru
Karina Suemi Kashima	Ribeirão Preto	Jeferson Peyerl	Bauru
Carolina Sferra Croffi Heinemann	Campinas	Vilson Antonio Previde	Campinas
Renata Carolina Carbone Stamponi	Bauru	Paula Araújo Oliveira Levy	Campinas
José Augusto de A. P. F. de Castilho	Bauru	Daniel Rezende Faria	Ribeirão Preto
Bruna Müller Stravinski	Campinas	Tábata Gomes Macedo de Leitão	Araçatuba
Gustavo Zabeu Vasen	Campinas	Fernanda Constantino de Campos	Campinas
Adriane da Silva Martins	Sorocaba	Fabio Trifatis Vitale	Campinas
Christophe Gomes de Oliveira	São José do Rio Preto	Cristiane Helena Pontes	Campinas
Amanda Sarmento Gakiya	Ribeirão Preto	Rinaldo Soldan Joazeiro	São José do Rio Preto
Renata Mendes Cardoso de Castro Pereira	Campinas	Francisco Duarte Conte	Sorocaba
Cauê Brambilla da Silva	Bauru	Gilvandro de Lelis Oliveira	Ribeirão Preto
Ana Paula Sartorelli Brancaccio	Sorocaba	Ricardo Henrique Botega de Mesquita	Ribeirão Preto
Paula Rodrigues de Araujo Lenza	Ribeirão Preto	Priscila Pivi de Almeida	Campinas
Daniele Fernandes dos Santos	Campinas	Elise Gasparotto de Lima	Araçatuba
Rafael de Almeida Martins	Campinas	Luciene Tavares Teixeira	Campinas
Fábio Camera Capone	Campinas	Cristiane Barbosa Kunz	Presidente Prudente
César Reinaldo Offa Basile	São José dos Campos	Ananda Tostes Isoni	Bauru
Lady Ane de Paula S. Della Rocca	Ribeirão Preto	Carlos Eduardo Andrade Gratão	Bauru
Gustavo Naves Guimarães	Sorocaba	Lucas Freitas dos Santos	Ribeirão Preto
Guilherme Camurça Filgueira	Sorocaba	Camila Trindade Valio Machado	Ribeirão Preto
Bernardo Moré Frigeri	São José dos Campos	Gabriel Calvet de Almeida	Bauru
Fred Morales Lima	Ribeirão Preto	Everton Vinícius da Silva	Bauru
Rodrigo de Mattos Takayassu	Ribeirão Preto	Paula Cristina Caetano da Silva	Campinas
Fernanda Frare Ribeiro	Campinas	Lucas Falasqui Cordeiro	Campinas
Mariana Cavarra Bortolon Varejão	Campinas	Sandro Matucci	Sorocaba
Carolina Popoff Ferreira da Costa	Sorocaba	Bruno Furtado Silveira	Campinas
Michele do Amaral	Campinas	Thiago Nogueira Paz	Ribeirão Preto
José Bispo dos Santos	São José do Rio Preto	Luiza Helena Roson	Sorocaba
Mila Malucelli Araujo	Ribeirão Preto	Bianca Cabral Doricci	Ribeirão Preto
Marcel de Avila Soares Marques	São José do Rio Preto	Adélia Weber Leone Almeida Faria	Ribeirão Preto
Maurício Brandão de Andrade	São José do Rio Preto	Fábio César Vicentini	Ribeirão Preto
Alexandre Franco Vieira	Presidente Prudente	Angela Naira Belinski	São José do Rio Preto
Pedro Henrique B. S. de Oliveira	Ribeirão Preto	Cléa Ribeiro	Sorocaba
Mouzart Luis Silva Brenes	Presidente Prudente	Alexandre Silva de Lorenzi Dinon	Bauru
Eduardo Costa Gonzales	Araçatuba	Priscila Gil de Souza Murad	São José do Rio Preto
Érika de Franceschi	Campinas	Samanta Iansen Falleiros	São José do Rio Preto
Érika Rodrigues Pedreus Morete	Presidente Prudente	Aluísio Teodoro Falleiros	São José do Rio Preto
José Rodrigues da Silva Neto	São José do Rio Preto	Fernando Rodrigues Carvalho	São José do Rio Preto
Letícia Helena Juiz de Souza	Ribeirão Preto	Walkiria Aparecida Ribeiro	Araçatuba
Rodrigo Fernando Sanitá	São José do Rio Preto		

SUMÁRIO

EDITORIAL

SEÇÃO ESPECIAL

DISCURSO DE POSSE DA EXMA. DESEMBARGADORA PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO	23
MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e	

ARTIGOS

Doutrina Nacional

SUPREMACIA DO NEGOCIADO EM FACE DO LEGISLADO. A NATUREZA BIFRONTA (OU AS FACES) DA NOVA CLT	31
SANTOS, Enoque Ribeiro dos	

A RUPTURA DO CONTRATO DE TRABALHO PELO EMPREGADO NO DIREITO PORTUGUÊS. PARTICULARIDADES. GARANTIAS ASSEGURADAS QUE NÃO SE ENCONTRAM PRESENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. UM CONTRIBUTO RAZOÁVEL PARA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL?	55
BOSCO, Carlos Alberto	

SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: diálogo com Castanheira Neves	87
FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes	

AFERIÇÃO DO NEXO CAUSAL NOS TRANSTORNOS MENTAIS E COMPORTAMENTAIS RELACIONADOS AO TRABALHO: por uma análise multiprofissional e transdisciplinar do tema	113
PILEGIS, Olga Regiane	

O INSTITUTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. ANÁLISE DE QUESTÕES CONTROVERTIDAS À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO, PORTUGUÊS E ESPANHOL	161
SENNA, Daniel Lordêllo	

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO LUSO-
BRASILEIRO193
ALMEIDA FILHO, Roberto Nóbrega de

TUTELA INIBITÓRIA: a eficácia da jurisdição pela superação da
perspectiva monetizante219
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

Doutrina Internacional

OS MENORES NO DESPORTO245
BARBOSA, Mafalda Miranda

Trabalho do Meio Científico

AS FACES DO TELETRABALHO E UMA ANÁLISE DO CONTROLE
DE JORNADA À LUZ DA LEI N. 13.467/2017283
KITANISHI, Bruna Oliveira Sousa

JURISPRUDÊNCIA

Ementas303
Súmulas e Teses Prevalentes325

ATOS NORMATIVOS

Atos normativos331

ÍNDICE

Ementário335
Onomástico339

Normas para submissão e publicação343

EDITORIAL

Tempos de Reflexão. Tempos de Afirmação.

Tempos de Reconstrução. Tempos de Adequação!

Mais uma vez, é com imensa alegria e satisfação que se faz pública a nova edição da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, referente ao primeiro semestre de 2019.

Todos sabemos e estamos vivenciando, particularmente nas relações de trabalho, tempos de mudanças intensas e profundas, as quais, todavia, como disse a Presidente de nossa Corte, em seu discurso de posse, não de ocorrer “para melhorar e reavivar princípios esquecidos, resgatar a dignidade das pessoas, a ética, a política honesta e a moral”.

Este conjunto de valores, em que todas as mulheres e os homens de boa vontade acreditam e, por isso, empreendem incessante busca, diz respeito a toda sociedade brasileira e, muito particularmente, àqueles que militam na área dos direitos humanos, por isso tendo especial reflexo no direito do trabalho, cujo escopo é a busca e concretização da paz social, do entendimento e da cooperação entre os atores e forças envolvidas na produção e na prestação dos serviços.

A Justiça do Trabalho, como parte do Estado, está incumbida constitucionalmente da busca dessa harmonia social, mas, por certo, não pode mais ser considerada a única nesse mister, daí a relevância e crescente atualidade, prestígio e eficácia da utilização de outros meios consensuais de solução dos conflitos, dentre eles os laborais.

Por isso, num ambiente pluralista, de debate de ideias, acadêmico enfim, esta Revista traz à baila estudos nacionais e internacionais, que analisam o ambiente do trabalho no mundo atual, com relevo para as alterações e implicações da chamada “reforma trabalhista”, decorrente da Lei n. 13.467/2017.

Assim, Enoque Ribeiro dos Santos trata da supremacia do negociado sobre o legislado, um dos eixos da referida “reforma”, abordando-a tanto sob o ângulo do contrato individual de trabalho, no qual, via de regra prevalecem normas imperativas e protetivas, como, também, sob o viés do direito coletivo, mais propício para flexibilização das condições de trabalho, diante das incontornáveis circunstâncias da globalização. De qualquer forma, reconhecendo a influência da história, com ela deveríamos mais aprender, não só com os acertos, mas, principalmente, com os equívocos e seus ajustes.

Já Carlos Alberto Bosco foi aurir na experiência portuguesa alguma contribuição para a evolução do tratamento contratual e legislativo em torno do vínculo de trabalho, particularmente na hipótese de sua ruptura, apontado garantias que não se fazem presentes na legislação brasileira.

Por sua vez, Fernanda Cristina de Moraes Fonseca, diante da atualíssima questão das súmulas e precedentes vinculantes, discute essa

marca a partir de um diálogo com Castanheira Neves, num olhar para além da dogmática, com vistas à compreensão desse peculiar efeito e à busca de equilíbrio entre a estabilidade e a evolução do direito.

Em seara inédita, Olga Regiane Pilegis nos brinda com resumo de um capítulo relevante de sua recente dissertação de mestrado, abordando o nexo causal nos transtornos mentais e comportamentais relacionados ao trabalho, trazendo uma análise multiprofissional e transdisciplinar do tema; afinal, é direito inalienável do trabalhador a proteção à sua saúde mental, o que tem sido descurado, inclusive na perquirição de suas causas e busca de soluções.

Daniel Lordêllo Senna enfrenta questão recente que se apresenta no dia a dia dos foros trabalhistas, sobre a produção antecipada de provas, à luz do direito brasileiro, com o aporte da experiência portuguesa e espanhola, apontando quais as fragilidades que merecem atenção e os caminhos que ainda hão de ser trilhados, diante do que dispõe o CPC/2015.

Roberto Nóbrega de Almeida Filho discorre sobre a mediação no contexto jurídico luso-brasileiro, destacando essa alternativa de solução de litígios, diante da crise de resposta adequada por parte do Poder Judiciário, chamado a tudo decidir, quando, no entanto, fora do sistema público descortinam-se formas mais simples, adequadas à atualidade e mais céleres na composição dos conflitos, que mais podem contribuir para a divulgação da cultura de pacificação social.

Tereza Aparecida Asta Gemignani, trazendo o aporte do componente ético do direito, discorre sobre a tutela inibitória, apartando-a da perspectiva monetizante, prestigiando-se a ligação das técnicas processuais com o direito material, a fim de implementar uma prestação jurisdicional mais efetiva, rápida e eficiente, por meio da atuação preventiva de combate ao ilícito, sempre com a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Em nível internacional, Mafalda Miranda Barbosa propicia-nos percuciente análise sobre **Os Menores no Desporto**, sujeitos que são de direitos, alguns deles exercidos com o concurso de seus representantes legais, nomeadamente os pais, e outros tantos, designadamente os de personalidade, que têm a peculiaridade de serem incindíveis da pessoa de seu titular. Por isso, pensar nos menores no desporto exige refletir sobre (i) a relação entre titularidade e exercício de direitos da personalidade, (ii) os problemas atinentes à responsabilidade civil e (iii) as relações contratuais que se estabelecem e que são peculiares do desporto, cabendo remarcar que estes três aspectos não esgotam toda a problemática, mas têm em conta, por escolha, o ponto de vista profissional e o lúdico.

Finalmente, temos o trabalho científico de Bruna Oliveira Sousa Kitanishi versando sobre o teletrabalho, especificamente no que toca às repercussões do controle de jornada para o trabalhador.

Aqui estão, caríssimos amigos leitores, algumas pitadas dos vários temas que julgamos oportuno trazer, convidando-os a descobrir o inteiro sabor.

Boa leitura. Obrigado.

José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza,
pelo Conselho Editorial



SEÇÃO ESPECIAL

DISCURSO DE POSSE DA EXMA. PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*

MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e**

Boa tarde a todos!

Saúdo os integrantes desta mesa de honra, já nominados na pessoa do Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Ministro João Batista Brito Pereira.

Faço minhas, Ministro, as palavras do Desembargador Fernando Borges, que tenhamos nesse próximo biênio um convívio, que eu já senti, será perfeito para todos nós. Obrigada por nos receber tão bem lá no TST. À minha querida Ana Paula Lockmann, obrigada pela saudação, em meu nome e em dos empossandos, você é sempre muito feliz naquilo que faz, muito obrigada.

Caros Desembargadores Magistrados, membros do Ministério Público, autoridades, advogados, servidores, parentes e amigos, Senhoras e Senhores. Chego hoje com muita honra ao cargo de Desembargadora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, após 30 anos de magistratura completados recentemente, 1º de dezembro. Claro que não chego só, já que cada um de nós é a soma do amor e do carinho daqueles que nos cercam e sempre estiveram presentes no nosso processo de crescimento.

Subvertendo a lógica e a sequência da maioria dos discursos, começo pelo agradecimento aos familiares, e o primeiro vai para meu marido Urbano e meus filhos Victor, Thomaz (que está em Michigan fazendo um MBA, portanto não está presente) e o meu caçula Arthur. Aqueles que me conhecem e convivem comigo sabem a importância da família na minha vida, eu diria mesmo que a minha família é a minha própria vida. Urbano, meu companheiro de sempre, amoroso nas suas atitudes, justo nas suas decisões e transparente nas suas emoções, a você relembro Freddie Mercury: "I was born to love you" - Eu nasci para te amar! Victor, Thomaz e Arthur, vocês são a minha melhor parte, meu amor infinito, meu orgulho, a vocês relembro Roberto Carlos: "Como é grande o meu amor por vocês"! Thais e Gabriela, minhas noras queridas, vocês foram um belo presente que a vida me deu, sintam-se acolhidas e

*Solenidade de posse da nova Direção, na sede do TRT da 15ª Região, Campinas, 7.12.2018.

**Desembargadora do Trabalho do TRT da 15ª Região.

amadas! Débora, Marcelo e Graziela, meus queridos irmãos: jeitos diferentes, personalidades diferentes, amo vocês exatamente como vocês são, vocês me completam, somos um só! Aos meus queridos cunhados Jairo, Denise, Tutinha, Camilo e Isabel, vocês se encaixam na categoria irmão! Não podendo, obviamente, deixar de saudar meus queridos sobrinhos, tenho orgulho de cada um de vocês. Deixei por último uma homenagem especial e a mais dura de fazer: aos meus pais, minha raízes - Paulo Eduardo e Marília. Ela, aqui presente. Ele, uma estrelinha no céu. Exemplos de honestidade, trabalho, amor e, sobretudo, humildade, vocês me mostraram o melhor caminho a seguir: o do bem incondicional. Mãe, a sua dignidade me comove... Pai, que saudade! Pena não estar fisicamente comigo neste momento tão importante da minha vida, mas sinto você na minha alma, protegendo-me e torcendo pelo meu sucesso, amo vocês infinito! Aos amigos aqui presentes, obrigada pelo carinho e amizade, sinto-me muito prestigiada com a presença de cada um de vocês, que fazem parte da minha vida e moram no meu coração.

Queridos colegas Desembargadores, espero honrar o cargo de Presidente desta Corte que hoje passo a ocupar, estando à altura deste grandioso Regional, composto na sua integralidade por magistrados da mais alta competência e qualidade. Obrigada por votarem em mim.

Desembargador Fernando da Silva Borges, parabéns pela gestão à frente deste grandioso Tribunal. Magistrado de brilhante carreira, que atua ainda como Conselheiro do CSJT (Conselho Superior da Justiça do Trabalho), como representante da Região Sudeste, demonstrou sempre seu viés de liderança, serena, mas firme, com certeza servirá de exemplo para mim.

Parabenizo, igualmente, os demais Desembargadores membros da administração que ora se finda, Doutora Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho, Vice-Presidente Administrativo, Doutor Edmundo Fraga Lopes, Vice-Presidente Judicial, Doutor Samuel Hugo Lima e Doutora Susana Graciela Santiso, Corregedor e Vice-Corregedora, Doutor Manoel Carlos Toledo Filho e Ana Paula Pellegrina Lockmann, Diretor e Vice-Diretora da Escola Judicial, Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla e Edison dos Santos Pelegrini, Ouvira e Vice-Ouvidor, Vossas Excelências desenvolveram, com certeza, um incansável e excelente trabalho.

Estamos vivenciando um momento da história com muitas mudanças e redefinições, o mundo se prepara e assiste a transformações poderosas, e é meu profundo desejo que todo esse movimento seja para melhorar e reavivar princípios esquecidos, resgatar a dignidade das pessoas, a ética, a política honesta e a moral, valores esses que sempre acreditei, mas que de forma lamentável estão sendo constantemente vilipendiados.

Por outro lado, constato que o Poder Judiciário, em parceria fundamental com o Ministério Público, está cumprindo com maestria seu papel, envidando os melhores esforços para estancar a corrupção sistêmica. Essa corrupção suplantou a causa pública em favor do benefício

privado, e provocou o desvio de bilhões de recursos em detrimento da educação, da saúde e da segurança. Isso tem que acabar, definitivamente.

Nesse contexto, não se pode atribuir à Justiça do Trabalho a responsabilidade pela quantidade exorbitante de desempregados e excessivo número de ações. A culpa é da falta de política pública, falta de infraestrutura, de incentivo à produção e, conseqüentemente, geração de emprego. Aqueles que atribuem à Justiça do Trabalho pouca produtividade e muita onerosidade desconhecem a realidade deste ramo do Poder Judiciário - sem ela não há paz social, não há entendimento entre o capital e o trabalho, não há equilíbrio de forças entre patrão e empregado. Contamos hoje com 100% das Varas integradas ao Processo Judicial eletrônico (PJe), o que nos coloca em sintonia com o avanço e a modernidade, possibilitando a execução do nosso mister de maneira mais célere e eficaz.

Sobre a reforma trabalhista que alterou parte da legislação, bem como afetou sensivelmente a jurisprudência, mesmo sendo alvo de acirradas críticas foi corporificada em lei, e estando em vigor, deve ser cumprida, confiando nos operadores do direito sua boa aplicabilidade.

Desafios encontrarei na minha gestão: cortes orçamentários, falta de servidores..., nada diferente, não é, Presidente Fernando? de problemas já enfrentados pelos meus antecessores. Devemos nesse ponto usar de toda nossa criatividade para, com menos, fazermos mais e melhor. Sempre em situações difíceis encontram-se as melhores soluções. É preciso incentivar ao máximo as técnicas alternativas de solução de conflitos, dentre elas a mediação, a conciliação, a arbitragem, procedimentos inerentes à própria essência da Justiça do Trabalho. Por meio desses mecanismos distribui-se a verdadeira justiça - o reclamante recebe o quê de direito, a empresa desonera-se de passivos vultosos, e o Judiciário diminui a sua cota absurda de processos. Para se ter uma ideia da solução de conflitos por meio dessas técnicas alternativas, o nosso Tribunal, em 2017, alcançou a cifra de cerca de R\$ 685 milhões de valores pagos aos reclamantes. Já neste ano de 2018, até agosto, foram pagos aproximadamente R\$ 601 milhões nos Centros de Conciliação de primeiro e segundo grau, reiteradamente premiados, tanto na categoria Tribunal como na categoria de Juízes individuais.

Confesso que o desafio de administrar um Tribunal desta grandeza e magnitude inquietou meu espírito e me roubou muitas noites de sono. Aliás, estamos falando do segundo maior Tribunal do país, com 153 Varas do Trabalho, 10 Postos Avançados, abrangendo 599 municípios, 416 magistrados, 55 desembargadores e 4.770 servidores e auxiliares. É nesse momento, rendo minhas homenagens e meus sinceros agradecimentos a todos, todos os servidores desta Casa. Quando se trabalha com uma boa equipe, não há obstáculo que não seja superado, nem sucesso que não seja alcançado. A melhor forma de liderança é aquela realizada com compartilhamento e união. Minha expectativa e ansiedade diminuem, quando lembro que, juntamente na administração deste Tribunal,

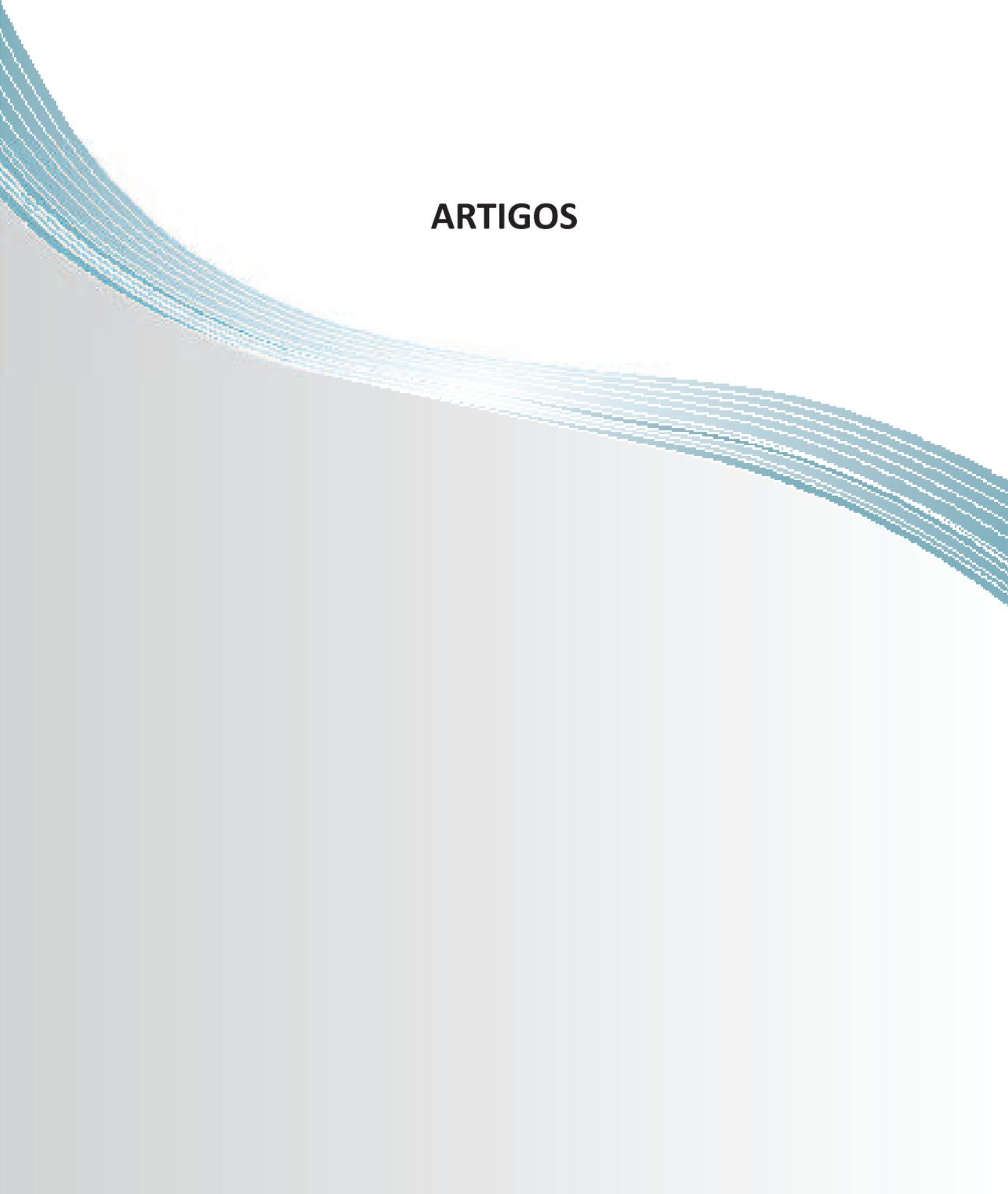
estarão colegas Desembargadores experientes e competentes, a saber: Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla na Vice-Presidência Administrativa, Tereza Aparecida Asta Gemignani na Vice-Presidência Judicial, Manuel Soares Ferreira Carradita na Corregedoria, Maria Madalena de Oliveira na Vice-Corregedoria, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, minha queridíssima amiga, na Diretoria da Escola Judicial, Doutor Carlos Alberto Bosco na Vice-Diretoria da Escola, Doutor Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, Ouvidor, e Doutor Helcio Dantas Lobo Junior na Vice-Ouvidoria.

Já finalizando, aos caros colegas empossandos, desejo que haja paz em nossos corações, firmeza em nossos passos, coragem em nossas atitudes, esperança em nossas almas e luz em nosso caminho. Ser Juiz é uma opção de vida, mas não podemos esquecer que estamos apenas de passagem, o que vale dizer que na magistratura, e principalmente nela, não há lugar para projetos pessoais e protagonismos, mas sim a obrigação de obedecermos às leis, cumprindo com retidão nossos deveres como julgadores e gestores. Este Tribunal conta com valorosos Juízes de primeiro grau, aos quais também rendo minhas homenagens, que juntamente com Desembargadores e servidores, que têm atuação exemplar, ajudaram a alcançar resultado reconhecido pelo CNJ, Conselho Nacional de Justiça, como sendo este Tribunal o de maior produtividade do país, com 100% em seus índices anuais. Orgulho! Aliás, lembro neste momento do recebimento do Selo de Ouro, já falado pelo Presidente Fernando, que muito também nos honra, confirmando as estatísticas, já apresentadas pelo CNJ, de nossa excelência na prestação dos serviços.

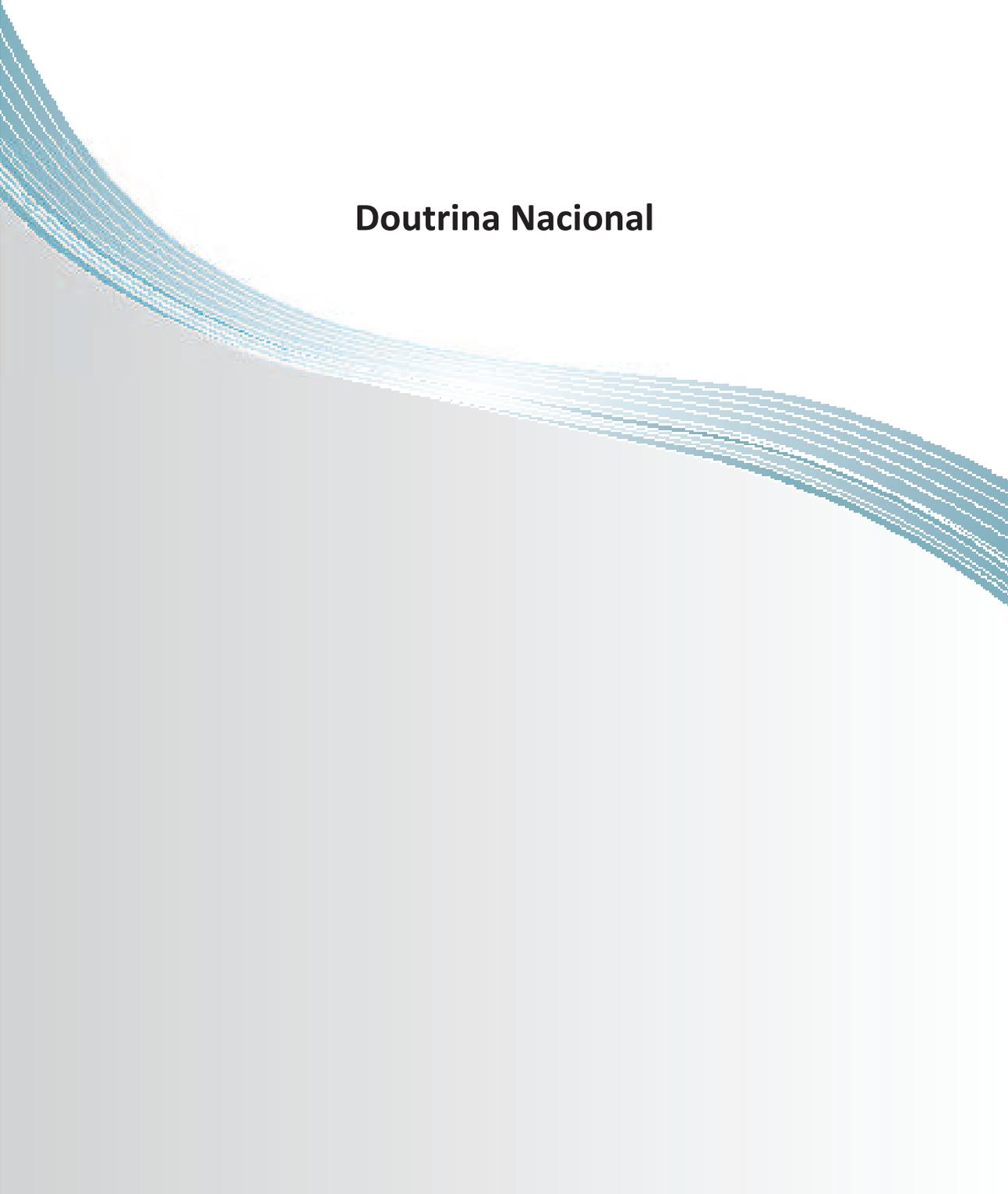
Ressalto, por oportuno, o profícuo relacionamento deste Tribunal com a Ordem dos Advogados do Brasil, tanto local quanto estadual. O diálogo franco e permanente entre magistrados e advogados por certo continuará em benefício da própria prestação jurisdicional. O mesmo se diga quanto à prestação do Ministério Público do Trabalho, a nossa parceria institucional já sacramentada nas gestões anteriores traz, além de uma convivência saudável, reconhecidos resultados à coletividade, tudo isso será mantido. O mesmo deve ocorrer com relação à nossa associação Amatra XV e ao Sindiquinze, sindicato que representa nossos servidores.

Para terminar, assumo o compromisso de: lutar até o limite das minhas forças pela valorização da magistratura, vale dizer, melhores condições materiais, financeiras e segurança para que possamos trabalhar com independência e autonomia; praticar, desde o primeiro dia, uma gestão compartilhada, transparente e em rigorosa observância ao Regimento Interno, assim como às demais normas vigentes nesta Corte; ter humildade para admitir meus erros, inteligência para aprender com eles e maturidade para corrigi-los. E desde já baixo o seguinte ato: fica proibido acordar sem sonhos, vestir-se sem esperança, sair de casa sem fé e caminhar sem amor!

Obrigada, e que Deus seja nosso grande comandante!



ARTIGOS



Doutrina Nacional

SUPREMACIA DO NEGOCIADO EM FACE DO LEGISLADO: a natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT

SUPREMACY OF THE NEGOTIATED IN THE FACE OF THE LEGISLATED: the double-fronted nature (or faces) of the new CLT (Consolidated Labor Laws)

SANTOS, Enoque Ribeiro dos*

Resumo: Neste texto o autor faz uma reflexão sobre um dos eixos centrais da reforma trabalhista, onde a CLT passa a ser analisada sob dois ângulos distintos: o do contrato individual de trabalho, como norma imperativa e protetiva, e o do direito coletivo do trabalho, como norma dispositiva, mais flexibilizada frente às circunstâncias transacionais. Nós, “via de regra”, somos influenciados com os exemplos da história, mas devemos aprender não só com os acertos e, sim, principalmente, com os equívocos e seus ajustes.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. CLT. Flexibilização do Direito do Trabalho.

Abstract: In this text the author reflects on one of the central axes of the labor reform, where the CLT starts to be analyzed from two different angles: the individual labor contract, as an imperative and protective norm, and the collective labor law, as an operative norm, more flexible in the face of transactional circumstances. We, as a rule, are influenced by the examples of history, but we must learn not only with the correct answers, but also, above all, with the misunderstandings and their adjustments.

Keywords: Labor reform. CLT (Consolidated Labor Laws). Flexibilization of Labor Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente escrito tem por finalidade debater alguns aspectos relevantes da Lei n. 13.467/2017 pertinentes a um dos eixos centrais

*Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestre (Unesp), Doutor e Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª Região, Rio de Janeiro.

da reforma trabalhista no Brasil - a supremacia do negociado em face da legislação do trabalho e a percepção doutrinária que a CLT passou a apresentar, com mais força, uma natureza bifronte (ou bidimensional), ora refletindo o direito individual, ora espelhando o direito coletivo do trabalho, como demonstraremos nas próximas linhas.

Como já tinha ocorrido com o microssistema trabalhista na Constituição Federal de 1988, os legisladores brasileiros foram buscar inspiração no Direito do Trabalho Português, especialmente na recente Reforma Trabalhista Portuguesa e as respectivas alterações promovidas no Código do Trabalho Português, em 2003 e, posteriormente, em 2009, replicando no Brasil virtualmente a maioria dos institutos implementados naquele país-irmão, inclusive a adoção da dupla exegese em relação à CLT - Consolidação das Leis do Trabalho.

2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO UM DOS EIXOS SUBSTANCIAIS DA LEI N. 13.467/2017 E DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 808/2017

Consoante o art. 2º da Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a convenção coletiva do trabalho como o processo que compreende todas as negociações que tenham lugar entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, de uma parte, e uma ou várias organizações de trabalhadores, de outra parte, com o escopo de: a) fixar as condições de trabalho e emprego, ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores, ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou d) alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

A negociação coletiva de trabalho pode ser conceituada como um processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e deveres, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes às relações entre trabalho e capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade.

Podemos sintetizar o conceito de negociação coletiva de trabalho: processo dialético por meio do qual os seres coletivos (sindicatos e empresas) discutem uma pauta de reivindicações, devidamente homologada pela Assembleia Geral respectiva, no sentido de estabelecer novas condições de trabalho e de remuneração para as respectivas categorias.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho em vários de seus dispositivos, reconhecendo-a como direito dos trabalhadores (arts. 7º,

inciso XXVI, e 8º, inciso VI). Antes de sua previsão na Constituição Federal de 1988, a negociação coletiva de trabalho foi instituída pelo Decreto n. 21.761, de 23 de agosto de 1932, sendo posteriormente disciplinada no Decreto-Lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939, que também regulamentou a Justiça do Trabalho e, finalmente, encontrou previsão na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, que a regulou de modo mais amplo em seus artigos de 611 a 625.

A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), revista pela Medida Provisória n. 808¹, de 14.11.2017, adotou a supremacia dos acordos e convenções coletivas sobre as regras estabelecidas na CLT, com exceção de algumas matérias elencadas nos dispositivos do art. 611-B da novel legislação, que funcionará como uma cláusula de contenção ou de barreira à ampla liberdade contratual *in pejus* na autonomia coletiva.

O teor do art. 611-A da CLT foi alterado pela Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017, passando a ter a seguinte redação:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...]

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; [...]

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.

A modificação introduzida no art. 611-A da CLT, que buscou dar maior efetividade aos incisos III² e IV do *caput* do art. 8º da CF/1988,

¹A MP n. 808/2017 perdeu a eficácia em 23.4.2018 pela expiração do prazo constitucional para que o Congresso Nacional deliberasse sobre a matéria por meio de um decreto legislativo. Porém, de acordo com o § 11 do art. 62 da CF/1988, se até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, ou seja, até 23.6.2018 nada for deliberado, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. Em outras palavras, se o Congresso Nacional ou o Governo não regularem a matéria da MP n. 808/2017 por meio de decreto legislativo ou executivo, até 23.6.2018, as relações jurídicas constituídas durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

²[...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembleia 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; [...].”

revogou o inciso XIII do *caput* desse artigo, que tratava da “prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do trabalho”, e deu nova redação ao inciso XII. *In verbis*:

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

O § 5º do art. 611-A da nova CLT também foi alterado pela Medida Provisória n. 808/2017, passando a ter a seguinte redação:

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.

Para se adequar à prática do cotidiano, o parágrafo acima mencionado veda a apreciação por ação individual de lide que tenha por objeto a anulação de cláusulas de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

No entanto, é notório que o Ministério Público do Trabalho, que detém legitimidade para ajuizar ações de nulidade de cláusulas de acordos ou de convenções coletivas, de acordo com o art. 83, IV, da LC n. 75/1993, bem como de ações moleculares, invariavelmente notifica os sindicatos interessados para que participem como litisconsortes necessários, ou mesmo como assistentes em tais ações.

Neste panorama, entendemos que não andou bem o legislador, na Medida Provisória n. 808/2017, ao tentar barrar o acesso ao Judiciário de empresas, como se extrai da parte final do § 5º, supramencionado.

Isto porque é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que o empregador, caso se sinta prejudicado por cláusula de acordo ou convenção coletiva, também possui legitimidade para ajuizar reclamatória individual na Justiça do Trabalho que tenha por objeto a nulidade ou anulação de cláusula de instrumento normativo, não podendo ser obstaculizado em seu livre acesso ao Judiciário por lei de regência, sob pena de se afrontar o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXVI, da CF/1988).

Não obstante, esta Medida Provisória, como dito em nota de rodapé, perdeu a eficácia em 23.4.2018, porém, se nada for editado pelo Governo ou pelo Congresso Nacional até 23.6.2018, todas as relações

jurídicas constituídas durante sua vigência, que se deu entre 14.11.2017 e 23.4.2018, conservar-se-ão por ela regidas.

Note-se que, no caso retro mencionado, o provimento jurisdicional, se procedente, fará coisa julgada *inter partes, pro et contra*, não apresentando qualquer extensão em seus efeitos, enquanto a coisa julgada na ação de nulidade promovida pelo Ministério Público ou pelo sindicato, em caso de procedência, produzirá coisa julgada *erga omnes e ultrapartes*, consoante art. 103 da Lei n. 8.078/1990.

Importante destacar que, para ser autêntica e legítima, a negociação coletiva de trabalho pressupõe a igualdade como um de seus princípios fundamentais, pois mitiga a desigualdade das partes e a relação de poder entre capital e trabalho inerente ao contrato individual, para dar lugar ao negociado entre dois seres coletivos, os sindicatos de trabalhadores e empregadores ou o sindicato de trabalhadores e empresa, cuja natureza jurídica passa-se a analisar no tópico seguinte.

3 INOVAÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 808/2017

A Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017, também apresentou inovações em relação à necessidade de negociação coletiva de trabalho, assim como de seus instrumentos normativos (acordo e convenção coletiva), como podemos verificar pelos dispositivos abaixo:

No art. 457 da CLT foram incluídos vários parágrafos sobre a gorjeta, entre eles:

§ 12. A gorjeta a que se refere o § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo os critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 13. Se inexistir previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 14 e § 15 serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma estabelecida no art. 612.

§ 14. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão: I - quando inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; II - quando não inscritas em regime de

tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até trinta e três por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e III - anotar na CTPS e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta.

§ 15. A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 14.

§ 16. As empresas anotarão na CTPS de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses.

§ 17. Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos doze meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 18. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim.

Os parágrafos acima tratam da gorjeta e sua regulamentação por meio da negociação coletiva de trabalho, enquanto o art. 510-E, também incluído pela Medida Provisória n. 808/2017 trata da garantia aos sindicatos como titulares da negociação coletiva, conforme estipula o art. 8º, VI³, da CF/1988.

Eis a redação do novel artigo:

Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados não substituirá a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais

³ “[...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; [...]”.

ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos do incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição.

Além disso, a Medida Provisória n. 808/2017 revogou os seguintes dispositivos da Lei n. 13.467/2017:

Art. 3º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943: I - os incisos I, II e III do *caput* do art. 394-A; II - os § 4º, § 5º e § 8º do art. 452-A; e III - o inciso XIII do *caput* do art. 611-A.

4 INVERSÃO DAS FONTES NORMATIVAS DO DIREITO DO TRABALHO FACE À LEI N. 13.467/2017. A NATUREZA BIFRONTA OU BIDIMENSIONAL DA CLT

Podemos dizer que, diante da Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e da Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017, e em face da inversão da hierarquia das normas trabalhistas em que o negociado terá supremacia sobre a legislação do trabalho, e da criação da figura do empregado hipersuficiente, a aplicação das normas trabalhistas, a CLT, passou a ter uma natureza bifronte (ou bidimensional), parafraseando João Leal Amado⁴, diante das alterações no Código de Trabalho Português em 2009, que assinalou que aquele instrumento jurídico passou a ser como a divindade romana Juno, que possui duas caras, ou seja, uma direcionada para o direito individual e outra para a autonomia da negociação coletiva.

Em outras palavras, a CLT poderá ser interpretada a partir de duas lentes jurídicas: uma lente para o direito individual e outra para o direito coletivo do trabalho.

Como disposto no quadro sintético abaixo, após o advento da Lei n. 13.467/2017, para o direito individual do trabalho, no que respeita ao contrato individual de trabalho entre empregado e empregador, as normas da CLT apresentam-se como normas de imperatividade relativa e absoluta, devendo ser cumpridas em sua integralidade. Já para o direito coletivo do trabalho, estabelecido por meio da negociação coletiva e seus instrumentos jurídicos, as normas da CLT passam a ter a natureza dispositiva, supletiva ou facultativa, podendo ser livremente afastadas *in pejus* pela negociação coletiva de trabalho.

⁴AMADO, João Leal. Os desafios da negociação coletiva: negociado x legislado. Palestra proferida no 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho "Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Sússekind", em 25.2.2014.

Ocorre, então, neste momento, uma acentuada diferenciação entre o direito individual e o direito coletivo do trabalho, já que ambos apresentam regras, princípios e até instituições próprias. O contrato individual de trabalho, com exceção do contrato do empregado hipersuficiente (com curso superior completo e com remuneração igual ou superior a duas vezes o teto da Previdência Social), permanece sob a regência da CLT, considerada como norma de imperatividade relativa ou absoluta.

Esta mudança radical advém da segunda natureza jurídica da CLT, imposta pela supremacia do negociado sobre o legislado. A mesma CLT que é norma imperativa para o contrato individual de trabalho, no entanto, transmuta-se em norma dispositiva, supletiva, facultativa, livremente afastável, até mesmo *in pejus* pela autonomia coletiva.

Como dito, a exceção fica por conta do contrato individual do empregado hipersuficiente (parágrafo único do art. 444 da CLT), que possui curso superior completo e percebe remuneração superior a duas vezes o teto máximo da Previdência Social, cujo contrato possui eficácia e supremacia inclusive sobre os acordos e convenções coletivas.

Apresentamos abaixo um quadro sintético que facilita a compreensão da dupla dimensão em que passa, doravante, a ser aplicada a CLT em nosso ordenamento jurídico pelos operadores jurídicos, após a Lei n. 13.467/2017, da mesma forma que é aplicado o Código Português de 2009, em Portugal, que serviu de inspiração ao legislador brasileiro:

Portugal/Brasil

Normas trabalhistas bidimensionais	Normas trabalhistas bidimensionais
Contrato Individual de Trabalho	Contrato Individual de Trabalho
Normas de imperatividade relativa e absoluta (inderrogáveis). Art. 3, letra 3	Normas de imperatividade relativa e absoluta (inderrogáveis). Art. 611-B
Todos os trabalhadores débeis ou hipossuficientes	Todos os trabalhadores hipossuficientes
Marco Regulatório	Marco Regulatório
	Trabalhadores com diploma superior e com remuneração acima de 2x teto INSS
Normas convenio-dispositivas, facultativas ou colectivo-dispositivas (livre negociação). Normas facultativas. Art. 3, letra 3 C.T.	Normas convenio-dispositivas ou colectivo-dispositivas (livre negociação). Art. 611-A CLT
Direito Coletivo do Trabalho	Direito Coletivo do Trabalho e Empregados Hipersuficientes
Convenção Coletiva de Trabalho	Acordos ou Convenções Coletivas de Trabalho

O Direito do Trabalho, dessa forma, despe-se de sua roupagem tutelar, protetiva e garantista, recuando de sua missão secular de definir e regular as condições de trabalho e passando esse bastão à autonomia

privada coletiva, surgindo, daí, um novo Direito do Trabalho, menos garantístico, mais neutro, mais brando, mais temperado e muito mais transacional.

A bandeira da negociação coletiva de trabalho que era empunhada especialmente pelos trabalhadores para agregar novos direitos à classe trabalhadora, agora passa a ser utilizada como instrumento de adequação da lei às circunstâncias e conveniências, também, do empregador.

Neste particular, o art. 611-A⁵ da CLT apresenta um rol de direitos que podem ser livremente negociados, enquanto o art. 611-B⁶

⁵Art. 611-A, em sua nova redação dada pela Medida Provisória n. 808/2017: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade (revogado pela Medida Provisória n. 808/2017). [Nova redação] XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (revogado pela Medida Provisória n. 808/2017); XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa”.

⁶Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário-mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos

funciona como uma cláusula de barreira ou de contenção, elegendo os direitos do núcleo duro constitucional que não podem ser objetos de transação, *in pejus*.

Podemos constatar uma incompatibilidade do parágrafo único deste artigo ao estabelecer que regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo (art. 611-B), enquanto no inciso XII do art. 611-A, alterado pela Medida Provisória n. 808/2017 preconiza a proteção integral das normas relacionadas à saúde, segurança e medicina do trabalho, bem como às normas reguladoras do Ministério do Trabalho.

A Reforma Trabalhista da Lei n. 13.467/2017 legitimou uma maior amplitude na liberdade de contratação ao empregador, na seara do direito individual, permitindo que o empregador contrate empregados por hora, por dia, por semana (trabalho intermitente), por mês, por experiência, por tempo parcial, a prazo, por tempo indeterminado e à distância (teletrabalho), enquanto, ao mesmo tempo, poderá dispensar empregados, individualmente, de forma plúrima ou até mesmo coletivamente, sem qualquer intervenção sindical.

5 CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A SUPREMACIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Temos três correntes sobre a tese da supremacia da negociação coletiva sobre a legislação do trabalho, que passamos a expor.

A primeira corrente, defendida pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros (Jorge Luiz Souto Maior, Marcus Orione e Ronaldo Lima dos Santos, entre outros) preconiza a tese do princípio do *favor laboratoris*, da aplicação do tratamento mais favorável ao trabalhador, sob a alegação de que os direitos trabalhistas estão elencados no art. 7º da Constituição Federal de 1988, constituindo-se direitos humanos fundamentais, sob o predomínio da dignidade da pessoa humana e do valor

quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

social do trabalho, e não podem ser dispostos *in pejus*, nem de forma individual, nem pela autonomia coletiva. Daí, para esta corrente a negociação coletiva não tem autorização para afastar direitos trabalhistas *in pejus* livremente.

A segunda corrente sinaliza que nas economias mais avançadas, no Direito moderno, há uma nítida separação entre o direito individual e o direito coletivo, e normas individuais e normas coletivas, apresentando um direito mais flexível, menos rígido, com prevalência da autonomia privada coletiva e a vontade do grupo sobre a vontade individual. Neste escopo, se nem a lei se incorpora ao patrimônio individual, já que pode ser revogada ao longo do tempo, o mesmo sucede com a norma coletiva, e o direito adquirido só se concretiza no plano individual e não no coletivo.

Para esta corrente, a negociação coletiva deve ter flexibilidade suficiente para mudar condições contratuais ou até mesmo para derogar cláusulas, como no direito moderno alemão, já que vantagens coletivamente obtidas que resultam em benefícios individuais não afastam a natureza jurídica da norma produzida de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada, pois a norma coletiva sempre continua a ser norma coletiva.

Renato Rua de Almeida⁷, um dos defensores desta corrente, lembra que no direito francês não há a incorporação definitiva da norma coletiva ao contrato individual, salvo, excepcionalmente, em caso de vantagem adquirida pelo empregado na esfera individual, não dependente de evento futuro e incerto. Em outras palavras, vantagens dependentes de eventos futuros e incertos não se incorporam ao contrato individual de trabalho na França, considerando que adquiridos são os direitos cujo implemento de condição se dá no período de vigência da norma coletiva, os quais efetivamente se incorporam ao patrimônio do empregado.

Para Luiz Carlos Amorim Robortella⁸, outro defensor desta corrente, e também da que não admite a aplicação da Teoria da Ultratividade no direito brasileiro, afirma que a atual redação da Súmula n. 277 do TST trata-se de um retrocesso ao direito do trabalho. Assevera, ainda, que se até mesmo a norma legal é aplicável aos contratos individuais durante sua vigência, sendo revogada a norma, não há incorporação, a não ser que a incorporação da norma coletiva aos contratos individuais esteja condicionada à vontade expressa das partes, no instrumento respectivo.

Para este autor,

⁷ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. São Paulo, **Revista Ltr**, 60-12/1604, dez. 1996.

⁸ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo: prevalência do negociado sobre o legislado. Curitiba, **Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região**, v. 6, n. 58, p. 55-62, mar./abr. 2017. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=58&edicao=10301>. Acesso em: 17 nov. 2017.

É cada vez mais importante a participação sindical nos mecanismos de regulação do mercado de trabalho.

A negociação coletiva integra hoje o mais moderno repertório de técnicas de gestão de recursos humanos e administração empresarial. Assume caráter estratégico, implicando avanços e recuos, conforme as exigências da conjuntura econômica e social.

Há muito tempo os órgãos internacionais, dentre eles a OIT, reconhecem a importância política e econômica da negociação coletiva, como se vê na Declaração da Filadélfia e nas Convenções n. 98 e 154. (ROBORTELLA, 2017, p. 61).

Quando se trata de substituir uma convenção coletiva por outra, admite a doutrina a modificação *in pejus*, com supressão ou modificação de determinados benefícios, desde que seja a expressão da vontade do grupo.

Não se pode argumentar com a desigualdade das partes ou dificuldade de fazer atuar a vontade individual do trabalhador quando a alteração se faz mediante negociação coletiva, onde é garantida a igualdade das partes. Os acordos coletivos efetivamente não têm a vocação de eternidade.

Por outro lado, as vantagens coletivamente obtidas, ainda que resultando em benefícios individuais, não perdem sua natureza de normas produzidas de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada. Não há como garantir direitos, mesmo que projetados em relações individuais, quando não mais correspondem à vontade do grupo. (ROBORTELLA, 2017, p. 58).

O sindicato não deve atuar apenas no conflito, mas também em parceria com o capital, conforme as circunstâncias. (ROBORTELLA, 2017, p. 62).

A terceira corrente apresenta uma proposta intermediária, ou seja, nem um extremo, nem outro. Em outros dizeres, não se pode quebrar a espinha dorsal e aniquilar a alma do Direito do Trabalho e seu guarda-chuva protetor, rígido, hermético, nem se pode neutralizar totalmente essa proteção, de forma que a legislação trabalhista seja livremente afastada *in pejus* pela negociação coletiva de trabalho. Para esta corrente, em um ou outro caso, em uma ou outra matéria, pode ocorrer a negociação coletiva *in pejus*, mas somente a título de exceção, jamais como regra geral.

Se a própria CF/1988 admite a flexibilização do Direito do Trabalho em alguns direitos dos trabalhadores, sem colidir com o núcleo duro constitucional, então pode haver um meio termo.

Esta corrente admite que cláusulas que se repetem a cada ano na negociação coletiva sejam incorporadas aos contratos individuais de trabalho, se o instrumento normativo expressamente assim o declarar, e cláusulas inovadoras, que a cada ano se alteram, sujeitas à condição, e que

se modificam de acordo com as condições voláteis de mercado (evento futuro e incerto) não devem ser incorporadas ao contrato individual de trabalho.

Acredito que esta corrente é a que melhor se compatibiliza com o atual momento do Direito do Trabalho no Brasil em face da grande volatilidade do mercado em geral (mercado de bens e serviços, de capitais e de mão de obra), extremamente oscilante, para dar segurança jurídica e previsibilidade às partes convenientes.

6 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Como regra geral, as condições mínimas de trabalho previstas na Constituição da República Federativa do Brasil são inderrogáveis pela vontade das partes, mesmo na esfera da autonomia privada coletiva. Assim, o primeiro limite constitucional à negociação coletiva de trabalho é o art. 7º da CRFB, que dispõe sobre os direitos mínimos dos trabalhadores em geral.

Vige aqui a teoria da pirâmide invertida, em que as normas constitucionais, que constituem o ápice das normas de um Estado Democrático de Direito e são dotadas de supremacia em relação às demais, em sede de Direito do Trabalho, representam o núcleo essencial desse ramo jurídico, o seu verdadeiro DNA, fulcrado no princípio protetor e sua tríplice vertente, ou dito de outra forma, seu patamar civilizatório mínimo, ao lado da meta constitucional estabelecida no *caput* do art. 7º da Constituição Brasileira, no sentido de que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros, a melhoria de sua condição social. De outro lado, o art. 3º, III, da *Lex Mater* estabelece que são objetivos da nossa República erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, além da busca pelo pleno emprego, prevista no art. 170 de nossa Constituição.

Entretanto, ao se permitir a flexibilização das condições de trabalho no art. 7º, incisos VI (“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”), XIII (“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”) e XIV (“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”), da Constituição do Brasil, abriu-se exceção ao precitado patamar civilizatório mínimo.

Na primeira hipótese, o constituinte aludiu à convenção e ao acordo coletivo; na segunda, a acordo ou convenção coletiva e, na terceira, à negociação coletiva. Contudo, como a convenção e o acordo

coletivo representam instrumentos da negociação coletiva, é possível afirmar, como regra geral, que a flexibilização decorre da negociação coletiva e se exterioriza, ganhando contornos jurídicos ou se instrumentalizando, por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Não obstante, a nova Lei n. 13.467/2017 apresenta vários artigos que flexibilizam sobremaneira os direitos trabalhistas, cujo ponto culminante é a disposição sobre a supremacia dos acordos e convenções coletivas sobre a legislação estabelecida na CLT, além de tentar estabelecer limites à criação legislante do Colendo Tribunal Superior do Trabalho ou sua atuação como legislador positivo na interpretação da legislação, por meio de suas orientações jurisprudenciais e súmulas, mesmo que sejam no “vazio da lei”, ao dispor no art. 8º, §§ 2º e 3º, como segue:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Creemos que inúmeras orientações jurisprudenciais e súmulas do TST serão revistas e adaptadas à nova Lei n. 13.467/2017, porquanto há vários entendimentos que, inclusive, limitam direitos e interesses dos trabalhadores.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (NR) Art. 104/CC. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

A nova Lei n. 13.467/2017, em relação à jornada de trabalho estabelece:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.
Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* deste artigo abrange os

pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Como já mencionamos, a escala de 12x36 (12 horas de trabalho por 36 horas de descanso), na verdade, refere-se a um regime especial de trabalho, diverso do apresentado no texto constitucional de 8 horas diárias, com possibilidade de 2 horas extras diárias, na medida em que o limite semanal de 44 horas não é ultrapassado e, segundo julgamento no Pretório Excelso, nada restou provado, por meio de pareceres de médicos peritos, que a adoção dessa modalidade de trabalho prejudique a saúde do trabalhador.

O STF já se manifestou em relação à constitucionalidade de tal regime laboral, em voto condutor da lavra do Ministro Luis Fux⁹ (Informativo n. 839 do STF) mencionado nesta obra.

Nesse sentido, a Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017, alterou o art. 59-A da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.
§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73.
§ 2º É facultado às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

⁹Segundo o Informativo n. 839 do STF, temos uma síntese do julgamento: “[...] É constitucional o art. 5º da Lei n. 11.901/2009 (‘A jornada do Bombeiro Civil é de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, num total de 36 (trinta e seis) horas semanais’). Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta que questionava o referido dispositivo. Segundo o Tribunal, a norma impugnada não viola o art. 7º, XIII, da CF/1988 [...]. A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso encontra respaldo na faculdade conferida pelo legislador constituinte para as hipóteses de compensação de horário. Embora não exista previsão de reserva legal expressa no referido preceito, há a possibilidade de negociação coletiva. Isso permite inferir que a exceção estabelecida na legislação questionada garante aos bombeiros civis, em proporção razoável, descanso de 36 horas para cada 12 horas trabalhadas, bem como jornada semanal de trabalho não superior a 36 horas. Da mesma

Convém observar que houve uma modificação substancial do art. 59-A da CLT, que trata da jornada 12x36 horas, que doravante não mais poderá ser adotada por simples acordo individual, mas demandará a necessidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme jurisprudência pacífica do Colendo TST - Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 444¹⁰ do TST).

Desta forma, com a mencionada Medida Provisória n. 808/2017, somente ao setor de saúde ficou permitida a celebração de acordo individual pelas entidades ali atuantes com os respectivos trabalhadores, em face das peculiaridades próprias daquela atividade econômica. Nada obsta, por outro lado, que os acordos e convenções coletivas de trabalho venham a ser celebrados pelos sindicatos e/ou empresas, no sentido de regular esta importante matéria.

O parágrafo único do art. 60 da CLT, abaixo mencionado, também foi inscrito pela Lei n. 13.467/2017, como dispõe:

Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo 'Da Segurança e da Medicina do Trabalho', ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.
Parágrafo único. Excetua-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.

A novel legislação afasta a necessidade de licença prévia para as jornadas de trabalho mencionadas, que poderão ser exercidas por servidores públicos, consoante a Lei n. 11.901/2009.

No entanto, a Medida Provisória n. 808/2017 revogou o inciso XIII do art. 611-B, concebido como uma cláusula de contenção ou de barreira

forma, não haveria ofensa ao art. 196 da CF/1988. A jornada de trabalho que ultrapassa a 8ª hora diária pode ser compensada com 36 horas de descanso e o limite de 36 horas semanais. Ademais, não houve comprovação, com dados técnicos e periciais consistentes, de que essa jornada causasse danos à saúde do trabalhador, o que afasta a suposta afronta ao art. 7º, XXII, da CF/1988".

¹⁰N. 444 - JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas".

à ilimitada liberdade de negociação coletiva, *in pejus*, e alterou o inciso XII para fazer constar:

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; [...].

Acrescentou ainda:

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.

Outra limitação à negociação coletiva de trabalho é a proveniente do art. 624 da CLT, que condiciona a possibilidade de cláusula de aumento ou reajuste salarial que implique elevação de tarifas ou de preços sujeitos à fixação por autoridade pública ou repartição governamental, à prévia e expressa autorização da autoridade pública no tocante à possibilidade de elevação da tarifa ou do preço e quanto ao valor dessa elevação. Neste sentido é a Súmula n. 375¹¹ do TST.

No mais, a questão que costuma dividir opiniões dos doutrinadores é se a flexibilização prevista em nossa Lei Maior está restrita às questões salariais (art. 7º, inciso VI) e da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), ou se pode atingir outros direitos trabalhistas.

7 UM DOS EIXOS DA LEI N. 13.467/2017: a supremacia do negociado em face da legislação do trabalho

Um dos principais vetores da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017, complementada pela Medida Provisória n. 808/2017) recaiu sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, aumentando sobremaneira o papel e a missão das organizações sindicais, no cenário nacional, em um momento de fragilidade sindical, imposto pelo afastamento da contribuição sindical obrigatória.

¹¹N. 375 - REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL. (CONVERSÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 69 DA SDI-1 E DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 40 DA SDI-2). Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial”.

Desta forma, em um contexto de pluralismo jurídico, o Estado, antes considerado o único produtor de normas jurídicas, na visão kelseniana, neste novo cenário da pós-modernidade e do neoprocessualismo permite e legitima várias outras fontes de posituação das normas jurídicas, em um contexto de hierarquia das fontes normativas, na qual as normas constitucionais ocupam o vértice normativo máximo, irradiando, influenciando e servindo de luz às demais normas do ordenamento jurídico.

Nesta hierarquia das fontes normativas encontramos as normas coletivas que defluem do negociado (negociação coletiva de trabalho frutífera ou bem-sucedida), que são instrumentalizadas por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, exigindo-se, em ambos os casos, a presença do sindicato profissional (ou dos trabalhadores).

Em outras palavras, o acordo coletivo de trabalho possui um âmbito de incidência menor, pois envolve o diálogo social entre o sindicato obreiro e uma ou mais empresas, estabelecendo cláusulas normativas que serão inseridas nos contratos de trabalho de todos os trabalhadores da(s) empresa(s), independentemente de filiação sindical dos empregados ou dos empregadores.

Já a convenção coletiva de trabalho envolve dois ou mais sindicatos de trabalhadores (profissional) e dois ou mais sindicatos, da categoria econômica (patronal), estabelecendo normas e condições de trabalho que envolverão todos os trabalhadores das respectivas categorias, também independentemente de filiação sindical, cujas normas serão inseridas nos respectivos contratos individuais de trabalho, de forma *erga omnes* e *ultra partes*.

O negociado sobre o legislado, de acordo com a Lei n. 13.467/2017, teve por escopo ajustar as peculiaridades de cada segmento empresarial em relação aos custos de produção, da mão de obra, de gerenciamento de recursos humanos, em face da concorrência, da globalização e da própria internacionalização das empresas, que são as verdadeiras criadoras de postos de trabalho.

No Brasil, segundo o IBGE, 98% das empresas são micro, pequenas e médias empresas, com menos de dez empregados, ao passo que apenas 10.800 empresas empregam mais de mil empregados, em um mercado de trabalho de 107 milhões de pessoas. Deste total, cerca de 40 milhões de trabalhadores encontram-se no mercado informal ou clandestino (sem CTPS assinada, trabalhando por conta própria, fazendo “bicos” etc.), 50 milhões estão no mercado formal e o restante (cerca de 15%) trabalham para o Estado (administração pública direta e indireta - Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas).

Temos três grandes mercados: o de capital, de bens de consumo e serviços e de mão de obra. Apenas este último não se encontra hodiernamente globalizado, em face das migrações dos refugiados (Haiti,

Venezuela, Síria, Iraque e países africanos), pois inúmeros países da Europa impuseram restrições à entrada de imigrantes em seu território. A própria *EU* (União Europeia) editou normativa no sentido de que haja uma partilha deste suposto “sacrifício”, se é que assim podemos dizer, no acolhimento de refugiados, proporcionalmente, de acordo com a capacidade de cada país membro. Desta forma, o princípio da livre circulação de trabalhadores, que já se constituiu em uma bandeira da União Europeia, foi deixado em segundo plano, em decorrência da xenofobia e do nacionalismo de alguns destes países, aliada à saída do Reino Unido da União Europeia, fenômeno conhecido como *Brexit*.

Nesse contexto nacional e internacional, de economia volátil e instável, seguindo a crise de 2008 nos Estados Unidos (crise do mercado imobiliário, ou seja, a propalada bolha imobiliária), que se estendeu à Europa, atingindo vários bancos internacionais, e levando ao fechamento de alguns deles, com o crescimento das taxas de desemprego, impactando visceralmente o capitalismo e estremecendo suas bases, o que levou o Estado a socorrer os principais bancos comerciais de seus países, por meio dos Bancos Centrais, o foco empresarial passou a ser a redução de custos e sua manutenção no mercado, afetando, como corolário, o mercado de trabalho.

Foi justamente neste ambiente político que os Estados, especialmente os países membros da União Europeia, firmaram fileira com o segmento empresarial, aliando-se às organizações sindicais patronais nacionais e internacionais no sentido de retirar do Estado o monopólio de criação de normas trabalhistas, transferindo-as para as próprias partes interessadas por meio da autonomia privada coletiva e do diálogo social.

Este fenômeno político e jurídico ocorreu em alguns países da União Europeia, nos países escandinavos, com o princípio da “flexisegurança”, na França, na Espanha, na Grécia e em Portugal, que passaram a adotar a supremacia do negociado em face do legislado.

O próprio STF, quando instado, deu guarida ao negociado sobre o legislado no tema n. 152 da Tabela de Repercussão Geral (renúncia genérica a direitos mediante adesão a plano de demissão voluntária), como se depreende do acórdão abaixo:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação

aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 6. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado. (RE 590415, rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 30.4.2015, Dje divulg. 28.5.2015, public. 29.5.2015).

Desta decisão paradigmática do STF podemos inferir:

a) o STF considerou facultade do empregado optar ou não pelo plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo, que contou com ampla participação dos empregados;

b) o STF, neste caso concreto, entende pela validade da quitação ampla, deixando claro a não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente;

c) o STF se posiciona no sentido de que no âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos

limites da autonomia individual. Em outras palavras, não se aplica no direito coletivo do trabalho o princípio protetor e sua tríplice vertente, na medida em que os sindicatos profissionais negociam em igualdade de condições com os sindicatos patronais;

d) o STF reconhece que a Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção 98/1949 e na Convenção 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida;

e) e, por fim, o STF firmou jurisprudência no sentido de que os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.

Desta forma, levando-se em consideração a necessidade de impor limites legais à negociação coletiva de trabalho, o legislador houve por bem discriminar, no art. 611-A da CLT, as matérias nas quais a negociação coletiva será permitida, e no art. 611-B da CLT as matérias em que é proibido o livre exercício transacional.

É de se destacar que a autorização legislativa para a supremacia do negociado sobre o legislado repousa no livre exercício do princípio da autonomia privada coletiva, fenômeno que não se verificará na hipótese de a negociação coletiva de trabalho ser infrutífera, o que poderá desaguar no dissídio coletivo de trabalho.

É que neste caso deverá ser aplicado o § 2º do art. 114 da CF/1988:

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, DOU 31.12.2004).

A indagação que devemos fazer neste momento é se, a partir da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), a Justiça do Trabalho, ao ser acionada por uma ação de dissídio coletivo, de natureza econômica, no

exercício do poder normativo, deverá respeitar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho bem como as cláusulas de convenções e acordos coletivos anteriores?

Entendemos que a resposta é afirmativa, na medida em que, pelo princípio da hierarquia das normas, uma lei federal não tem o condão de afastar a lei suprema, consubstanciada na CF/1988.

Neste tópico, concordamos com o pensamento de Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, para os quais:

[...] ao julgar um dissídio coletivo com norma precedente com conteúdo flexibilizante, a Justiça do Trabalho está adiante da cumulação de circunstâncias excepcionais: a prevalência do negociado sobre o legislado e o exercício do poder normativo. Deste modo, a compreensão do parágrafo 2º do art. 114 da CF/88 aponta para uma cumulação de condições para o legítimo e regular exercício do poder normativo, ou seja, ao mesmo tempo, a Justiça do Trabalho deve respeitar as regras mínimas de proteção legal ao trabalhador e as convenionadas anteriormente, por isso, as cláusulas precedentes só deverão ser replicadas na sentença normativa proferida no julgamento do dissídio coletivo de natureza econômica se o conteúdo destas respeitar as condições mínimas legais de proteção do trabalho. Como se vê, cuida-se da exegese que busca dialogar com o vetor que impulsiona a contínua melhoria da condição social da classe trabalhadora (art. 7º, *caput*, CF) de modo a se resguardar, nesta excepcional hipótese, e por meio de interpretação sistemática-constitucional, senão o avanço, pelo menos a manutenção estrita do patamar civilizatório mínimo consagrado em lei. (SOUZA JÚNIOR *et al.*, 2017, p. 277).

E ainda acrescentam aqueles doutrinadores:

É verdade que, durante a tramitação do dissídio coletivo, nada obsta que os suscitantes e suscitados promovam acordo parcial para manter cláusulas de conteúdo redutor das garantias legais dos trabalhadores, bem como cláusulas que impliquem benefícios não previstos em lei para os trabalhadores. Porém, indo a questão a julgamento, a Justiça do Trabalho não estará autorizada a exercer o seu poder normativo de modo a reduzir ou suprimir direitos trabalhistas legalmente estabelecidos, ainda que a condição tenha sido convenionada anteriormente. (SOUZA JÚNIOR *et al.*, 2017, p. 277).

8 CONCLUSÃO

Não resta dúvida que um dos eixos fundamentais da Lei n. 13.467/2017, complementada pela Medida Provisória n. 808/2017 (que perdeu a eficácia em 23.4.2018, e que se não for regulamentada pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo até 23.6.2018, as relações jurídicas ocorridas entre sua edição em 14.11.2017 e 23.4.2018, data da perda de sua eficácia, conservar-se-ão por ela regidos), foi a valorização do direito coletivo do trabalho e da negociação coletiva de trabalho, cujos instrumentos jurídicos passaram a ter supremacia sobre a legislação trabalhista.

Tendo havido a inversão das fontes normativas do Direito do Trabalho, a CLT passou a ter natureza bifronte ou bidimensional, ou seja, duas caras, uma para o contrato individual do trabalho, instituto do direito individual do trabalho, e outra para a negociação coletiva de trabalho, instituto do direito coletivo do trabalho.

Desta forma, quando analisada sob o prisma do direito individual do trabalho, mais especificamente o contrato individual do trabalho, as normas dispostas na CLT se apresentam como normas de imperatividade relativa ou absoluta, cogentes, enquanto que quando cotejadas com os instrumentos da negociação coletiva de trabalho, a mesma CLT já possui outra feição: transmuda-se em norma dispositiva, supletiva, facultativa, livremente afastável *in pejus*, pelo princípio da autonomia privada coletiva, na ótica da supremacia do negociado sobre a legislação do trabalho.

Eis o enorme desafio que se afigura para os sindicatos profissionais e mesmo para o Ministério Público do Trabalho, bem como à Justiça Trabalhista, no sentido de preservar e mesmo reconstituir os direitos dos trabalhadores, evitando uma maior desvalorização do trabalho, seguindo a tendência moderna já inaugurada por Portugal recentemente, que, com o advento do novo Governo Federal, em 2015, inaugurou uma política de recuperação e de reconstituição de aspectos essenciais da relação salarial, afastando a teoria da austeridade que conduziu o país a um maior empobrecimento.

O homem deve aprender com os exemplos bem-sucedidos da história, embora saibamos que raramente o faz.

Se nossos legisladores, influenciados pela reforma trabalhista portuguesa, com fulcro na teoria da austeridade, a replicaram no Brasil, que agora se sabe provou ter sido um fracasso naquele país, resultando na perda de cérebros, de riqueza, com a emigração de milhões de portugueses diante da precarização laboral, da degradação geral da relação salarial e da desvalorização do trabalho e, uma vez constatado o erro, rapidamente promoveram uma espécie de *turning point*, retomando o foco na centralidade da valorização do trabalho e da reconstituição do Estado, porquanto, nas palavras de José Reis,

É pelo trabalho e pelo emprego que se estabelecem os mecanismos essenciais de inclusão, por isso, é no sistema produtivo que está sempre a chave do problema. (REIS, 2018).

Diante desse quadro econômico mundial instável e levando-se em conta as recentes histórias de países afetados pela crise que estão conseguindo se recuperar, seria mais inteligente de nossa parte reavaliar a situação brasileira e seguirmos, uma vez mais, os passos de nossos irmãos lusitanos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. São Paulo, **Revista LTr**, 60-12/1604, dez. 1996.
- AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- AMADO, João Leal. Os desafios da negociação coletiva: negociado x legislado. *In*: 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho “Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Süssekind”, 25 fev. 2014. Palestra.
- MANNRICH, Nelson. A administração pública do trabalho em face da autonomia privada coletiva. *In*: MALLETT, Estêvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (Coord.). **Direito e processo do trabalho: estudos em homenagem a Octávio Bueno Magano**. São Paulo: LTr, 1996.
- REIS, José. **A economia portuguesa: formas de economia política numa periferia persistente (1960-2017)**. Coimbra: Almedina, 2018.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reforma do direito coletivo: prevalência do negociado sobre o legislado. Curitiba, **Revista Eletrônica do TRT da 9ª Região**, v. 6, n. 58, p. 55-62, mar./abr. 2017. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=58&edicao=10301>. Acesso em: 17 nov. 2017.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado**. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Processo coletivo do trabalho**. 2. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Grupo GEN/Forense, 2018.
- SOUZA JÚNIOR, Antonio U. de; SOUZA, Fabiano C. de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon T. de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

**A RUPTURA DO CONTRATO DE TRABALHO
PELO EMPREGADO NO DIREITO PORTUGUÊS.
PARTICULARIDADES. GARANTIAS ASSEGURADAS QUE
NÃO SE ENCONTRAM PRESENTES NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA. UM CONTRIBUTO RAZOÁVEL PARA
IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL?**

**THE RUPTURE OF THE EMPLOYMENT CONTRACT
BY THE EMPLOYEE IN THE PORTUGUESE LAW.
PARTICULARITIES. ASSURED GUARANTEES THAT
ARE NOT PRESENT IN BRAZILIAN LEGISLATION. A
REASONABLE CONTRIBUTION FOR
IMPLEMENTATION IN BRAZIL?**

BOSCO, Carlos Alberto*

Resumo: Buscando na experiência da terra de Camões uma contribuição para a evolução de nossa legislação vigente, o presente artigo examina o contrato de trabalho, suas características básicas e as variadas maneiras de rescindi-lo, e a partir daí podemos confrontar as realidades do trabalhador brasileiro e português.

Palavras-chave: Contrato de trabalho. Bilateralidade. Garantia. Rescisão do contrato.

Abstract: Looking for, in the experience of the land of Camões, a contribution to the evolution of our current legislation, this article examines the employment contract, its basic characteristics and the various ways of rescinding it, and from there we can confront the realities of the Brazilian and Portuguese worker.

Keywords: Employment contract. Bilaterality. Guaranty. Rescission of contract.

*Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Especialista em Direito Civil, Comercial e Processual Civil. Mestre em Direito do Trabalho e Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.

1 PREFÁCIO

Em um tempo não tão longínquo se falava em flexibilização dos direitos trabalhistas. A proposição chamava atenção. A preocupação efetiva para a maioria dos operadores do direito era se de fato o que se pretendia era um ajustamento à realidade econômica da época ou a efetiva desregulamentação da relação de emprego. Com o advento da novel legislação, mais precisamente da Lei n. 13.467/2017, que materializou a denominada reforma trabalhista sob o emblema equivocado de solução contra a crise do desemprego e indutor do crescimento econômico, sem qualquer interesse, por ora, de se enveredar para discussão meritória da medida implementada, ou seja, se existia ou não superabundância de custódia legal e social do trabalhador brasileiro, o fato é que foi alterado de modo indubitável todo o sistema jurídico de proteção ao trabalho no Brasil, com várias manifestações enfáticas de ocorrência de sonegação das garantias constitucionais outrora asseguradas, tema que por evidente se faz merecedor de acurado debate.

Neste momento de questionamentos, especialmente levando-se em conta que, segundo dados divulgados pela Organização Internacional do Trabalho, e diuturnamente reiterados, não se afeiçoa difícil concluir que o apoucamento na proteção dos trabalhadores não oportuniza a geração de empregos e tampouco se patenteia capaz de dizimar o índice de inatividade. Esta é a realidade.

Experiências de nações estrangeiras acenam em direção antagônica ao difundido pela transformação legislativa brasileira. No entanto, a lei vige. Se existem falhas ou contrariedades ao texto constitucional, competirá ao Excelso Supremo Tribunal Federal o efetivo pronunciamento, revelando-se hoje a existência de mais de duas dezenas de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas.

No afã de se evitar sobretudo a insegurança jurídica que hoje paira na atmosfera daqueles que pelejam no Direito do Trabalho, o expediente mais aconselhável seria a ocorrência de um antecedente debattimento perscrutado e equilibrado, que não aconteceu. E em sendo assim, aprovou-se o texto que alguns denominam como verdadeira desconstrução social. Não que a reforma não fosse necessária - e era em vários aspectos - mas era salutar que houvesse consulta prévia à sociedade, conquanto de difícil execução. É disso que se trata, apesar de que a motivação para sua implementação por si só não será capaz de patrocinar o necessário crescimento econômico, sendo que a reforma tributária talvez fosse um grande avanço nesse particular, e como medida preparatória. Com efeito, a reestruturação tributária não foi levada a efeito e a alardeada remodelação política, também imprescindível, não se findou.

Colocado o assunto sob esta perspectiva e como contributo, pertinente se afirmar que, de fato, o pacto de trabalho se traduz em uma relação assimétrica ou manifestamente inigualitária - e nesse ponto a

doutrina é unânime -, visto que a vontade do empregado deve submeter-se ao compromisso estipulado, sendo que este pretensão de desequilíbrio tanto pode ocorrer no campo factual como no plano jurídico, e pode ser verificado demasiadamente intensificado em circunstâncias de desemprego. Contudo, essa constatação não retrata privilégio somente no Brasil. O mesmo expediente é averiguado em outros países, notadamente em Portugal, onde se realizou a pesquisa que embasa o presente articulado.

Persiste, no entanto, substancial diferença de procedimento. Naquele território, com o advento do Estado Social de Direito ocorreu alteração e restrição da autonomia da vontade e da liberdade contratual, as quais eram quase que absolutas. Nessa ótica, houve verdadeira reformulação ao direito contratual, com a imposição de limitações através de normas imperativas com a intenção de garantir a proteção ao contratante qualificado como frágil da relação. Assim, o Direito do Trabalho surgiu, em resenha, no período pós Revolução Industrial, quando as questões sociais relevantes foram suscitadas pelo movimento operário e, especialmente, com a necessidade de limitação do poder social do empregador, assumindo a feição protecionista como advogado pelos doutrinadores do assunto.

Esta mesma conformação se verifica quando se constata na terra de Camões a impossibilidade da demissão *ad nutum* do trabalhador, prevendo a lei quanto ao tema específico desta perquirição quais os critérios e formas para o rompimento do pacto de emprego que, talvez o caso, pudesse ser adaptado e até mesmo considerado pelo sistema brasileiro, porque se faz absolutamente tangível que a experiência de outros povos possa, sim, contribuir para a evolução dos institutos previstos e albergados na legislação vigente, sobretudo em razão de todos os percalços vivenciados no Velho Continente. Então, como subvenção, passa-se à efetiva consideração das formas de cessação do contrato de trabalho pela ótica do trabalhador.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E A PROBLEMATIZAÇÃO

Esta pesquisa visa analisar as hipóteses de caducidade, revogação, denúncia e resolução, como formas de extinção do contrato de trabalho. De efeito, a esse gênero de contrato, como negócio jurídico de direito privado que retrata, também se aplicam as regras gerais de direito civil. Para justificar esta assertiva, vale registrar o contido no art. 1.152º do Código Civil português, que definiu os contornos de seus requisitos de existência, indicando, no entanto, que sua regulamentação e especificidades fossem tratadas na legislação especial¹, no caso o Código do Trabalho.

¹Código Civil. Art. 1.153º (Regime). O contrato de trabalho está sujeito a legislação especial.

Se apenas forem cotejadas a noção vertida no Código Civil de 1966 com aquela constante do Código do Trabalho, de edição mais atual e específica, por evidente as diferenças não são pontualmente significativas².

Verdadeiramente, o Direito do Trabalho desenvolveu-se a partir de um dos contratos em especial, regulados no direito das obrigações³, mas que, em razão das multiplicidades de exceções ao regime geral, foi colocado como ramo autônomo. É vocacionado para a proteção dos trabalhadores, fundado na ideia de que existe um desequilíbrio de forças na relação laboral e que o Estado deve intervir para proteção dos menos favorecidos⁴. A aludida autonomização está relacionada com as singularidades reconhecidas às matérias pautadas pelo Direito do Trabalho, às quais grande parte das normas de Direito Civil não se ajustam⁵.

No particular, a relação de trabalho é tida por assimétrica ou manifestamente inigualitária porque o trabalhador necessita dos rendimentos de sua atividade produtiva para a satisfação de suas necessidades essenciais, ficando por isso mesmo sujeito à autoridade e à direção do empregador no que se refere à execução do trabalho. Em síntese: sua vontade se submete no contrato de trabalho⁶. E esse desequilíbrio, que tanto ocorre no plano factual como no plano jurídico, é intensificado em circunstâncias de desemprego e deve-se, essencialmente, à desigualdade no que diz respeito à estipulação de cláusulas negociais, assim como à exigência do seu cumprimento⁷.

O Estado Social de Direito adveio para alterar e restringir a autonomia da vontade e da liberdade contratual, as quais eram quase que absolutas, tanto que as partes poderiam livremente regulamentar seus interesses. Assistiu-se, deste modo, a uma reformulação do direito contratual, impondo-se limitações através de normas imperativas que garantem a proteção do contraente débil da relação, representado, nos dizeres de Leal Amado, “de obstáculo à ditadura contratual” (AMADO, 2016, p. 16).

Assim, no período pós Revolução Industrial, as questões sociais relevantes foram trazidas, sobretudo, pelo movimento operário, dando origem ao Direito do Trabalho⁸. Este surge com a necessidade de reconhecimento de se limitar o poder social do empregador em face do trabalhador, assumindo como um segmento do ordenamento jurídico de

²AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 41.

³Em particular, o direito das obrigações representa o tronco comum, em relação ao qual outras disciplinas se podem enquadrar num direito designado especial, como ocorre com o Direito do Trabalho. Cf. MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 58.

⁴MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 15.

⁵RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 87.

⁶AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13.

⁷ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. **Revista Themis**, Lisboa, n. 4, ano II, 2001, p. 36.

⁸AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 16.

feição protecionista⁹, conferindo aos trabalhadores uma especial tutela e visando garantir o princípio da liberdade contratual. Referidas questões sociais desencadearam um verdadeiro debate ideológico, com a pretensão de se valorizar o trabalho e, sobretudo, pela necessidade de modificação da situação de exploração em que se encontravam os trabalhadores¹⁰.

No que se refere especificamente à matéria em enfoque, ou seja, precisamente quanto à extinção do pacto de labor, ressalta-se sua importância, uma vez que muitas das questões que envolvem a relação empregatícia, ou seja, relacionadas à relação jurídico-laboral, somente são discutidas quando de sua extirpação do mundo jurídico do empregado, oportunidade em que este efetivamente se sente em condições de discutir e questionar o comportamento de seu empregador¹¹.

Todavia, é imperioso discorrer sobre quais pactos efetivamente - e aqui surge a problemática que deve permear a questão em referência - incide de fato o pressuposto essencial para a aplicação direta das normas de Direito de Trabalho, e, por consequência, dos fundamentos legalmente previstos para sua cessação, ou se estes mesmos pretextos seriam aplicáveis para outra modalidade de pactuação que não o típico contrato de trabalho, como o de prestação de serviços (?). Esta a inquirição necessária.

3 O CONTRATO DE TRABALHO

Feitas essas ponderações, visando à abordagem acerca de algumas das modalidades de cessação de tipos contratuais especiais, nas quais se insere o contrato de trabalho, imperioso declinar, de início, que se trata de um pacto nominado e típico. E assim o é porque a lei reconhece a sua categoria jurídica através de um *nomen iuris* e estabelece o seu regime legal, tanto e especialmente no Código do Trabalho, quanto em legislação complementar¹²⁻¹³.

Sua definição encontra-se, hoje, consagrada no art. 11º do Código do Trabalho:

Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

⁹ABRANTES, José João. O código do trabalho e a constituição. **Questões Laborais**, Coimbra, n. 22, ano X, 2003, p. 129-130.

¹⁰XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2004, p. 41.

¹¹MARTINS, Pedro Furtado. **Cessaçãõ do contrato de trabalho**. 3. ed. revista e actualizada. Cascais: Princípiã, 2012, p. 11.

¹²MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das obrigações**. V. I - Introdução. Da constituição das obrigações. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 201.

¹³MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito do trabalho**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 110.

Desse modo, da análise da noção estipulada em lei, conclui-se que o contrato de trabalho é constituído por três elementos básicos: a prestação laborativa, a retribuição pecuniária e a subordinação jurídica.

Elementos básicos e algumas de suas características

Embora não seja a tônica desta apuração, deve ser ressaltado que a **prestação de trabalho** se traduz numa prestação de fato positivo. Qualquer atividade humana, desde que lícita e apta a corresponder ao interesse do tomador, pode constituir objeto deste contrato¹⁴. No que se refere especificamente à licitude, mais uma vez de se observar o comando, ao encontro da necessidade de sua observância, do quanto contido no art. 398º do Código Civil, que a exige expressamente¹⁵⁻¹⁶.

Quanto à **retribuição**¹⁷, termo utilizado pelo Código do Trabalho para identificar a remuneração, salário ou ordenado, retrata a prestação que deve ser realizada pelo empregador ao trabalhador como contrapartida da atividade desempenhada por este; portanto, um dos deveres do empregador é pagar pontualmente a retribuição¹⁸. Em complemento, diz-se que o trabalhador coloca sua força de trabalho à disposição do empregador mediante um preço.

No que alude à **subordinação jurídica**, elemento tido como principal critério de qualificação do contrato de trabalho, que permite fazer a distinção de outras modalidades contratuais, decorre do fato de o trabalhador se comprometer a prestar sua atividade “no âmbito de organização e sob a autoridade” da entidade empregadora¹⁹. É representada pela sujeição do trabalhador ao poder disciplinar do empregador, e nada mais significa do que a consequência de seu poder de direção.

Indene de questionamentos que o poder disciplinar existe não somente em caso de desrespeito de ordens do empregador, mas também na hipótese de incumprimento de regras contratuais e legais, relativas à relação laboral e que vigorem na entidade empregadora. A subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho decorre precisamente daquele poder de direção que a lei confere à entidade empregadora (art. 150º do Código

¹⁴AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 43.

¹⁵Código Civil. **Art. 398º (Conteúdo da prestação)**. 1. As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação. 2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário, mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.

¹⁶Embora a lei textualmente exija a licitude quanto ao objeto da prestação laborativa, imprescindível mencionar que, enquanto vigente o pacto, todos os direitos do trabalhador deverão ser satisfeitos, sob pena de se prestigiar o enriquecimento ilícito da entidade empregadora. Ainda que ilícita a atividade prestada pelo trabalhador, este haverá de receber a correspondente prestação remuneratória.

¹⁷**Art. 258º - Princípios gerais sobre a retribuição**. 1. Considera-se retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho.

¹⁸MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 157.

¹⁹AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 44.

do Trabalho) a que corresponde um dever de obediência por parte do trabalhador (art. 121º, n. 1, alínea “d”, e 2, do Código do Trabalho).

Apontados os elementos básicos que compõem o pacto de trabalho, algumas características também devem ser estudadas. Trata-se de um contrato **sinalagmático** e **oneroso**. Como negócio jurídico bilateral, é integrado por declarações de vontade de conteúdo oposto, mas convergente. Representa, nesta tônica, um acordo vinculativo formado por duas declarações de vontade contrapostas - cada uma delas persegue interesses diversos e até díspares, mas sempre buscando um resultado unitário²⁰. As obrigações principais que dele emergem, como salário e trabalho, acham-se no contexto de uma relação de interdependência que constitui, cada uma delas, a razão de ser da outra. Isto é, há obrigações para ambas as partes, e a retribuição surge como contrapartida do trabalho, razão por que se afirma ter a característica da onerosidade. Na realidade, cada uma das partes recebe determinado benefício com a prestação do outro²¹. O contrato de trabalho, por evidente, não se caracteriza pelo *animus donandi*, visto inexistir o espírito de liberalidade.

Noutro aspecto, o contrato de trabalho é um contrato **patrimonial** e **obligacional**. Evidencia-se o caráter patrimonial porquanto as respectivas prestações nucleares, consistentes na atividade laboral, e a conseqüente contrapartida que diz respeito à retribuição, supõem um intercâmbio de conteúdo patrimonial. Não se trata de prestação de serviços a título gratuito ou por benemerência. O trabalhador irá manter-se à custa da retribuição auferida. E, de fato, também é obrigacional. Ambas as partes contratantes vinculam-se em direitos e no cumprimento de obrigações. Traduz-se, na verdade, em uma relação obrigacional complexa, porque dela emergem deveres principais (em especial, prestar uma atividade e pagar a remuneração), bem como em deveres acessórios de conduta (por exemplo, tratar com urbanidade o empregador e companheiros de trabalho e não divulgar os segredos da produção, ou proporcionar boas condições de trabalho²²).

Também se identifica como um pacto de **adesão**, pois na generalidade o trabalhador se submete às condições contratuais previamente aviadas pelo empregador, normalmente expressas no formulário geral de contratação que lhe é fornecido. Não possui condições de discutir ou negociar a prestação laborativa de uma forma que lhe seja mais favorável; apenas aceita o que lhe é disponibilizado, sem nenhum poder negocial para modelar o contrato em seu favor, sendo patente a disparidade entre

²⁰XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014, p. 306.

²¹QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. **Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 35.

²²MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. Instituto do Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2002, p. 275.

as partes²³. Por essa razão é que anteriormente se consignou que, usualmente, as questões atribuídas à relação jurídico-laboral somente são discutidas quando do término do ajuste de trabalho.

Outra particularidade, verdadeiramente a mais importante no contexto do presente estudo, porquanto em simetria com o tema nodal, diz respeito à caracterização do contrato de trabalho como contrato **dura-douro**. Nessa vertente, tem-se que sua execução se protraí no tempo e que seu cumprimento se perfaz numa sucessão de atos escalonados ao longo de um período, sem que se possa confundir-lo com contrato vitalício ou perpétuo²⁴. Vale lembrar, no particular, levando-se em conta a sua execução continuada, que a duração da relação laboral, e, conseqüentemente, a antiguidade do trabalhador, influi decisivamente na relação creditória, ou seja, terá repercussão direta no montante da indenização em caso de ilicitude do despedimento.

O último atributo pertinente e importante a ser abordado diz respeito à sua condição de contrato *intuitu personae*. Nessa toada, de se afirmar que a prestação laborativa retrata uma atuação de caráter eminentemente pessoal, significando que a obrigação de *facere* é intransmissível. Desse modo e por essa razão é que se anuncia que o trabalhador, sempre, deve ser uma pessoa singular²⁵, e não uma pessoa coletiva, condição normalmente atribuída ao empregador²⁶. Desse modo, a prestação laboral detém caráter de não fungibilidade, porquanto o trabalhador não pode se fazer substituir por outrem no cumprimento de seus deveres contratuais.

Fundado nessa premissa é que Romano Martinez identifica a tríade inseparável em sede de contrato de trabalho, a saber: negócio jurídico *intuitu personae*, contrato fiduciário e infungibilidade da prestação laboral²⁷. Nesta esteira de argumentação, de se ponderar que a pessoalidade, como característica do contrato de trabalho, está umbilicalmente ligada à tutela de confiança estabelecida entre as partes para a realização do desígnio contratual.

4 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Contempladas questões absolutamente pertinentes como a definição de contrato de trabalho, seus elementos básicos e algumas de suas principais características, impossível adentrar o ponto fulcral da elaboração desta pesquisa que diz respeito à sua cessação sem antes declinar, ainda que em linhas gerais, como se estabelece sua formação.

²³QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. **Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 27.

²⁴AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 48.

²⁵Confira-se que o art. 11º do Código do Trabalho, peremptoriamente, faz alusão expressa de que o trabalhador é uma pessoa singular.

²⁶AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 49.

²⁷MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 281-282.

Por certo, para que o contrato de trabalho possa ser elaborado, imperioso que haja a **capacidade das partes**. Nessa trilha, há a seguinte previsão no Código do Trabalho: “A capacidade para celebrar contrato de trabalho regula-se nos termos gerais do direito e pelo disposto neste Código”²⁸. A capacidade **jurídica ou de gozo**, que consiste na aptidão para ser titular de determinadas relações jurídicas, encontra-se capitulada no art. 67º do Código Civil²⁹, que é insuprível³⁰. Noutra seara, existe a **capacidade de agir**, também definida como capacidade de exercício, que representa a habilitação para intervir juridicamente, pessoal e autonomamente, a qual pode inclusive ser suprimível através da representação legal ou da assistência. Esta específica questão, na seara juslaboralista, ganha maior relevância quando se analisa o contrato de trabalho formalizado com menores, que escapa do escopo deste estudo. Todavia, pertinente pontuar que na representação há atuação pelo mandatário, em nome e no interesse do incapaz, enquanto na assistência ocorrerá a autorização para que o incapaz possa proceder ao ato³¹.

Ao lado da capacidade das partes contratantes, imperioso que se observe a **idoneidade do objeto**. Assim sendo, qualquer atividade humana, desde que lícita e compatível para a compensação de um interesse do credor merecedor de tutela jurídica, pode ser alvo do pacto de trabalho. É o quanto se estatui de observância ao comando do art. 280º do Código Civil³². Portanto, se a finalidade contratual confrontar com a lei, ou for considerada ofensiva aos “bons costumes”, haverá nulidade do negócio jurídico³³⁻³⁴.

Constata-se, deste modo, que detendo as partes a correspondente capacidade para o desempenho de qualquer atividade que não seja ilícita ou atentatória aos bons costumes, em regra, haverá um negócio jurídico válido e formalizado. Esta mesma relação, para que possa concorrer para a aplicação das normas de Direito do Trabalho, e, conseqüentemente,

²⁸Art. 13º do Código do Trabalho.

²⁹**Art. 67º do Código Civil (Capacidade Jurídica)**. As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste sua capacidade jurídica.

³⁰AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 129.

³¹PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 193-ss.

³²**Art. 280º (Requisitos do objeto negocial)**. 1. É nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. 2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.

³³É o quanto impera no direito português. Contudo, e apenas para mera ilustração, tem-se que na Alemanha houve a edição de lei que legalizou o trabalho sexual, fenômeno da prostituição (“Gesetz Zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten”, de 20 de dezembro de 2001). Essa situação de regularização da referida atividade, a rigor ofensiva aos bons costumes, segundo o próprio § 138 do BGB (Código Civil), e, como tal, apta para tornar nulos os negócios jurídicos. Como conhecimento se tem, não se constitui caso exclusivo do referido país.

³⁴Se a finalidade contratual confrontar com a lei, ou for considerada ofensiva aos bons costumes, haverá nulidade do negócio jurídico. Entretanto, como anteriormente restou salientado, e aqui a conclusão acena em idêntica terminação, isso não isentará o empregador de adimplir os valores devidos ao trabalhador na constância do mencionado pacto, que operará efeitos *ex nunc*, ou seja, prospectivos.

para que nela incidam as regras e modalidades de extinção, deve tratar-se de típico contrato de trabalho, daí por que há necessidade de apartar seu conceito daqueles outros de prestação de serviços, mais bem entendido como o autônomo.

5 DISTINÇÃO ENTRE TRABALHO AUTÔNOMO E SUBORDINADO

De acordo com o vigente Código do Trabalho, mais precisamente em seu art. 11º,

O contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

Como já enfocado, pressupõe a existência de uma atividade em si mesma, a correspondente retribuição como contrapartida da *performance* desenvolvida, o que necessariamente evidencia seu caráter oneroso, e subentende uma relação de subordinação, como já se logrou explicitar.

Em contrapartida, no contrato de prestação de serviços, cujos desígnios são excluídos dos esquemas normativos do contrato individual do trabalho, e por essa razão do próprio Direito do Trabalho, uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado, fruto do seu trabalho intelectual ou manual, independentemente da necessária retribuição, tal como contido no art. 1.154º do Código Civil³⁵.

Somente a existência de típico contrato de trabalho é que constitui o pressuposto essencial para a aplicação direta das normas de Direito do Trabalho, e, nesta vertente, o alvo das modalidades de extinção cuja abordagem se pretende propiciar, como se consignou³⁶. De igual, o título necessário e hábil para a proteção dos trabalhadores. Por essa motivação, imperiosa também essa explanação para a adequação dos limites de aplicabilidade das regras de cessação dos contratos, e sua exclusiva aplicabilidade aos pactos de trabalho propriamente ditos.

A diferenciação entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço centra-se, essencialmente, em dois elementos distintivos: “no objecto do contrato (no contrato de trabalho existe uma obrigação de meios, de prestação de uma actividade intelectual ou manual, e no contrato de prestação de serviço uma obrigação de apresentar um resultado) e no

³⁵**Art. 1.154º (Noção).** Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.

³⁶Na sua conformação prática, o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço - máxime, este sob a formulação de avença -, surgem como contratos afins com difícil marcação de um traço que os diferencie, assumindo valor muito relativo o critério fundado na distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, face à experienciada dificuldade em definir o que realmente se promete: se a atividade em si, se o seu resultado.

relacionamento entre as partes: com a subordinação jurídica a caracterizar o contrato de trabalho e a autonomia do trabalho a imperar no contrato de prestação de serviço”, segundo proclamou o Supremo Tribunal de Justiça³⁷.

Na mesma linha, colhe-se da doutrina que,

No contrato de trabalho, muitas das vezes, está igualmente em causa a obtenção de um resultado. [...] Atendendo às regras da boa-fé na realização da atividade, não se pode concluir que o resultado não seja tido em conta; [...] em contrapartida, no contrato de prestação de serviço, frequentemente, tem-se em vista uma prestação de meios; na realidade, o médico ou o advogado, por via de regra, não se obrigam à obtenção de um resultado. (MARTINEZ, 2015, p. 289).

No contexto,

A exterioridade dos meios utilizados (e, nomeadamente, das atividades empregues), relativamente à vinculação do prestador de serviço, pode não ser absoluta - e daí que o critério fundado na distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado se revista de notória relatividade na distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço. (FERNANDES, 2012, p. 120-121).

Na exatidão, o preceito do objeto do contrato, ou seja, a metodologia da natureza da prestação acordada, nem sempre permite distinguir as duas figuras contratuais, por haver muitas situações em que é difícil apurar o que realmente se prometeu - se a atividade em si ou se o seu resultado -, dado que, “em regra, toda a atividade conduz a um resultado e todo o resultado pressupõe o desenvolvimento de determinada atividade”³⁸. Compreende-se, mesmo, a constatação de alguma dificuldade na diferenciação quando, na respectiva conformação objetiva e no confronto com a realidade, a prestação de serviço e o contrato de trabalho surgem como figuras verdadeiramente próximas e/ou afins, a tornar difícil a definição de um traço que as distinga.

Por certo, o enunciado propicia uma magnificente argumentação. Diz Romano Martinez:

O contrato de trabalho poderia ter sido qualificado como um subtipo de contrato de prestação de serviços. Em sentido amplo, a prestação de serviços abrange o próprio contrato de trabalho.

³⁷Acórdão de 8.10.2015 nos autos do Processo 292/13.STTCLD.C1.S1 (Revista), da 4ª Secção, de Relatoria da Juíza Conselheira Ana Luísa Galdes, inserto nos Sumários da Secção Social 2008-2016, divulgado pela Assessoria Social do Supremo Tribunal de Justiça no contexto do Caderno Temático.

³⁸Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.11.2010, Processo 3074/07.0TTLSB.L1.S1.

E remata:

Em termos teóricos, podemos aceitar que há um contrato de prestação de serviços em sentido amplo, o qual engloba a prestação de serviços subordinada - onde se inclui o contrato de trabalho - e a prestação de serviços autônoma, que corresponde ao contrato de prestação de serviço propriamente dito. (MARTINEZ, 2015, p. 287-288).

No objetivo único de facilitar a compreensão e apontar qual a **pedra angular** para a diferenciação entre as modalidades contratuais, de se ter em mente que o verdadeiro critério distintivo prende-se à:

[...] (in)existência de subordinação jurídica entre as partes da relação; se esta existir, aí teremos um contrato de trabalho; se esta não existir, aí teremos uma qualquer modalidade do contrato de prestação de serviço. (AMADO, 2016, p. 52).

É, então, sob a reconição da inexistência de uma absoluta distinção entre **prestação de resultado/prestação de meios** ou, de todo o modo, no reconhecimento do embaraço numa diferenciação exata entre **contrato de trabalho** (cuja atividade é prestada “sob autoridade e direção” do empregador)/**contrato de prestação de serviço** (o prestador exerce a sua atividade com autonomia) que a **subordinação jurídica** tem assumido, de forma unânime, a natureza de trave mestra com referência caracterizadora da *ratio iuris* **diferenciadora**.

Com particular pertinência para o conteúdo sob discussão, colhe-se dos ensinamentos de Palma Ramalho:

De novo, o critério decisivo será o da posição de autonomia ou de subordinação do prestador do trabalho, mas na aplicação deste critério devem ser valorizados, sobretudo, os indícios de subordinação que revelem a integração do trabalhador na organização do credor e a sua sujeição às correspondentes regras disciplinares, já que ao desempenho destas profissões, ainda que em moldes subordinados, inere uma elevada autonomia técnica e mesmo a autonomia deontológica do trabalhador. (RAMALHO, 2016, p. 60).

Devidamente identificado o elemento diferenciador entre uma categoria contratual e outra, e noutra vertente, também merece ser enfocado que a existência do contrato de trabalho é presumida, desde que verificadas algumas das circunstâncias - e bastam duas³⁹ - elencadas no n. 1 do art.

³⁹Com base na elaboração assegurada que alude a “algumas” e não “alguma”, de se reputar que serão primordiais pelo menos duas das particularidades legalmente assinaladas para que se

12º do Código de Trabalho de 2009⁴⁰. Esta presunção milita em benefício tão somente do trabalhador, uma vez que quem tem a seu favor a presunção legal, escusa de provar o fato a que ela conduz, por força do estatuído no n. 1 do art. 350º do Código Civil⁴¹. Nesta perspectiva é que se atesta a ocorrência da “presunção de contrato de trabalho”, ou, como se diz na doutrina, a “presunção de laboralidade” (XAVIER, 2014, p. 366)⁴².

Tratando-se, porém, de uma presunção *iuris tantum*, forçoso concluir que admite a realização de prova em sentido contrário, nos termos do n. 2 do mesmo art. 350º do Código Civil. Prova esta que se atribui para a entidade empregadora, caso se pretenda ilidir a presunção. Neste caso, cabe-lhe demonstrar que a situação em causa não constitui um contrato de trabalho, antes se reveste de características atinentes a um contrato de prestação de serviço, dada a autonomia com que é exercida. Contudo, a possibilidade de elisão será cada vez mais circunscrita quanto maior for o número de atributos presentes na conjuntura real.

Concluindo, em termos da proposição já anotada nas notas introdutórias, tem-se que no contrato de prestação de serviços as finalidades são excluídas dos esquemas normativos do contrato individual do trabalho e, em decorrência, a ele não se aplicam as regras para a extinção das relações jurídicas de trabalho. É que o Direito do Trabalho não intenta regular todo trabalho humano, mas sim aquele prestado em padrões juridicamente subordinados e hierarquicamente dependentes⁴³, embora seja de largo conhecimento a ocorrência de utilização indevida do contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado, o que caracteriza fraude⁴⁴. Em tal caso, haverá uma incorreta (ou abusiva) qualificação do contrato, que não vincula o intérprete, cabendo ao tribunal corrigir o lapso.

aplique a presunção. Cf. FERNANDES, António Monteiro. Aspectos gerais do código do trabalho revisto. **Boletim da Ordem dos Advogados**, Lisboa, n. 53, abr. 2009, p. 27.

⁴⁰Art. 12º do Código do Trabalho - **Presunção de contrato de trabalho**. Presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características: a) a atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; b) os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; c) o prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; d) seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma; e) o prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa. (Grifo não original).

⁴¹**Art. 350º do Código Civil (Presunções legais)**. 1. Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz. 2. As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir.

⁴²O art. 12º, n. 1, consagra uma concreta presunção legal respeitante à existência de contrato de trabalho.

⁴³AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 53.

⁴⁴A Lei n. 63/2013, de 27 de agosto, atribuiu à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) o dever de, eventualmente detectados indícios de trabalho subordinado camuflado de trabalho autónomo, proceder à lavratura de auto. Caso não acatada sua ordem, o Ministério Público será comunicado para as providências cabíveis.

6 DA INVALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO

Não se revela crível e admissível deixar de, ao depois da análise de todos os tópicos enfrentados e antes da efetiva investigação acerca das circunstâncias da cessação do contrato de trabalho, versar sobre a circunstancial invalidade de seu ajuste.

Dessa forma, quer seja quanto aos pressupostos subjetivos, quer seja no atinente aos objetivos da formação do contrato ou, especificamente, de suas cláusulas, a avença de trabalho pode estar contaminada por vícios que a tornam parcial ou totalmente inválida. Por isso se afirma que, como todo e qualquer negócio jurídico, o contrato de trabalho também pode padecer de invalidade (total ou parcial)⁴⁵. Sendo assim, o contrato de trabalho pode estar combalido por defeitos que colidam com sua validade jurídica, como pode ser exemplificado pela ilicitude do objeto da prestação do trabalho, porque consiste no desempenho de uma atividade ilícita, como a confecção de produtos falsificados, sendo, portanto, passível de ser declarado nulo ou anulável⁴⁶.

Embora se pudesse admitir que, em tese, seria aplicável o disposto nos arts. 285º e seguintes do Código Civil, que tratam do regime geral das invalidades negociais, é certo que há tratamento específico e, portanto, apropriado à resolução da questão, constante dos arts. 121º a 125º do Código do Trabalho⁴⁷, cuja compilação se afigura necessária para descomplicar a compreensão do enunciado.

⁴⁵AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 151.

⁴⁶XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014, p. 667.

⁴⁷**Art. 121º - Invalidade parcial de contrato de trabalho**. 1. A nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada. 2. A cláusula de contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta. **Art. 122º - Efeitos da invalidade de contrato de trabalho**. 1. O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado. 2. A ato modificativo de contrato de trabalho que seja inválido aplica-se o disposto no número anterior, desde que não afete as garantias do trabalhador. **Art. 123º - Invalidade e cessação de contrato de trabalho**. 1. A fato extintivo ocorrido antes da declaração de nulidade ou anulação de contrato de trabalho aplicam-se as normas sobre cessação do contrato. 2. Se for declarado nulo ou anulado o contrato a termo que já tenha cessado, a indemnização tem por limite o valor estabelecido no art. 393º ou 401º, respectivamente para despedimento ilícito ou denúncia sem aviso prévio. 3. À invocação de invalidade pela parte de má fé, estando a outra de boa-fé, seguida de imediata cessação da prestação de trabalho, aplica-se o regime da indemnização prevista no n. 3 do art. 392º ou no art. 401º para o despedimento ilícito ou para a denúncia sem aviso prévio, conforme o caso. 4. A má fé consiste na celebração do contrato ou na manutenção deste com o conhecimento da causa de invalidade. **Art. 124º - Contrato com objeto ou fim contrário à lei ou à ordem pública**. 1. Se o contrato de trabalho tiver por objeto ou fim uma atividade contrária à lei ou à ordem pública, a parte que conhecia a ilicitude perde a favor do serviço responsável pela gestão financeira do orçamento da segurança social as vantagens auferidas decorrentes do contrato. 2. A parte que conhecia a ilicitude não pode eximir-se ao cumprimento de qualquer obrigação contratual ou legal, nem reaver aquilo que prestou ou o seu valor, quando a outra parte ignorar essa ilicitude. 3. Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n. 1. **Art. 125º - Convalidação de contrato de trabalho**. 1. Cessando a causa da invalidade durante a execução de contrato de trabalho, este se considera convalidado desde o início da execução. 2. No caso de contrato a que se refere o artigo anterior, a convalidação só produz efeitos a partir do momento em que cessa a causa da invalidade.

Como se pronunciou, o contrato de trabalho poderá ser parcial ou totalmente inválido. Será parcialmente quando o(s) vício(s) apenas afetar(em) uma ou algumas de suas cláusulas, tida(s) por nula(s) por contrariar(em) a imperatividade legal, inclusive a convenção coletiva aplicável (exemplos: o contrato dispõe que a parte não tem direito a férias ou a faltar justificadamente por motivo de doença - violação à lei; ou que o salário acordado é inferior ao previsto na correspondente tabela salarial⁴⁸ - desrespeito à convenção coletiva adequada). Essa categoria não tem como decorrência a invalidade de todo o contrato de trabalho.

Nos termos do art. 121º, 1, haverá a redução do contrato de trabalho, com a manutenção de sua parte válida, suprimindo-se tão somente a parcela que episodicamente contrarie os dispositivos mencionados. Ainda assim, aplicar-se-á o previsto no item 2 do mesmo artigo, ou seja, quando a invalidade parcial for resultado de violação a normas imperativas, a lei prevê textualmente a contingência de substituição automática da cláusula inválida pelas normas que estavam sendo preteridas ou desprestigiadas. Procede-se, pois, à redução teleológica do contrato⁴⁹, sem a ocorrência de sua invalidade total.

Precisamente quanto a esta categoria de invalidade, bem retratada como aquela existente na contratação de um menor de dez anos de idade, porquanto o vício quanto ao sujeito (agente capaz) afeta a validade de todo o contrato. A retratar idêntica hipótese (de invalidade total) encontra-se a situação de a incumbência contratada corresponder a uma atribuição contrária à lei ou à ordem pública, como, por exemplo, o tráfico de drogas. Em qualquer dessas suposições, o contrato de trabalho produzirá efeitos durante o tempo de sua execução, como se válido fosse; é o quanto se infere de interpretação literal do previsto no art. 122º, item 1, do Código do Trabalho. E se revela correta tal premissa ao argumento de que o trabalho prestado, não obstante a declaração de invalidade do contrato, não há como ser devolvido. Desta maneira, há necessidade de se tutelar a posição do trabalhador, inclusive para efeitos de retribuição, bem como quanto ao próprio caráter duradouro e de execução sucessiva do contrato.

Não restou isento de observância que o Código de Trabalho vigente adotou expressamente a tese de irretroatividade da invalidade contratual, segundo o comando do art. 122º, 1. Assim, sendo o contrato tido como apropriado durante o tempo de sua execução, ainda que presente causa de invalidade que o possa macular, os impactos de referido reconhecimento operarão *ex nunc*, ou seja, “somente para o futuro, deixando incólumes os efeitos que o contrato executado tenha entretanto produzido” (AMADO, 2016, p. 154). Não terão efeitos retroativos, regime

⁴⁸AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 151.

⁴⁹PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 636.

diverso do quanto estipulado no art. 289º, 1, do Código Civil⁵⁰, segundo o qual, em princípio, tanto a declaração de nulidade como a anulação de um negócio jurídico, gênero ao qual pertence também o contrato de trabalho, têm efeito regressivo.

7 DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Ponderadas todas as enunciações exteriorizadas, entendíveis como fundamentais à compreensão das singularidades que envolvem a formação do contrato de trabalho e seu desenvolvimento válido, deve-se ascender ao conteúdo de seu encerramento e estudar as causas pelas quais se pode atingir referido desiderato, por iniciativa exclusiva do trabalhador. São elas: caducidade, revogação, denúncia e resolução. Este estudo não contempla o rompimento motivado pela atividade volitiva do empregador.

De início, de se afirmar que a cessação do vínculo mantido entre as partes tem como consequência a extinção das obrigações destas no que diz respeito ao cumprimento do contrato, muito embora resulte na constituição de certas outras prestações⁵¹, como a entrega pelo empregador de um certificado de trabalho, do qual constarão as datas de admissão e do respectivo término, além dos eventuais cargos desempenhados⁵². Ao empregado cumpre providenciar a devolução dos instrumentos de trabalho e quaisquer outros objetos que pertençam à entidade empregadora⁵³.

Dito isso, que se menciona meramente em caráter elucidativo, de se focar que, para a compreensão quanto à extinção propriamente dita do contrato de trabalho, vale-se novamente dos ensinamentos de Leal Amado:

Reduzindo as coisas à sua expressão mais simples, dir-se-ia serem quatro as formas de cessação do contrato de trabalho. Com efeito, este extingue-se-á: i) por vontade do empregador (despedimento); ii) por vontade do trabalhador (demissão); iii) por vontade de ambos os sujeitos (revogação); iv) pela verificação de certo evento superveniente a que a lei atribui esse efeito (caducidade). (AMADO, 2016, p. 297).

⁵⁰**Art. 289º - Efeitos da declaração de nulidade e da anulação.** 1. Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.

⁵¹MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 390.

⁵²**Art. 341º - Documentos a entregar ao trabalhador.** 1. Cessando o contrato de trabalho, o empregador deve entregar ao trabalhador: a) um certificado de trabalho, indicando as datas de admissão e de cessação, bem como o cargo ou cargos desempenhados; [...].

⁵³**Art. 342º - Devolução de instrumentos de trabalho.** Cessando o contrato de trabalho, o trabalhador deve devolver imediatamente ao empregador os instrumentos de trabalho e quaisquer outros objectos pertencentes a este, sob pena de incorrer em responsabilidade civil pelos danos causados.

Observa-se que se encontram devidamente capituladas no Código do Trabalho, mais precisamente em seu art. 384º, as disposições gerais e as hipóteses legais de cessação do pacto de emprego⁵⁴.

Seguindo a sistematização do vigente Código do Trabalho, e atento aos limites propostos na elaboração deste estudo, analisam-se algumas formas específicas de cessação do contrato de trabalho. Embora destinado a perdurar no tempo, o contrato cessa, e com ele também tem fim a estabilidade das relações contratuais tidas por **duradouras**, que possuem essa característica justamente porque se destinam a satisfazer necessidade também duradoura dos contratantes (do empregado, em assegurar o seu posto de trabalho e sua correspondente retribuição, e da entidade empregadora por dispor permanentemente da mão de obra necessária ao seu regular funcionamento)⁵⁵. Inicia-se, pois, pela extinção contratual em decorrência da caducidade.

7.1 Extinção por caducidade

O ponto de partida consiste na assertiva de que a caducidade determina a extinção do contrato de trabalho em função do decurso do tempo ou da ocorrência de um fato superveniente⁵⁶. Essa amplitude de possibilidades é bem retratada na pontuação feita por Mota Pinto ao referir-se que esta modalidade de cessação do pacto abrange:

[...] uma série numerosa de situações em que as relações jurídicas duradouras de tipo obrigacional criadas pelo contrato ou pelo negócio (formando em seu conjunto a relação contratual) se extinguem para futuro por força do decurso do prazo estipulado, da consecução do fim visado ou de qualquer outro facto ou evento superveniente (p. ex., morte de uma pessoa) a que a lei atribui o efeito extintivo, *ex nunc*, da relação contratual. (PINTO, 2012, p. 630).

No contexto do Código de Trabalho, a caducidade encontra-se prevista nos arts. 340º, “a” e 343º/348º. No art. 343º tratando-se da modalidade em termos gerais, enquanto no artigo subsequente ela é concebida nos contratos a termo certo. Já o art. 345º prevê a sua ocorrência nos

⁵⁴**Art. 340º - Modalidades de cessação do contrato de trabalho.** Para além de outras modalidades legalmente previstas, o contrato de trabalho pode cessar por: a) caducidade; b) revogação; c) despedimento por facto imputável ao trabalhador; d) despedimento colectivo; e) despedimento por extinção de posto de trabalho; f) despedimento por inadaptação; g) resolução pelo trabalhador; h) denúncia pelo trabalhador.

⁵⁵XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014, p. 717-718.

⁵⁶MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 396.

contratos a termo incerto⁵⁷. Deste modo, a caducidade, no contexto da relação trabalhista, implica a extinção do contrato pela ocorrência de um fato jurídico em sentido estrito, como, por exemplo, na hipótese de extinção do objeto ou pela verificação de qualquer fato ou evento superveniente ao qual se possa conceber efeito extintivo da relação contratual⁵⁸; **o contrato cai por si**, sem nenhuma declaração de vontade tendente a este resultado⁵⁹.

Nesse enredo, implicará o desaparecimento do contrato sempre que as prestações devam ser realizadas num determinado prazo, fixado pela lei ou por convenção das partes, ou quando se esgota o objeto da avença, tendo-se como exemplo o término da obra para a qual o trabalhador foi contratado, bem como a cessação da concessão de exploração no local onde o empregado desenvolve a sua atividade.

Também seria exemplo apto a justificar o efeito extintivo da obrigação, por impossibilidade superveniente, a morte do próprio trabalhador⁶⁰. Evidencia-se, pela leitura do dispositivo legal (CT, art. 343^o), que a situação de impossibilidade expressamente consignada deve preencher, cumulativamente, três requisitos: ser **superveniente**, ser **definitiva** e, sobretudo, **absoluta**⁶¹, e tanto se aplica à figura do empregado quanto à do empregador, em razão do contido no item “b” do artigo anunciado. Em igual sentido, revela Pedro Furtado Martins:

⁵⁷**Art. 343º - Causas de caducidade de contrato de trabalho.** O contrato de trabalho caduca nos termos gerais, nomeadamente: a) verificando-se o seu termo; b) por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber; c) com a reforma do trabalhador, por velhice ou invalidez. **Art. 344º - Caducidade de contrato de trabalho a termo certo.** 1. O contrato de trabalho a termo certo caduca no final do prazo estipulado, ou da sua renovação, desde que o empregador ou o trabalhador comunique à outra parte a vontade de o fazer cessar, por escrito, respectivamente, 15 ou 8 dias antes de o prazo expirar. 2. Em caso de caducidade de contrato de trabalho a termo certo decorrente de declaração do empregador nos termos do número anterior, o trabalhador tem direito a compensação correspondente a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, calculada nos termos do art. 366º [...]. **Art. 345º - Caducidade de contrato de trabalho a termo incerto.** 1. O contrato de trabalho a termo incerto caduca quando, prevendo-se a ocorrência do termo, o empregador comunique a cessação do mesmo ao trabalhador, com a antecedência mínima de 7, 30 ou 60 dias conforme o contrato tenha durado até seis meses, de seis meses a dois anos ou por período superior. 2. Tratando-se de situação prevista na alínea e) ou h) do n. 2 do art. 140º que dê lugar à contratação de vários trabalhadores, a comunicação a que se refere o número anterior deve ser feita, sucessivamente, a partir da verificação da diminuição gradual da respectiva ocupação, em consequência da normal redução da actividade, tarefa ou obra para que foram contratados. 3. Na falta da comunicação a que se refere o n. 1, o empregador deve pagar ao trabalhador o valor da retribuição correspondente ao período de aviso prévio em falta. 4. Em caso de caducidade de contrato de trabalho a termo incerto, o trabalhador tem direito a compensação que corresponde à soma dos seguintes montantes: a) a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato; b) a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, nos anos subsequentes. 5. A compensação prevista no número anterior é calculada nos termos do art. 366º. 6. Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n. 4.

⁵⁸MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 398.

⁵⁹XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de direito do trabalho.** 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014, p. 733.

⁶⁰MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 398.

⁶¹AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas.** Coimbra: Almedina, 2016, p. 298-299.

Para que se opere a caducidade do contrato de trabalho, é necessário que a situação de impossibilidade seja: - superveniente, pois se a impossibilidade ocorre no momento da celebração o contrato é nulo; - absoluta, porque não basta o simples agravamento ou a excessiva onerosidade da prestação para que se dê a caducidade do contrato de trabalho; - definitiva, uma vez que a impossibilidade temporária não extingue o vínculo, mas apenas o suspende. (MARTINS, 2012, p. 74-75).

É de bom alvitre fazer constar que ocorre a impossibilidade absoluta quando a prestação for atingida no seu núcleo fundamental e já não for possível a respectiva efetivação, mesmo em parte, não se confundindo com a *difficultas praestandi* ou com a *difficultas agendi*, decorrentes da alteração das circunstâncias.

Conquanto a melhor situação para esclarecer a hipótese deste item “b” do mesmo art. 343º seja de fato a morte do trabalhador, idêntica hipótese não se dá em caso de falecimento do empregador, eventualidade em que o contrato nem sempre caducará. É que, ao contrário do empregado, em que há pessoalidade na obrigação por ele assumida, e por isso se diz que o contrato de trabalho é *intuitu personae*, em princípio, a morte do empregador não implica semelhante efeito extintivo. Ainda que, tratando-se de empregador em nome individual, venha a falecer e seus sucessores continuarem com a atividade à qual o trabalhador esteja vinculado, ou caso ocorra a transmissão da empresa ou do estabelecimento, o contrato será mantido; crucial apenas sua mudança subjetiva, com a simples alteração, segundo a regra do art. 346º, n. 1, do Código do Trabalho⁶².

Na perspectiva do contato de trabalho, o fato eficiente para a configuração da caducidade do vínculo jurídico não reside no evento morte do empregador propriamente dito e tampouco na extinção da empresa, tal qual referido no item 2 do mesmo artigo, mas sim no seu encerramento⁶³.

Para que não parem dúvidas, o encerramento deve ser total e definitivo, a fim de que possa caracterizar a caducidade. Evidente que

⁶²Art. 346º - Morte de empregador, extinção de pessoa coletiva ou encerramento de empresa.

1. A morte de empregador em nome individual faz caducar o contrato de trabalho na data do encerramento da empresa, salvo se o sucessor do falecido continuar a atividade para que o trabalhador se encontra contratado, ou se verificar a transmissão da empresa ou estabelecimento. 2. A extinção de pessoa coletiva empregadora, quando não se verifique a transmissão da empresa ou estabelecimento, determina a caducidade do contrato de trabalho. 3. O encerramento total e definitivo de empresa determina a caducidade do contrato de trabalho, devendo seguir-se o procedimento previsto nos arts. 360º e seguintes, com as necessárias adaptações. 4. O disposto no número anterior não se aplica a microempresas, de cujo encerramento o trabalhador deve ser informado com a antecedência prevista nos n. 1 e 2 do art. 363º. 5. Verificando-se a caducidade do contrato em caso previsto num dos números anteriores, o trabalhador tem direito a compensação calculada nos termos do art. 366º, pela qual responde o património da empresa. 6. (Revogado). 7. Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n. 5.

⁶³AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 299.

a entidade empregadora deverá cumprir o quanto previsto no item 5 da disposição legal compendiada (pagamento da correspondente compensação), cuja temática não será agora apreciada por não ser compatível com a proposta do estudo. Importante destacar que: **i)** se a empresa tiver diversos estabelecimentos, o encerramento de um deles não propiciará a caducidade dos contratos de trabalho, porquanto se exige o **encerramento total**; **ii)** o eventual encerramento definitivo que ocorra sem observância das exigências procedimentais pertinentes ou em que se desprestigie a concessão de aviso-prévio, sujeitará o empregador a responsabilidade penal, nos termos do art. 316º do Código do Trabalho⁶⁴. Também não pode ser olvidado que nem sequer a declaração judicial de insolvência do empregador faz cessar o contrato de trabalho. Para tanto, deverá ocorrer o encerramento definitivo do estabelecimento, segundo o regramento do art. 347º do mesmo estatuto codificado⁶⁵.

Outra causa de caducidade contratual diz respeito à reforma do trabalhador, por velhice ou invalidez (CT, art. 343º, alínea “c”). Tratando-se da reforma por invalidez, uma vez reconhecida esta condição pela entidade competente, opera-se a extinção do pacto laboral pela caducidade. No que se refere à reforma ou à aposentação por velhice, esta pressupõe que o trabalhador atinja determinada idade (65 anos, em regra) e que realize a solicitação perante o órgão competente. Concedida a reforma, o contrato de trabalho poderá ser extinto pela caducidade. E, de fato, o termo correto é mesmo “poderá”, justamente em razão do disposto no art. 348º, n. 1, também do Estatuto do Trabalho, que prevê:

Considera-se a termo o contrato de trabalho de trabalhador que permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice.

Logo, a lei autoriza que o empregado, reformado por velhice, permaneça no emprego, contando evidentemente com a aquiescência do empregador, convertido o pacto de trabalho num contrato a termo, e, portanto, tornando precária a relação jurídica estabelecida, revelando a existência daquilo que a doutrina identifica como **termo impróprio**⁶⁶, porquanto resulta da lei e não do estabelecido contratualmente⁶⁷.

⁶⁴**Art. 316º - Responsabilidade penal em caso de encerramento de empresa ou estabelecimento.**

1. O empregador que encerre, temporária ou definitivamente, empresa ou estabelecimento, em caso previsto no art. 311º ou no artigo anterior, sem ter dado cumprimento ao disposto nos arts. 311º e 312º, é punido com pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias.

⁶⁵**Art. 347º - Insolvência e recuperação de empresa.** 1. A declaração judicial de insolvência do empregador não faz cessar o contrato de trabalho, devendo o administrador da insolvência continuar a satisfazer integralmente as obrigações para com os trabalhadores enquanto o estabelecimento não for definitivamente encerrado.

⁶⁶AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 303.

⁶⁷Art. 348º, n. 2, b): “O contrato vigora pelo prazo de seis meses, renovando-se por períodos iguais e sucessivos, sem sujeição a limites máximos”.

Pertinente assinalar que idêntico tratamento de mudança ao regime de contrato a prazo de seis meses ocorre sempre que o trabalhador completar 70 anos de idade, mesmo **sem ter havido reforma** (CT, art. 348º, n. 3). O objetivo da lei foi evitar que trabalhadores de idade muito avançada e que não pretendessem a reforma continuassem a se beneficiar das garantias de estabilidade normalmente asseguradas, bem como visando propiciar a renovação do mercado de trabalho⁶⁸. Nesta linha de raciocínio, tem-se que ao contrato de trabalho é aposto um termo resolutivo, que determina sua vigência por períodos de seis meses, e qualquer uma das partes o pode denunciar nos termos gerais⁶⁹.

7.2 Extinção pela revogação (também identificada como extinção por mútuo acordo⁷⁰)

Em breve explicitação, pode-se afirmar que a revogação consiste na extinção do contrato de trabalho por acordo entre trabalhador e empregador. Revela assim a aplicação do princípio da autonomia da vontade, que também vigora no domínio laboral. Assim é que ambas as partes, empregador e trabalhador, detêm a independência para a estipulação de um contrato de trabalho com suas nuances específicas, e de igual, para lhe inserir o termo mediante acordo revogatório. É o quanto prognostica a lei⁷¹.

Na lição de Leal Amado,

A qualquer momento, em qualquer modalidade de contrato de trabalho, por qualquer razão e sem necessidade de apresentação de qualquer motivo para a ruptura, o empregador e o trabalhador podem proceder à revogação bilateral do vínculo jurídico-laboral. (AMADO, 2016, p. 305).

De fato, não há propósito algum em manter-se um contrato em vigor, contrariando as disposições e interesses das partes.

Trata-se, pois, de um negócio bilateral, mediante o qual as partes interessadas harmonicamente fazem cessar um contrato válido de trabalho. Este consenso tem como característica ser absolutamente discricionário, pois independe de invocação de qualquer fundamento prévio a justificar sua realização.

⁶⁸ALMEIDA, Joana. Do art. 348º do CT à luz do direito comunitário. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, n. 3-4, p. 117-155, jul./dez. 2009.

⁶⁹MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 429.

⁷⁰Revogação por mútuo acordo era a expressão usada pelo Decreto-Lei n. 49.408, de 24.11.1969, que aprovou o regime jurídico do contrato de trabalho (art. 99º).

⁷¹**Art. 349º - Cessação de contrato de trabalho por acordo**. 1. O empregador e o trabalhador podem fazer cessar o contrato de trabalho por acordo.

Evidente que para a validade da revogação pressupõe-se a livre manifestação de vontade do trabalhador para que este não seja preterido em nenhum de seus direitos, bem como para a prevenção de fraudes, motivo pelo qual se justifica o contido no art. 129º, alínea “j” do CT, pelo qual se veda ao empregador:

[...] fazer cessar o contrato e readmitir o trabalhador, mesmo com o seu acordo, havendo o propósito de o prejudicar em direitos ou garantias decorrentes da antiguidade.

Neste diapasão, de se argumentar que no ordenamento jurídico português vige o princípio da segurança no emprego. E, pela sua existência, o empregador não pode despedir seu empregado, quando e pelas razões que entender pertinentes. Existem significativas limitações que, se violadas, o Poder Judiciário, acionado, poderá ordenar a reintegração do trabalhador ilicitamente despedido, repondo o contrato em vigor mesmo contra a vontade do empregador. Em resumo, o despedimento patronal deverá ser justificado, não se admitindo o despedimento *ad nutum*, e poderá ser considerado inválido; já a demissão do trabalhador, noutra viés, poderá ser absolutamente imotivada, e quando muito poderá ser apenas irregular, o que prestigia o princípio da liberdade de trabalho e profissão, que propicia àquele uma apreciável margem de liberdade no tocante à extinção unilateral do contrato de trabalho.

Na realidade, mais que um mero distrato contratual, há na hipótese um despedimento negociado. Por essa razão, exterioriza-se a preocupação de se observar, no caso em concreto, se existe mácula que possa comprometer a validade jurídica do instrumento, indubitavelmente em detrimento do empregado; também por isso, na análise da revogação bilateral do contrato de trabalho, não se pode valer-se da perspectiva civilista simbolizada na mera liberdade de forma⁷², até porque, no exercício do ato revogatório, verdadeiro contrato extintivo *ad libitum*, as partes se desvinculam plenamente da relação juslaboral⁷³, acautelados por isso os requisitos formais exigidos, ao impor limites à autonomia privada e exceções ao regime geral⁷⁴.

Quanto a estes requisitos irrefutáveis, a lei vigente os fez contemplar⁷⁵. Exige-se a forma escrita, consoante se infere do item 2 do art.

⁷² Código Civil. **Art. 219º - Liberdade de forma**. A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir.

⁷³QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. **Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 133.

⁷⁴MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 432.

⁷⁵**Art. 349º - Código do Trabalho**. [...] 2. O acordo de revogação deve constar de documento assinado por ambas as partes, ficando cada uma com um exemplar. 3. O documento deve mencionar expressamente a data de celebração do acordo e a do início da produção dos respetivos efeitos, bem como o prazo legal para o exercício do direito de fazer cessar o acordo de revogação.

349º do CT, assinado o instrumento por ambas as partes, em duplicado. Nele, ainda, deve constar a data de sua celebração e o dia a partir do qual produzirá efeitos (item 3). A não observância da forma escrita, em razão do previsto no art. 220º do Código Civil⁷⁶, acarreta a nulidade do acordo revogatório.

Acresce ponderar que a forma escrita exigida, além de facilitar a prova da existência do acordo de cessação, cumpre outra função importante: a tutela do trabalhador e da própria estabilidade do vínculo de emprego, assegurando que sua atuação volitiva ocorreu de maneira livre, esclarecida e ponderada⁷⁷. E, de observância ao item 3 do mesmo artigo, os efeitos extintivos da revogação poderão ser imediatos ou diferidos para ulterior data. O que importa é que o documento mencione referido termo suspensivo, e não seja elaborado em branco, em detrimento do trabalhador⁷⁸. No particular, a dúvida que surge é se o pacto revogatório pode ou não ter eficácia retroativa. Embora haja discussão na doutrina, levando-se em conta que o contrato de trabalho é de execução continuada e que é necessária a proteção da posição jurídica do trabalhador, de se afirmar que seus efeitos serão *ex nunc*⁷⁹.

Ainda no contexto do instrumento escrito titulado de pacto revogatório, outros efeitos podem ser insertos. O regramento preconizado no item 4 autoriza: “As partes podem, simultaneamente, acordar outros efeitos, dentro dos limites da lei”. À vista disso, além de seu impacto característico, qual seja o de extinção do ajuste de trabalho, as partes podem dispor acerca de pagamento de compensação pecuniária, o que normalmente ocorre - por isso, a denominação de “despedimento negociado”⁸⁰ -, e como aquela será devidamente quitada, bem como poderão estipular a cláusula de não concorrência⁸¹, desde que não haja violação da lei.

Ao se mencionar que a revogação retrata um despedimento negociado, impõe-se a conclusão lógica de que haverá uma compensação pecuniária em prol do trabalhador. Sendo estabelecida esta contrapartida, “presume-se que esta inclui os créditos vencidos à data da cessação do contrato ou exigíveis em virtude desta” (art. 349º, item 5, do CT), suposição esta que admite prova em contrário (*juris tantum*), porquanto “qualquer

⁷⁶Código Civil. **Art. 220º - Inobservância da forma legal.** A declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei.

⁷⁷AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas.** Coimbra: Almedina, 2016, p. 306.

⁷⁸QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. **Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 134.

⁷⁹MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 436.

⁸⁰MARTINS, Pedro Furtado. **Cessação do contrato de trabalho.** 3. ed. revista e atualizada. Cascais: Princípiá, 2012, p. 58.

⁸¹**Art. 136º - Pacto de não concorrência.** [...] 2. É lícita a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições: a) constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste; [...].

afetação específica de valores desvanece a presunção e autoriza que se faça valer créditos não especificados” (CORDEIRO, 1997, p. 465).

Ao trabalhador é assegurado o direito potestativo de fazer cessar unilateralmente o acordo de revogação do contrato de trabalho, mediante comunicação escrita dirigida ao empregador⁸². Trata-se de um verdadeiro direito de arrependimento assegurado em seu favor e exige uma declaração negocial dirigida ao empregador e que testemunha o seu arrependimento ao acordo bilateral celebrado entre ambos. Ao contrário deste que visa à extinção do vínculo contratual, implica sua manutenção e a não produção dos efeitos do acordo revogatório. Esta declaração não depende da aprovação do empregador. Pretende-se que o trabalhador reflita sobre as consequências do acordo revogatório celebrado com a sua entidade patronal e, caso se arrependa, é-lhe dada a possibilidade de voltar atrás e manter o vínculo laboral, na linha de entendimento de que o trabalhador continua a ser a parte mais frágil do contrato de trabalho. Por outro lado, também se intenciona evitar a ocasional prática de dissimulação do despedimento sob a aparência de um distrate; o intuito é combater a fraude.

Também se infere da observância ao vigente texto legal que a revogação do acordo extintivo do contrato de trabalho é discricionária. Por isso, não depende de fundamentação. Entretanto, o seu exercício demanda o cumprimento de dois requisitos: que a manifestação do arrependimento ocorra no prazo de sete dias subsequentes à sua celebração e a devolução pelo empregado ao empregador dos valores recebidos em cumprimento daquele⁸³. A cessação de efeitos do acordo revogatório implica a reposição em vigor do contrato de trabalho.

Existe conjuntura, no entanto, que sepulta o direito do trabalhador a arrepender-se. Isto ocorrerá se o acordo revogatório estiver devidamente datado e as respectivas assinaturas apostas naquele instrumento forem objeto de reconhecimento notarial presencial.

7.3 Extinção pela denúncia

Trata-se de modalidade de rompimento do contrato de trabalho, de iniciativa do trabalhador. Sua previsão legal está contida no art.

⁸²**Art. 350º - Cessação do acordo de revogação.** 1. O trabalhador pode fazer cessar o acordo de revogação do contrato de trabalho mediante comunicação escrita dirigida ao empregador, até ao sétimo dia seguinte à data da respectiva celebração. 2. O trabalhador, caso não possa assegurar a recepção da comunicação no prazo previsto no número anterior, deve remetê-la por carta registada com aviso de recepção, no dia útil subsequente ao fim do prazo. 3. A cessação prevista no n. 1 só é eficaz se, em simultâneo com a comunicação, o trabalhador entregar ou puser, por qualquer forma, à disposição do empregador a totalidade do montante das compensações pecuniárias pagas em cumprimento do acordo, ou por efeito da cessação do contrato de trabalho. 4. Excetua-se do disposto nos números anteriores o acordo de revogação devidamente datado e cujas assinaturas sejam objecto de reconhecimento notarial presencial, nos termos da lei.

⁸³XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014, p. 777.

400º do CT⁸⁴. Infere-se desde logo, de acurada leitura especificamente do item 1, que houve a consagração do princípio basilar da demissão *ad nutum*, pela qual se reconhece ao trabalhador a integral faculdade de fazer cessar o vínculo, por ato unilateral e sem a necessidade de qualquer fundamentação, isto é, não há que declinar a causa ou o motivo de sua decisão. Este princípio da livre demissão, tal como identificado por Leal Amado, tanto se apresenta nos contratos de trabalho de duração indeterminada quanto nos pactos a termo⁸⁵. Observa-se que o contrato de trabalho, como relação duradoura que representa, não pode implicar uma vinculação perpétua do trabalhador, que a todo tempo se pode desvincular⁸⁶. Na realidade, a possibilidade da demissão *ad nutum* garante ao trabalhador a ideia de liberdade pessoal e de trabalho. Senhor de suas convicções e segundo seu interesse, o trabalhador, ao contrário do empregador, pode romper o vínculo de emprego, sem declinar qualquer motivação, isto é, por ato discricionário.

Nessa esteira de argumentação, colhe-se dos ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira:

É evidente que, não podendo o trabalhador ser despedido contra sua vontade, já nada impede que o trabalhador se despeça, havendo apenas de acautelar eventuais prejuízos à empresa (ou ao serviço) devidos à brusca rutura da relação laboral. O empregador não tem um direito à persistência da relação de trabalho, pois tal chocaria, desde logo, com a liberdade do trabalhador, designadamente a liberdade do trabalho. (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 707-708).

Não obstante ao quanto já reportado, há de se ressaltar que a lei impõe ao trabalhador o dever de “comunicação ao empregador, por escrito, com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, conforme tenha, respectivamente, até dois anos ou mais de dois anos de antiguidade” (item 1 do art. 400º - contrato por tempo indeterminado), acerca de sua decisão

⁸⁴ **Art. 400º - Denúncia com aviso prévio.** 1. O trabalhador pode denunciar o contrato independentemente de justa causa, mediante comunicação ao empregador, por escrito, com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, conforme tenha, respectivamente, até dois anos ou mais de dois anos de antiguidade. 2. O instrumento de regulamentação colectiva de trabalho e o contrato de trabalho podem aumentar o prazo de aviso prévio até seis meses, relativamente a trabalhador que ocupe cargo de administração ou direcção, ou com funções de representação ou de responsabilidade. 3. No caso de contrato de trabalho a termo, a denúncia pode ser feita com a antecedência mínima de 30 ou 15 dias, consoante a duração do contrato seja de pelo menos seis meses ou inferior. 4. No caso de contrato a termo incerto, para efeito do prazo de aviso prévio a que se refere o número anterior, atende-se à duração do contrato já decorrida. 5. É aplicável à denúncia o disposto no n. 4 do art. 395º.

⁸⁵ AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 372.

⁸⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 414. Conforme observa o autor, há exceções a essa regra, como aquela decorrente do regime de contrato de trabalho dos desportistas profissionais.

extintiva do pacto laboral, no intuito de que a entidade empregadora não seja surpreendida e prejudicada pelo assinalado ato de deliberação. Funciona, então, o aviso-prévio como um “termo suspensivo aposto à denúncia do contrato” (AMADO, 2016, p. 374) e, neste interregno, porque este se encontra em pleno vigor, todos os direitos e deveres, de ambas as partes, devem ser observados.

Os demais itens do mesmo art. 400º também fazem referência ao tempo de duração do aviso-prévio, que pode oscilar. Tratando-se de trabalhador que ocupe cargo de administração ou direção, ou com funções de representação ou de responsabilidade (n. 2), o Instrumento de Regulamentação Coletiva ou o contrato de trabalho podem estender o prazo até o limite de seis meses. Já nos contratos a termo certo, o aviso-prévio será de 30 dias, salvo se o contrato tiver duração inferior a seis meses, quando então será de 15 dias (item n. 3).

Manifesto que ao lado da viabilidade que se concede ao trabalhador de pôr termo ao contrato recorrendo à denúncia, exige-se, salvo aquiescência de seu empregador - recomendada a obtenção por escrito -, o respeito à formalidade de concessão do aviso-prévio. É que o episódico incumprimento terá como corolário o dever de pagar ao empregador uma indenização de valor igual à retribuição base e diuturnidades correspondentes ao período de antecedência em falta, segundo a regra capitulada no art. 401º do CT⁸⁷. De se verificar que a previsão definida tanto trata da ausência total do aviso-prévio quanto de sua insuficiência. Este aspecto leva à outra conclusão: a denúncia, desprovida da concessão de aviso-prévio, é válida e eficaz; contudo, irregular⁸⁸⁻⁸⁹.

Ressalta-se que essa liberdade assegurada ao trabalhador quanto ao rompimento incondicional do contrato de trabalho poderá sofrer restrição, mediante o que se denomina **pacto de permanência**. Segundo o instituto previsto no art. 137º do Código do Trabalho⁹⁰, que, muito embora à primeira vista possa retratar contenção da liberdade de trabalho, na verdade apenas corresponde a um expediente contratual, dependente de convenção, através do qual a lei busca harmonizar as palpáveis perspectivas do empregador de se ressarcir dos investimentos que

⁸⁷**Art. 401º - Denúncia sem aviso prévio.** O trabalhador que não cumpra, total ou parcialmente, o prazo de aviso prévio estabelecido no artigo anterior deve pagar ao empregador uma indenização de valor igual à retribuição base e diuturnidades correspondentes ao período em falta, sem prejuízo de indenização por danos causados pela inobservância do prazo de aviso prévio ou de obrigação assumida em pacto de permanência.

⁸⁸AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 375.

⁸⁹MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 417.

⁹⁰**Art. 137º - Pacto de permanência.** 1. As partes podem convencionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional. 2. O trabalhador pode desobrigar-se do cumprimento do acordo previsto no número anterior mediante pagamento do montante correspondente às despesas nele referidas.

despendeu na formação profissional do trabalhador com aquela divulgada liberdade do trabalho.

Assinala-se que o pacto de permanência é limitado ao período de três anos, com a possibilidade de o empregado dele se desobrigar desde que efetue a restituição do montante correspondente ao que restou injetado na sua instrução, o que resulta na concreta contingência de quebra do pacto segundo sua conveniência. A lei estabelece o limite da indenização, fato que, por si só, simboliza proteção.

Noutra perspectiva, a lei também assegura ao trabalhador a possibilidade de arrependimento. Esta se encontra prevista no art. 402º do Código do Trabalho⁹¹ e garante ao trabalhador que, refletindo melhor sobre sua declaração unilateral de denúncia do contrato de trabalho e no contexto do termo assinalado, possa exercer o direito de arrependimento. Deverá, para tanto, comunicar a seu empregador. E, caso não possa assegurar a recepção da comunicação, deverá remetê-la por carta registrada com aviso de recebimento, no dia útil subsequente ao fim desse prazo. De igual modo, e na mesma oportunidade, deverá entregar ou colocar à disposição do empregador a totalidade do montante das compensações pecuniárias que recebeu em cumprimento do acordo, ou por efeito da cessação do contrato de trabalho⁹².

Ainda, da leitura do contido no mesmo preceito (CT, art. 402º), conclui-se que o trabalhador não terá direito ao exercício do direito de arrependimento, caso o pleito de denúncia contenha o reconhecimento notarial presencial de sua assinatura.

7.4 Extinção pela resolução (demissão com justa causa)

O enunciado em epígrafe será focalizado unicamente na cessação do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador. Assim, tem-se que a resolução pode ser entendida como a possibilidade conferida ao empregado, sempre que o empregador faltar culposamente ao cumprimento dos deveres que emergem do contrato de trabalho e sendo grave sua atuação, de poder resolvê-lo por justa causa de desvinculação⁹³. Sua hipótese de incidência está prevista no art. 394º do Estatuto do Trabalho⁹⁴

⁹¹**Art. 402º - Revogação da denúncia.** 1. O trabalhador pode revogar a denúncia do contrato, caso a sua assinatura constante desta não tenha reconhecimento notarial presencial, até ao sétimo dia seguinte à data em que a mesma chegar ao poder do empregador, mediante comunicação escrita dirigida a este. 2. É aplicável à revogação o disposto nos n. 2 ou 3 do art. 350º.

⁹²São os requisitos exigidos nos itens 2 e 3 do art. 350º do CT.

⁹³MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 482.

⁹⁴**Art. 394º - Justa causa de resolução.** 1. Ocorrendo justa causa, o trabalhador pode fazer cessar imediatamente o contrato. 2. Constituem justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador, nomeadamente, os seguintes comportamentos do empregador: a) falta culposa de pagamento pontual da retribuição; b) violação culposa de garantias legais ou convencionais do trabalhador; c) aplicação de sanção abusiva; d) falta culposa de condições de segurança e saúde no trabalho;

e autoriza o trabalhador a dissolver imediatamente o contrato de trabalho, de forma lícita. Desnecessário ao trabalhador, portanto, o cumprimento do aviso-prévio predito no art. 400º do CT, e já enfocado linhas atrás. A diferença da resolução para a denúncia é que a primeira consiste numa manifestação de vontade vinculada ou fundamentada⁹⁵.

São duas as modalidades para a cessação do contrato por iniciativa do trabalhador por justa causa: a justa causa subjetiva de demissão e a objetiva. A primeira delas encontra-se elencada, em números não taxativos, no item 2 do art. 394º, que se referem à reação pelo trabalhador em razão de um incumprimento ilícito e culposo do empregador, que possa violar seus direitos e garantias, compelindo-o a demitir-se. De outra banda, a justa causa objetiva, descrita no n. 3 daquele preceito, em *numerus clausus*, deriva da prática de ato lícito pelo empregador, consistente na alteração substancial e duradoura das condições de trabalho que não permita ao trabalhador continuar no serviço (p. ex., alteração de horário de trabalho); na prática de ato ilícito, mas não culposo do empregador (p. ex., a falta não culposa de pagamento pontual da retribuição); ou em circunstâncias alheias ao empregador e relacionadas com o próprio trabalhador (necessidade de cumprimento de obrigação legal incompatível com a continuação do contrato)⁹⁶. A ausência de quitação pontual da retribuição tanto pode caracterizar a justa causa subjetiva (n. 2, al. “a”) como a objetiva (n. 3, al. “c”), segundo exista culpa ou não do empregador⁹⁷.

Na ocorrência da justa causa, existem regras procedimentais que devem nortear o comportamento do trabalhador, as quais estão inseridas no art. 395º do CT⁹⁸. Deverá encaminhar ao empregador sua intenção em resolver o contrato, apresentando uma descrição sucinta dos fatos

e) lesão culposa de interesses patrimoniais sérios do trabalhador; f) ofensa à integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade do trabalhador, punível por lei, incluindo a prática de assédio denunciada ao serviço com competência inspetiva na área laboral, praticada pelo empregador ou seu representante. 3. Constituem ainda justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador: a) necessidade de cumprimento de obrigação legal incompatível com a continuação do contrato; b) alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador; c) falta não culposa de pagamento pontual da retribuição.

⁹⁵MARTINS, Pedro Furtado. **Cessação do contrato de trabalho**. 3. ed. revista e actualizada. Cascais: Princípia, 2012, p. 522.

⁹⁶MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 484-485.

⁹⁷Diante desta circunstância melhor seria que, ao revés da aparente taxatividade do art. 394º, existisse uma cláusula geral apta à regulação da matéria, sem a separação entre a justa causa subjetiva e a objetiva.

⁹⁸**Art. 395º - Procedimento para resolução de contrato pelo trabalhador.** 1. O trabalhador deve comunicar a resolução do contrato ao empregador, por escrito, com indicação sucinta dos factos que a justificam, nos 30 dias subsequentes ao conhecimento dos factos. 2. No caso a que se refere o n. 5 do artigo anterior, o prazo para resolução conta-se a partir do termo do período de 60 dias ou da declaração do empregador. 3. Se o fundamento da resolução for o referido na alínea a) do n. 3 do artigo anterior, a comunicação deve ser feita logo que possível. 4. O empregador pode exigir que a assinatura do trabalhador constante da declaração de resolução tenha reconhecimento notarial presencial, devendo, neste caso, mediar um período não superior a 60 dias entre a data do reconhecimento e a da cessação do contrato.

que a embasam, no trintídio que sucede ao conhecimento daqueles tidos por fundamentadores da justa causa, sob pena de caducidade. O desrespeito ao dispositivo de lei não acarreta a invalidade da ruptura, mas tão somente a sua irregularidade⁹⁹.

Verificando-se a resolução do contrato com fundamento na justa causa subjetiva, o trabalhador fará jus a uma indenização, cujo *quantum* também é estipulado na norma vigente¹⁰⁰, inclusive com possibilidade de ser reembolsado pelos danos não patrimoniais sofridos. No entanto, não se provando a justa causa, que em princípio lhe incumbe demonstrar porquanto retrata fato constitutivo de seu direito, a resolução será considerada ilícita, conferindo ao empregador o direito a uma indenização pelos danos que suportou (CT, art. 399^o), montante esse calculado com base no art. 401^o do mesmo diploma, apontada a resolução como irregular, mas não inválida, pelo que não haverá reconstituição da relação laboral em razão da observância ao princípio constitucional da liberdade de trabalho e profissão.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cessação do contrato de trabalho mantido entre trabalhador e entidade empregadora tem como primordial consequência a válida extinção das obrigações assumidas por ambas as partes no que diz respeito ao cumprimento do pacto celebrado, muito embora possa resultar na constituição de certas outras prestações.

Com efeito, não é toda e qualquer contratação que merece a proteção do Direito do Trabalho. Por essa razão é que questões distintas restaram enfrentadas, como, por exemplo, a definição de contrato de trabalho, seus elementos básicos e algumas características. Somente estas mesmas perquirições não seriam suficientes. Por isso, de igual modo, logrou-se também declinar e efetivamente apontar quais os requisitos necessários e que deveriam ser observados para a formação do contrato laboral.

Se a premissa básica é que somente os contratos de trabalho subordinados são regidos pela legislação obreira, deflui como imbatível

⁹⁹AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016, p. 386.

¹⁰⁰**Art. 396º - Indemnização devida ao trabalhador.** 1. Em caso de resolução do contrato com fundamento em facto previsto no n. 2 do art. 394º, o trabalhador tem direito a indemnização, a determinar entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, atendendo ao valor da retribuição e ao grau da ilicitude do comportamento do empregador, não podendo ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades. 2. No caso de fracção de ano de antiguidade, o valor da indemnização é calculado proporcionalmente. 3. O valor da indemnização pode ser superior ao que resultaria da aplicação do n. 1 sempre que o trabalhador sofra danos patrimoniais e não patrimoniais de montante mais elevado. 4. No caso de contrato a termo, a indemnização não pode ser inferior ao valor das retribuições vincendas.

argumento que haveria necessidade de se apresentar elementos para a diferenciação entre o trabalho autônomo e o dependente. Aliás, deve-se reiterar aqui que a subordinação jurídica, de fato, é mesmo o principal critério apto a identificar a modalidade de pacto que as partes lograram instrumentalizar, se de trabalho ou não.

No que se refere às características do pacto de *labuta* propriamente ditas, enfoque especial foi outorgado em razão de seu caráter **duradouro**, cuja execução se protraí no tempo, e seu cumprimento se perfaz numa sucessão de atos escalonados ao longo do período, sem que se possa confundi-lo como contrato perpétuo. Com efeito, garante-se ao trabalhador a ideia de liberdade pessoal e do trabalho.

Quanto à formação, declinou-se a imperiosa necessidade de observância da capacidade das partes, com a distinção da jurídica e daquela atinente ao exercício. Também, a idoneidade do objeto, no sentido de demonstrar que a atividade desenvolvida deve ser lícita e não atentatória aos bons costumes. E, finalmente, precedentemente à análise das modalidades de cessação, enfrentou-se o tema da invalidade do contrato.

Com respeito à matéria fulcral, foram indicadas as causas de cessação do contrato de trabalho, tais como a **caducidade**, que determina a extinção daquele em função do decurso do tempo ou da ocorrência de fato superveniente, com minuciosa apresentação dos dispositivos legais constantes do Código do Trabalho que disciplinam a matéria, e no intuito de patrocinar a sua exata compreensão.

A mesma cautela restou adotada para erudição do instituto da revogação, também identificada como extinção por mútuo acordo, com enfoque especial na aplicação do princípio da autonomia da vontade, mas sempre com a preocupação de que o trabalhador não seja preterido em nenhum de seus direitos, e que não haja prática de fraudes. Destacou-se, também, a existência de um verdadeiro direito de arrependimento assegurado em favor do trabalhador, visando à cessação unilateral do acordo de revogação do contrato de trabalho, desde que cumpridas, em tempo próprio, as formalidades exigidas pela lei.

A **denúncia**, tida por demissão *ad nutum*, por representar ato discricionário do trabalhador, e apta para garantia de seu direito de liberdade pessoal e de trabalho, também restou contemplada. O trabalhador, senhor de suas convicções, a qualquer momento, desde que manifeste sua vontade livremente, e, portanto, isento de qualquer vício de consentimento, pode colocar fim ao pacto de emprego, buscando melhor e mais vantajosa colocação no mercado de trabalho. Nesse tópico, o **pacto de permanência** foi versado. Explicitou-se, com fundamento no Estatuto do Trabalho, a razão de sua existência, bem como a extensão.

Outrossim, foi alvo de averiguação a extinção do contrato de trabalho pela **resolução**, todavia, unicamente aquela perpetrada por

iniciativa do trabalhador. Sua ocorrência, consoante apurado, está conectada com a ausência culposa do empregador no tocante ao cumprimento das obrigações contratuais, autorizando a dissolução do contrato por justa causa (subjéctiva ou objectiva) pelo trabalhador, a qual poderá ser alvo de apreciação pelo Poder Judiciário, para aquilatar se se encontra correctamente aplicada ou não.

Em derradeira fala, tem-se que o trabalhador português de um modo geral, embora outra seja a realidade cultural daquele país inobstante a crise económica parecida com a vivenciada no Brasil, encontra-se efectivamente mais protegido do que o brasileiro, especialmente no tocante ao rompimento do contrato de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. **Revista Themis**, Lisboa, n. 4, ano II, 2001.
- ABRANTES, José João. O código do trabalho e a constituição. **Questões Laborais**, Coimbra, n. 22, ano X, 2003.
- ALMEIDA, Joana. Do art. 348º do CT à luz do direito comunitário. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, n. 3-4, p. 117-165, jul./dez. 2009.
- AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. V. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 1997.
- FERNANDES, António Monteiro. Aspectos gerais do código do trabalho revisto. **Boletim da Ordem dos Advogados**, Lisboa, n. 53, abr. 2009.
- FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. Instituto do Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2002.

- MARTINS, Pedro Furtado. **Cessação do contrato de trabalho**. 3. ed. revista e actualizada. Cascais: Príncípia, 2012.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das obrigações**. V. I - Introdução. Da constituição das obrigações. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito do trabalho**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. **Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Parte II - Situações Laborais Individuais. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2004.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014.

SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: diálogo com Castanheira Neves

“BINDING JUDICIAL PRECEDENTS” AND BINDING PRECEDENTS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: dialogue with Castanheira Neves

FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes*

Resumo: Dedicar-se este trabalho à análise das súmulas e precedentes vinculantes vigentes no ordenamento processual brasileiro, problematizando-os a partir de um diálogo com o jurisprudencialismo de Castanheira Neves. Objetiva-se um contributo no estudo desses institutos, num olhar para além da dogmática, mas nas suas implicações metodológicas, dentre as quais, a compreensão do “efeito vinculante”, a metodologia dos precedentes e o equilíbrio entre a estabilidade e a evolução do direito.

Palavras-chave: Súmulas vinculantes. Precedentes vinculantes. Jurisprudencialismo. Metodologia. Fontes do direito.

Abstract: This work is devoted to the analysis of “binding judicial precedents” and binding precedents in force in Brazilian procedural framework, problematizing them from a dialogue with the jurisprudentialism of Castanheira Neves. The aim is to contribute to the study of these institutes, in a look beyond dogmatics, but in their methodological implications, among which, the understanding of the “binding effect”, the methodology of the precedents and the balance between stability and the evolution of law.

Keywords: “Binding judicial precedents”. Binding precedents. Jurisprudentialism. Methodology. Sources of law.

*Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Mestranda na menção Ciências Jurídico Empresariais Laborais na Universidade de Coimbra (uc2017180781@student.uc.pt). Texto adaptado do *paper* apresentado na disciplina **Metodologia do Direito**, sob orientação da Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos no Brasil, a preocupação com estabilidade e uniformidade da jurisprudência¹ acentuou-se, contextualizada (ou justificada) pela crescente litigiosidade, recorribilidade e reclamos (legítimos e/ou ideologicamente construídos) por uma maior segurança jurídica, levando-se a uma série de reformas processuais que culminaram com a instituição de padrões decisórios² obrigatórios em sentido forte³ (as súmulas e os precedentes). A estabilidade e uniformidade, assumidas explicitamente com as súmulas e precedentes, foram sintetizadas em uma denominada “cláusula geral da segurança jurídica”⁴, que positiva a axiologia orientadora das reformas, “seu espírito” que se pauta pela racionalidade e coerência do sistema, expressa no art. 926, *caput*, do CPC⁵.

Referido contexto, naturalmente, ecoou nas esferas doutrinária e institucional, ensejando estudos *jus-comparatísticos* sobre tradições jurídicas, técnicas processuais e questionamentos sobre a independência judicial, dentre outros. Neste percurso, no entanto, apenas tangenciaremos sobre tais assuntos, concentrando-nos preponderantemente no sentido e implicações metodológicas da uniformização da jurisprudência e sua análise metadogmática num diálogo crítico-reflexivo com o jurisprudencialismo de Castanheira Neves, que se centra na concepção do direito como uma validade axiológica fundamentante-constitutiva em uma experiência teleologicamente prática de realização judicativo-decisória, ou seja, nas dimensões validade e metodológica interligadas em uma “circularidade constitutiva”⁶.

Para tanto, desenvolveremos três linhas de investigação: a) o reconhecimento (ou não) de um poder de criação do direito pelo juiz e o *status* ou “força” com que essa decisão é assumida pelo direito, a partir da concepção jurisprudencialista centrada nos polos problema-sistema e no contexto de realização-concretização de uma validade juridicamente

¹Empregaremos jurisprudência como gênero, compreendendo três espécies distintas: súmulas, teses jurídicas e precedentes.

²CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013, também emprega o termo “padrões decisórios”.

³BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 307.

⁴PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 405-435, set. 2016.

⁵Cláusula que nitidamente se “inspira” em alguns “pilares” do pensamento de Dworkin, restando averiguar se há realmente correlação, o que não caberia, no entanto, neste percurso.

⁶LINHARES, José Manuel Aroso. Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e diferença. In: COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, Antonio Sá. **Teoria do direito**: direito interrogado hoje - o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012a, p. 110-113.

relevante⁷; b) a adequação entre a intencionalidade material-axiológica objetivada pela adoção de uma uniformização da jurisprudência e as súmulas e precedentes (nos moldes positivados); c) a metodologia dos precedentes, com enfoque no possível conflito entre a compreensão do direito como um sistema aberto que vai se formando a cada caso novo⁸ e a doutrina do *stare decisis*.

2 A JURISPRUDÊNCIA ENQUANTO MATRIZ CONSTITUINTE DO DIREITO⁹

Distintos contributos atuam para o reconhecimento ou não da jurisprudência enquanto “fonte” do direito e a “força” que lhe é atribuída. Mesmo no *common law* não há total convergência. Vários fatores influenciaram distinções entre os sistemas inglês e americano no reconhecimento do “poder” (teorias declaratória e constitutiva) dos tribunais de criarem leis a partir de casos (*judge-made law*). Por mitigação do positivismo¹⁰, pela influência do realismo jurídico¹¹, a *ajudication* é mais extensiva nos EUA e é menos rigorosa a “doutrina” do *stare decisis* (se comparada com o sistema inglês, em razão da influência das teorias declaratória e positivista que predominaram fortemente naquele pensamento, especialmente durante os Séculos XIX e XX)¹².

O *civil law* trilhou caminhos distintos de sua origem. Desenvolveu-se a partir do direito romano (método casuístico e direito jurisprudencial¹³) e dele se dissociou ao ser racionalizado pela codificação (*statute law*) incrementado pelo cientificismo propugnado pelas Escolas

⁷LINHARES, José Manuel Aroso. Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In: CORREIA, F. A.; MACHADO, J. E. M.; LOUREIRO, J. C. (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. V. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b, p. 414.

⁸DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 412.

⁹NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. In: NEVES, A. Castanheira. **Digesta**. V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 10-15.

¹⁰BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 482-483.

¹¹Summers descreve parte da decisão do Juiz Fuld que retrata aquela concepção nas Cortes dos EUA (Nova York) no julgamento *Bing v. Thuning*, (1957). *Op. cit.*, p. 373. No mesmo sentido, CARDOZO, Benjamin N. **The nature of judicial process**. New Haven, CT: Yale University press, 1921, p. 150. Disponível em: <https://archive.org/stream/natureofthejudic008454mbp#page/n7/mode/2up/search/principles>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹²BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 334; BANKOWSKI, Zenon *et al.* *Op. cit.*, p. 481-482.

¹³VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**. Padova: CEDAM, 2006, p. 264.

da Exegese e Histórica e o positivismo (paradigma da legalidade)¹⁴. Tais influências implicaram no surgimento de um pensamento lógico-abstrato, com a dissociação entre a doutrina e a práxis com ênfase na primeira, artificializando-se a fronteira entre o direito e os fatos¹⁵. A tal conjuntura associou-se uma estrita separação de poderes, o que permitiu a adoção de uma “teoria das fontes hierarquizada”¹⁶ centrada na lei e resguardada no estabelecimento de um sistema jurídico fechado, em uma unidade imanente, seguramente replicado por uma “aplicação dedutivo-subsumtiva”¹⁷ dissociando os atos de realização e interpretação, contexto que ensejou o entendimento de que à jurisprudência era reservado um papel meramente subsidiário.

No ordenamento brasileiro, inserido na tradição do *civil law*, por certo, não ocorreu de forma distinta. Sem ignorar os embates filosóficos e metodológicos que o tema suscita¹⁸, sempre foi reconhecido à jurisprudência um *status* de “fonte”, ou seja, uma constituinte criação material do direito pela “mediação jurídico decisória [...] através de concretos juízos decisórios [...]” (NEVES, 1995, p. 32). Entretanto, diante do contexto institucional e teorias jurídico-dogmáticas dominantes que influenciam a própria compreensão do direito¹⁹, assimilou-se, como dito, um papel meramente secundário à jurisprudência e a obtenção de um grau mais acentuado de eficácia, permitindo transitar-se do efeito meramente persuasivo ao “vinculante”²⁰, deveu-se sempre à lei que, em determinadas conjunturas, conferiu maior intensidade aos princípios formais da segurança jurídica e previsibilidade²¹ (a vinculação dita “fática” sempre se identificou, mas pautada numa “certa maleabilidade”)²².

¹⁴NEVES, A. Castanheira. Jurisprudencialismo: uma reconstituição crítica do sentido e autonomia do direito. In: COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, Antonio Sá. **Teoria do direito: direito interrogado hoje - o jurisprudencialismo: uma resposta possível?** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012a, p. 16.

¹⁵DAVID, 2002, p. 107; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 57-60.

¹⁶FERRAZ JR. 2001, p. 72.

¹⁷NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, reimpressão, p. 288.

¹⁸BRONZE, Fernando José. A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico. **Studia Iuridica**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 3, 1994, p. 578.

¹⁹BUSTAMANTE, 2012, p. 283, 321-322.

²⁰PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Judicial rulings with prospective effect in brazilian law. In: STEINER, Eva (Coord.). **Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**. V. 3. Cham: Springer, 2015, p. 287-288.

²¹BUSTAMANTE, 2012, p. 307.

²²Nesse sentido, decisão proferida pelo STF no *leading case* referente à demarcação das terras indígenas (RMS 29.087) em voto da lavra do M. Roberto Barroso, apontando para superação da jurisprudência do STF o “[...] elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões [...]”.

Metodologicamente, problematizada a questão sob a ótica do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, a jurisprudência representa uma concreta realização do direito, por meio do qual vai inferindo pela “generalização integrante de suas *rationes decidendi*, normas, *topoi* normativos, princípios normativos-jurídicos e mesmo institutos jurídicos, enquanto explicitações dogmáticas das intenções normativas que as informam como seus pressupostos fundamentantes” (NEVES, 1995, p. 70), ensejando uma objetivação normativo-dogmática, integrando-a ao *corpus iuris*²³ e implicando o reconhecimento à jurisprudência um “tipo fundamental da experiência constituinte do direito” (NEVES, 1995, p. 15) material e intencionalmente ao se lhe reconhecer uma validade, enquanto realização prático-prudencial-argumentativa de um sentido axiológico, recompondo analogicamente a juridicidade vigente²⁴, os valores, intenções regulativas e princípios que são assumidos pelo direito como *constituens* da unidade regulativa e do sistema²⁵. Daí decorre que a jurisprudência impõe-se como matriz constituinte “fonte de juridicidade”, condição que lhe enseja uma “vinculatividade” não apenas por fatores normativos-institucionais, mas, por conta de sua *auctoritas* ao assimilar uma validade constituinte axiológica constitutiva-concretizadora da práxis, ensejando-lhe uma presunção de justiça (prático-constituinte e por seus fundamentos)²⁶. E, a partir de uma intencionalidade vista do caso concreto decidendo, que lhe restaura a normatividade constituinte no tratamento de casos análogos, advém a esta jurisprudência, até então numa partilhada vinculação²⁷, com os demais critérios de um sistema “multicamadas”²⁸, a prioridade metodológica²⁹.

Transportando-nos para o contexto do ordenamento jurídico brasileiro, onde predomina uma organização jurídica pautada em uma visão tradicional da teoria das fontes, justifica-se dogmática e institucionalmente o tratamento de destaque dado pelo legislador aos valores e

²³NEVES, 1995, p. 88-89.

²⁴BRONZE, 1994, p. 590.

²⁵NEVES, A. Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, Número Especial - Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro, 1979, p. 176.

²⁶LINHARES, José Manuel Aroso; SIMÕES, Ana Gaudêncio. The portuguese experience of judge made-law and the possibility of prospective intentions and effects. In: STEINER, Eva (Coord.). **Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions**. *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*. V. 3. Cham: Springer, 2015, p. 195.

²⁷LINHARES, 2012b, p. 398.

²⁸LINHARES; SIMÕES, 2015, p. 196.

²⁹Compreende-se, embora por fatores distintos (institucionais, culturais etc.), a sobrevivência da tradição jurídica do *common law* durante anos sem a invocação da obrigatoriedade dos precedentes, o que somente ocorreu no Séc. XIX, quando, por influência de concepções positivistas despontou-se a adoção da *stare decisis* (BANKOWSKI; MACCORMICK; MORAWSKI; MIGUEL, 1997, p. 482). Referem os autores que esta influência decorreu especialmente por parte de Jeremy Bentham, o “pai” do positivismo inglês, que foi particularmente forte em suas críticas ao “poder de Juiz e Cia.”

princípios que guiaram as reformas processuais, sintetizados no art. 926 do CPC. Tal contexto metodologicamente implica numa distinta ênfase a estes princípios, ensejando uma pressuposta vinculação e “força” à jurisprudência como “fonte” obrigatória, mas que, no entanto, se subordina a um momento reconstitutivo de validade material e identidade analógico-concreta³⁰, tomado em referência ao caso decidendo, permitindo a concretização axiológico-material da igualdade e Justiça, implicando na assimilação ou adaptação da jurisprudência, se coincidente com aquela prioridade, seu afastamento em caso negativo ou sua superação, situações que imporão um específico e distinto ônus argumentativo.

3 SISTEMÁTICA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA “VINCULANTE”

Compreendido o *status* conferido à jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, circunstâncias distintas, ao longo dos tempos, influenciaram o legislador a conferir maior ou menor preponderância à estabilidade e uniformidade³¹. No entanto, o porte das últimas alterações legislativas voltadas à uniformização e estabilização da jurisprudência, que alteraram significativamente a sistemática processual, mediante a institucionalização de uma sistemática de padrões decisórios vinculantes

³⁰BRONZE, Fernando José. “Continentalização” do direito inglês ou “insularização” do direito continental. 1982. Dissertação. (Pós-graduação em Ciências Jurídico-comparatísticas)-Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1982, p. 210.

³¹Sem ignorar a fase Colônia, as decisões régias de eficácia obrigatória previstas nas Ordenações e as proferidas pela Casa da Suplicação, centremo-nos nos Decretos n. 738, de 25.11.1850, e n. 2.684, de 23.10.1875, que transplantaram o instituto dos assentos, oriundos de Portugal, “fontes obrigatórias” em sentido forte, sucedido pelos prejulgados, embora já sem força vinculativa, no âmbito do processo civil e destinados essencialmente a obstar recurso mediante a uniformização prévia da jurisprudência. Em 1946 os prejulgados ressurgiram e passaram a vigor no âmbito do processo do trabalho, com força vinculante verticalmente aos demais órgãos daquele ramo, o que ocorreu até 12.5.1977, quando o STF declarou não recepcionada sua “eficácia normativa”. Sob o pálio de uma nova ordem jurídica constitucional (CF/1988), desde 1993 identificam-se efeitos vinculantes nos julgamentos proferidos com eficácia *erga omnes* pelo STF em controle direto de (in)constitucionalidade, e em 2004, com a EC n. 45, representativa de uma onda de reformas, não apenas processuais, mas também “estruturais”, instituiu-se uma súmula impositiva de uma “vinculação normativo-jurídica [...] uma *binding authority*” vertical expansiva, atingindo não apenas o Judiciário, mas também a Administração Pública. Infraconstitucionalmente, caminhou-se da instituição de critérios mais rígidos para a admissão de recursos por meio de pressupostos processuais pautados em cláusulas abertas, como a transcendentalidade ou repercussão geral, sumarização de procedimentos, como a rejeição liminar de pedidos e concessão de maiores poderes ao relator para monocraticamente rejeitar recurso quando contrário à jurisprudência dominante no respectivo tribunal (TST, STJ e STF), para a institucionalização de uma sistemática de padrões decisórios vinculantes. In: SOUZA, Marcos Seixas. Os precedentes judiciais e os assentos da casa da suplicação em Portugal: eficácia, vinculatividade e publicação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 533-566, jun. 2017. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 27 abr. 2018; CÂMARA, 2018, p. 116-117; BUSTAMANTE, 2012, p. 307; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. **Revista Justitia**, São Paulo, ano XXXIV, n. 74, p. 115-143, 1. trim. 1972. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.

expressa no art. 927 do CPC³², que completa aquela prevista na legislação processual trabalhista³³, levaram parte da doutrina a sustentar que o ordenamento brasileiro já não mais se inseria na tradição do *civil law* ou até mesmo uma espécie de “commonlização” do direito³⁴.

Salientando que este trabalho não tem pretensão *jus-comparatística*, mister enfatizar que há muito tem se constatado uma tendência de convergência mais acentuada entre os sistemas jurídicos³⁵, denominada por Taruffo de “interferências horizontais”³⁶. Tanto que metodologicamente, como vimos, há semelhanças na eficácia vinculante (material e não apenas formal) da jurisprudência e uma certa confluência nas racionalidades, retomando parcialmente o *civil law* suas origens da “*norma casística*”³⁷. Isso, entretanto, não implica mudança da tradição jurídica, que corresponde a uma certa compreensão historicamente construída numa sociedade acerca do Direito (influenciada por fatores políticos, institucionais, culturais)³⁸.

Dito isso, no ordenamento processual brasileiro identificam-se três espécies de padrões decisórios de eficácia vinculante, nos interessando, na correlação com a temática deste percurso, os dois últimos: decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de (in)constitucionalidade, súmulas vinculantes e precedentes vinculantes:

a) Súmulas vinculantes: as súmulas vinculantes, inseridas no ordenamento pela Emenda n. 45/2004, foram instituídas com a intenção de resguardar:

³²O art. 927 arrola várias decisões que serão observadas pelos juízes e os tribunais, entretanto, infere-se da sistemática da legislação processual que nem todas foram concebidas como “vinculantes”.

³³Na contramão da uniformização e estabilização da jurisprudência, a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) voltou-se, dentre outros pontos, justamente para o incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ) inserido pela Lei n. 13.105/2015 no processo do trabalho nos seguintes termos: a) revogou os preceitos que o regulamentavam (embora apliquem-se subsidiariamente as normas do CPC que regulamentam a edição de precedentes vinculantes); b) à revogação associou procedimento extremamente dificultoso - ante a qualificação do *quorum* de votação e número de sessões exigidas - para a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme; c) impôs a previsão de que as “súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo TST e pelos TRTs não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Não cabendo no âmbito deste percurso desenvolver mais detidamente a questão, para compreender a mudança é necessário fixar-se inicialmente o triplo viés da reforma que se direcionou: a) às normas de direito material, b) às normas de direito processual, e c) às restrições à interpretação jurídica, com notórios reflexos institucionais e metodológicos.

³⁴STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 9.

³⁵SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 2-3.

³⁶TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *Civil law* e *Common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003; **Doutrinas essenciais de processo civil**. V. 9, p. 1001-1021, out. 2011. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 2 maio 2018.

³⁷VACCA, 2006, p. 89-91.

³⁸CÂMARA, 2018, p. 53.

[...] a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. (Art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006).

A Lei n. 11.417/2006 regulamenta o processo de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, admitindo-se a intervenção de terceiros na questão. Uma vez editadas, têm eficácia imediata, mas o STF, por decisão de 2/3 de seus membros, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, poderá restringir os seus “efeitos vinculantes”, conferindo-lhe efeito prospectivo. Há previsão de medida (cujas natureza jurídica transita na doutrina e jurisprudência entre direito de petição ou ação³⁹), reclamação constitucional, destinada a se assegurar a autoridade do enunciado da súmula vinculante, uma vez alegado seu descumprimento (*defiance*). Acolhida a reclamação pelo STF, será cassada “a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará[da] medida adequada à solução da controvérsia” (art. 992 do CPC), e em se tratando de decisão proferida no âmbito administrativo, dar-se-á:

[...] ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. (Art. 9º da Lei n. 11.417/2006).

b) Precedentes vinculantes: as reformas processuais caminharam no sentido de instituir uma espécie de microssistema de precedentes vinculantes que podem ser classificados da seguinte forma: 1) incidentes de resolução de demandas repetitivas; 2) incidentes de assunção de competência, e 3) recursos repetitivos.

b.1) Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): Previsto no art. 976 do CPC, trata-se de “mecanismo processual coletivo proposto para uniformização e fixação de tese jurídica repetitiva”

³⁹MAGALHÃES, Breno Baía. Considerações acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais:** direito constitucional, processo constitucional. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1847-1871, 2015. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 26 abr. 2018; MACEDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 234, ago. 2014, p. 480 (que sustenta o entendimento de que se trata de uma ação).

(ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 221-242) sobre “questões idênticas de direito” ou “demandas isomórficas”⁴⁰ que representem, segundo previsão normativa, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁴¹. Prevê o art. 979 do CPC um procedimento específico para a instauração e julgamento do incidente que redundará em uma “comparticipação qualificada pela ampliação subjetiva do contraditório” (CÂMARA, 2018, p. 227) de interessados que serão afetados pela tese, com a possibilidade de designação de audiência pública (art. 983, § 1º, do CPC), oitiva de depoimentos de pessoas com experiência técnica e distinto conhecimento sobre a matéria. Uma vez julgado o incidente, a “tese jurídica” será “aplicada” horizontal e verticalmente aos demais processos, presentes, estejam ou não “afetados”, e aos futuros casos que versem sobre idêntica “questão de direito” (art. 985 do CPC), hipótese na qual “o juiz, independentemente da citação do réu, julgará⁴² liminarmente improcedente o pedido” (art. 332 do CPC), disposição que também se aplica às súmulas (art. 332, I) e recursos repetitivos (art. 332, II). Prevê a legislação processual o cabimento de reclamação:

[...] da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. (Art. 988, IV).

Admite-se ainda a concessão pelo STF de repercussão geral a questão constitucional eventualmente discutida na apreciação de recurso extraordinário contra decisão proferida em IRDR, hipótese na qual a “tese jurídica” (efeito multiplicador do crivo de admissibilidade-relevância) será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica “questão de direito” que estejam afetados ou como “filtro” de futuros recursos.

b.2) Incidente de assunção de competência (IAC): Previsto no art. 947 do CPC, diferentemente do IRDR, não (necessariamente) envolve multiplicidade de processos, possibilitando, nas causas que envolvam o

⁴⁰CÂMARA, 2018, p. 188.

⁴¹Inspirado no procedimento alemão denominado de *Musterverfahren*. Por todos, SCHIMITZ, Leonard Z.; FALLEIROS, Carolina T. O que a experiência do procedimento-modelo alemão tem a ensinar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo CPC. *Academia*. [S. d.]. Disponível em: https://www.academia.edu/19105609/O_que_a_experi%C3%Aancia_do_Procedimento-modelo_alem%C3%A3o_tem_a_ensinar_ao_Incidente_de_Resolu%C3%A7%C3%A3o_de_Demandas_Repetitivas_do_Novo_CPC. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁴²[leia-se, poderá julgar].

risco de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal ou relevante questão de direito, com grande repercussão social, o deslocamento da competência do órgão fracionário (câmara ou turma) para o órgão colegiado que o regimento indicar para o julgamento de recurso, remessa ou reexame necessário ou de processo de competência originária. Segundo previsto no § 3º do artigo citado, o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, admitindo-se o julgamento liminar pelos órgãos de 1º grau, das causas que contrariarem o entendimento firmado no incidente (art. 332, III, do CPC).

b.3) Recurso repetitivo (RR): Previsto nos arts. 1.036 do CPC e 896-B da CLT, assemelha-se ao IRDR, porém, a multiplicidade refere-se a recursos extraordinários, especiais ou de revista com fundamento em idêntica “questão de direito”, hipótese na qual serão selecionados recursos “por amostragem”, assim considerados os recursos representativos da controvérsia, que contenham abrangentes argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. Referidos recursos serão encaminhados ao STF, ao STJ ou TST para fins de afetação (identificação da questão a ser submetida a julgamento, seleção de processos para julgamento, determinação de sobrestamento dos demais processos pendentes que versem sobre idêntica questão). Tal qual o IRDR, há a previsão de um contraditório participativo (art. 1.038). À decisão, será conferido um “efeito multiplicador” vinculativo (horizontal e vertical) e conforme a hipótese, os órgãos colegiados declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão “aplicando” a tese firmada (art. 1.039 do CPC), e os juízes sentenciarão (liminarmente ou ao término de regular instrução) também aplicando a tese.

4 SENTIDO INSTITUCIONAL-METODOLÓGICO DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

As súmulas decorreram de um contexto de reformas estruturais e processuais, que se iniciaram em 1992. Naqueles idos declaradamente visava-se modernizar o Judiciário, pautando-se na “racionalidade” e “eficiência” do sistema, intencionalidade também condutora das atuais reformas processuais que culminaram com a institucionalização dos precedentes vinculantes. Destacam-se, ainda, outros aspectos como fios condutores das reformas, como uma maior produtividade, previsibilidade e a uniformidade decisória⁴³. Em específico com relação à uniformidade

⁴³É “comum” apoiando-se no dissenso jurisprudencial, manifestações no sentido de que o Brasil vive uma “jurisprudência lotérica” (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001).

decorrente da controvérsia hermenêutica⁴⁴ (ponto que mais nos interessa neste percurso e, evidentemente, não totalmente contornável com a instituição de padrões vinculantes, até porque a uniformização não afasta a interpretação - problema prático, teleológico, normativo - e nem se confunde com a liberdade de “interpretar” a lei, não no sentido de se considerar uma decisão juridicamente válida numa pluralidade de decisões possíveis, todas igualmente válidas do ponto de vista jurídico⁴⁵), somente podemos compreender que a intenção de se conferir a uniformidade e estabilidade jurisprudencial por meio de uma sistemática de precedentes, reconhecível enquanto tal, tem por escopo uma coerência e unidade “interpretativas” pautadas na igualdade de tratamento, e os valores formais da certeza e segurança do direito.

Entretanto, a desejável “unidade interpretativa” só se justifica em casos análogos, não apenas no aspecto formal, mas material-axiológico. Portanto, a intenção de uniformizar a jurisprudência há que se pautar pela igualdade material-axiológica, que se dá perante o direito (art. 5º, I, da CF). Decorre, a imprescindibilidade em se compreender e interpretar reconstitutivamente o direito como uma unidade ou integridade⁴⁶ que, numa dialética entre a individualidade-universalidade, vai assimilando ambas, no sentido de se obter a uniformização e igualdade de tratamento, mas sem ignorar as especificidades do caso concreto, mediante um juízo analógico-dialógico de distinções, não prescindindo para sua legitimação uma fundamentação adequada.

E ainda, não é possível compreendermos criticamente e adequadamente o sentido da intencionalidade de uma uniformização da jurisprudência sem nos concentrarmos em como é assumida pelo direito a relação entre segurança (consistente na estabilização das expectativas e previsibilidade) e Justiça⁴⁷. A segurança, e portanto, a certeza jurídica, pode ser vista de duas formas distintas pelo ordenamento: a) assimilação à legalidade e esta à Justiça, num estrito positivismo jusracionalista⁴⁸ onde a certeza “apresenta-se como o valor decisivo, senão absoluto, como

⁴⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 37-39.

⁴⁵Ponto no qual, a aspirada e desejável unitária decisão correta (no sentido de integridade e Justiça) na concepção de Dworkin do Juiz Hércules seja atingida (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999), ou pelo menos se alcance, na ótica discursiva de Aarnio, a melhor justificativa possível (AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 8, p. 23-38, 1990. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (2001). Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-tesis-de-la-nica-respuesta-correcta-y-el-principio-regulativo-del-ra-zonamiento-juridico-0/>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴⁶DWORKIN, 1999, p. 272-273.

⁴⁷BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 611, 15ª lição.

⁴⁸BRONZE, 2006, p. 617.

o próprio *definiens* axiológico do direito” (NEVES, 2014b, p. 37), ou no sentido conferido por Castanheira Neves como b) assimilação da certeza à Justiça como uma intenção normativo-material e que associa a esta a estabilidade “sustentada pela validade material das intenções normativas que realiza” (NEVES, 2014b, p. 38), o que pressupõe uma contínua referência a valores e princípios que são assumidos pelo direito, como *constituens* da unidade regulativa e de um sistema jurídico pluridimensional que assimile uma normatividade bem mais ampla do que aquela das normas legais, conferindo certeza à justiça tornada certa (estável). Nesta dualidade, acompanhamos Castanheira Neves, que a almejada estabilidade só se sustenta quando apoiada nas intenções axiológicas que lhe dão validade, ou seja, numa razoabilidade ou adequação social de seus fundamentos⁴⁹, de forma que a estabilidade da jurisprudência encontra justificação menos na razão formal de servir à segurança do que na certeza material⁵⁰, pressupondo que se considerem as variabilidades dos problemas, permitindo uma juridicidade problemática e não meramente dedutiva, com a realização normativo-concreta do critério constitutivo⁵¹, num *continuum* “novos problemas”, e correlativo ao enriquecimento do contexto intencional, superando-se o problema, conferindo-se um novo sentido ao sistema.

O que significa, portanto, que a uniformização não se traduz em fixidez, completa estagnação ou na observância cega aos precedentes, mas na análise de novos problemas dentro de contextos fáticos e de juridicidade distintos e específicos sob o olhar que os problemas intencionam, para, se for o caso, deles se dissociar, embora sob um adequado ônus de contra-argumentação⁵², implicando, consoante Bronze, a necessidade de se adotar uma certa “flexibilidade” na interpretação, quer pelo apuramento da *ratio decidendi* vinculativa, quer pela determinação da exata medida dos novos casos em confronto, num *distinguishing*, afastando um precedente prima mobilizável, mas circunstancialmente inadequado⁵³, ou numa superação (*overruling*)⁵⁴.

⁴⁹NEVES, 2014b, p. 222.

⁵⁰NEVES, 2014b, p. 222.

⁵¹NEVES, 2014b, p. 39-40.

⁵²ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

⁵³BRONZE, Fernando José. O sentido metodológico do precedente. In: COLÓQUIO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 2., 2017, Coimbra, **Palestra**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nov. 2017.

⁵⁴Outra não foi a diretriz da legislação processual ao prever no art. 489, § 1º, inciso VI, que não se considera fundamentada decisão que “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”.

5 SÚMULAS E “TESES JURÍDICAS VINCULANTES” (VISTAS COMO CONSTRUÇÕES GERAIS-ABSTRATAS)

As súmulas, como já mencionado, foram inseridas no ordenamento pela Emenda n. 45/2004. Num *dejà vu* identificam-se similaridades inconfundíveis entre estas e os antigos assentos que vigoraram no Brasil no Séc. XIX e no ordenamento jurídico português, estes, descritos por Castanheira Neves, como critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de normas gerais ou preceitos abstratos que abstraem na sua intenção e se dissociam na sua formulação de sua base-casuística⁵⁵. Características assimiladas nas definições de Câmara (2018, p. 220) ao apontá-las como “extrato da jurisprudência dominante”. Tavares, ao visualizá-las como ponte de ligação entre a dimensão concreta e abstrata da decisão⁵⁶, e Streck, que especificamente às vinculantes as assemelha a “quase ordenanças”, com valor de lei” (STRECK; ABOUD, 2015, p. 60).

Nos últimos tempos, numa tentativa de minimizar a abstração, o art. 926, § 2º, do CPC disciplinou que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Entretanto, este enunciado não altera substancialmente o equívoco metodológico que permeia as súmulas, consistente na extração prévia de uma determinada *ratio* (que congela naquele momento a intencionalidade e dela se emancipa), com sua replicação, com força e características normativas a casos análogos, assim compreendidos aqueles que apresentem a mesma questão “fundamental de direito” (BRONZE, 1982, p. 215-216), em um efeito processual, *mutatis mutandis*, expansivo multiplicador, quando, nas lições de Castanheira Neves é o problema que “traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos” (NEVES, 2013, p. 157), permitindo-se aferir se a súmula tem por intenção os mesmos fundamentos e princípios normativos daquele⁵⁷.

Com relação aos precedentes vinculantes, como visto na parte dogmática deste trabalho, estes são fixados e externados por meio de teses jurídicas e dizem respeito a uma questão de “direito”⁵⁸, ou seja,

⁵⁵NEVES, 2014b, p. 3-4.

⁵⁶TAVARES, André R. **Nova lei da súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Elsevier/Método, 2007, p. 13.

⁵⁷BRONZE, 1982, p. 210.

⁵⁸Marinoni, ao se referir à sistemática adotada pelo ordenamento brasileiro, defende que “a peculiaridade destes precedentes é o de que as suas ‘razões de decidir’ são assimiláveis exclusivamente a partir das razões de direito dadas pela corte ao decidir”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Elaboração dos conceitos de ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. **Marinoni Advocacia**, Curitiba, 22 jun. 2012. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-Elabora%C3%A7%C3%A3o-dos-conceitos-de-ratio-decidenti.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018. Distintamente, quanto à indissociável relação entre “fato” e questão de direito: NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. **Digesta**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, p. 483-530, 2011a.

são modelos ou padrões decisórios que sintetizam a jurisprudência fixada no julgamento que lhes deu origem e servirão de orientação para casos semelhantes, e embora não sejam tão sintéticos como as súmulas, a elas se assemelham por externar “teses”⁵⁹, o que traduz em realidade, novamente na prévia extração de uma específica *ratio decidendi* ou fixação de um conceito, implicando em pelo menos duas distorções: a) aquela já referida às súmulas, quanto a uma abstração meramente conceitual com alheamento da densidade material e das diferenças⁶⁰, quando, em realidade, os precedentes consistem em padrões normativos casuísticos, e b) equívocidade não só decorrente da abstração, mas na “aplicação” que tais teses ensejam, ou seja, pelo método lógico-dedutivo e no uso dado às teses, em julgamentos “por amostragem” e reprodução da mesma decisão em casos “por uma identidade de direito”⁶¹, voltados, segundo Dierle, a uma padronização decisória preventiva “para se obstar uma profusão de recursos embasados na eficiência quantitativa” (NUNES, 2012, p. 246).

Tratados, na prática, como uma abstração que se dirige do geral para o particular, as súmulas e os “precedentes”, embora conceitual e dogmaticamente distintos, metodologicamente acabam assemelhando-se⁶². Essencial, no entanto, três ponderações: a) a intenção do legislador, ao alterar as regras processuais, compreendeu-se na imputação de um papel mais participativo na construção dos elementos para a base decisória, assim como no *common law*, transferindo aos sujeitos parciais do processo o ônus de trazer elementos para uma distinção ou superação dos precedentes⁶³, o que poderá redundar na necessária vinculação casuística; b) nos tribunais, a divulgação da tese vem associada ao caso paradigma⁶⁴; c) o tratamento abstrato das “teses jurídicas” e das súmulas implica vício processual passível de ensejar a rescindibilidade da decisão (art. 966, § 5º, do CPC).

Com as ressalvas supra, trataremos, por ora e para fins metodológicos, as súmulas (compreendendo as “teses jurídicas”) enquanto concepções abstratas, caminhando na averiguação da correspondência entre suas intencionalidades. Conforme referido, três

⁵⁹Consoante Larenz, as teses “não são outra coisa senão destilações dos fundamentos da resolução [...] com sua formulação ao jeito de proposições jurídicas cria-se a aparência de que, desligadas da situação de facto resolvida lhes cabe o caráter de uma regra já estabelecida e uniformemente aplicável” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 509).

⁶⁰BRONZE, Fernando José. A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve). In: BRONZE, Fernando José. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012a, p. 315 (nota rodapé).

⁶¹PINHO, 2015, p. 308.

⁶²A corroborar o tratamento abstrato conferido às “teses jurídicas” o art. 12, II, do CPC.

⁶³Não apenas distinção e superação, mas também, como visto, “é de extrema relevância para legitimar a formação [...] do precedente” (MACEDO, 2014, p. 340).

⁶⁴Nesse sentido, as decisões proferidas pelo TST em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>.

motivos principais preponderaram na instituição das súmulas vinculantes. Político-institucionalmente, há que se reconhecer que os paradigmas inserem-se nas atribuições de conferir certeza e igualdade na realização do direito e observância de um tempo razoável nos julgamentos, este agravado pela realidade brasileira com número recorde de processos⁶⁵. Entretanto, subtraindo uma resposta pautada por um viés unicamente pragmático à crise, assumindo a investigação metodológica deste percurso, impende averiguar se há uma adequação intencional entre esses valores e aqueles que as súmulas propõem tutelar, quais sejam, a segurança, a igualdade e a correção das decisões.

Externadas como prescrições gerais-abstratas, as súmulas (equivoco, no qual os precedentes incorrerão, na forma em que enunciados) dissociam-se concreta e historicamente dos problemas que as densificam e acrescentam ao direito legislado “não um direito materialmente determinado e concretamente realizado, mas um outro direito, agora judicial, duplicadamente geral e abstrato” (NEVES, 2014b, p. 92), eis que previamente “interpretado” e associado a uma prévia e específica intenção. Não bastasse, à intenção geral-abstrata associa-se a rigidez das súmulas, que só podem ser modificadas em caráter excepcional no julgamento do recurso (art. 9º da Lei n. 11.417/2006) ou ação própria (art. 3º). Isso implica em duas consequências: a) “congela-se” uma determinada intencionalidade no momento em que é sumulada, sob a ótica dos problemas que naquele momento a densificaram, mas que passa a ser replicada, agora emancipada daqueles; b) reduz-se a problemática apenas a uma “identidade entre questões de direito” (NEVES, 2014b, p. 59).

É lição de Castanheira Neves que repousa na questão de direito em abstrato (que se separa da questão de direito em concreto para fins metodológicos) o “objeto, a determinação do critério jurídico que deverá orientar e concorrer para fundamentar, a solução jurídica do caso decidendo” (NEVES, 2013, p. 165), entretanto, este âmbito de relevância advém da mediação normativo-jurídica-constitutiva e constituenda de uma unidade problemática jurídico material (não há uma mera soma da situação e intenção normativas, mas a compreensão de que estas só podem ser referidas sob a perspectiva do problema constituído), alargando-se a “questão jurídica” (NEVES, 2013, p. 87), de forma que é impensável a distinção absoluta entre as duas questões (direito em abstrato e direito em concreto), bem como das questões de fato e direito⁶⁶, que vão imbrincadas

⁶⁵O 13º relatório **Justiça em Números**, publicado anualmente pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), aponta números surpreendentes com relação à litigiosidade no Brasil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>.

⁶⁶MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 16, já referia que a distinção entre fato e direito repousa em um dos erros fundamentais do positivismo.

numa unidade análoga. Isso porque na assimilação do critério acentua-se uma “inegável solidariedade”⁶⁷ entre fato e direito, pois,

Se o critério é procurado em função do problema que a relevância codetermina, a relevância só vem à última determinação na perspectiva do sentido problemático que o critério concorre por sua vez a constituir. (NEVES, 2013, p. 165).

Ao se dissociarem fato e direito, pautando-se apenas no último como critério comum para a solução dos problemas, ignora-se a “intenção histórico-concreta” (NEVES, 2014b, p. 41) entre distintos casos jurídicos, que pode ou não justificar uma diferente consequência jurídica, dissociando-se da igualdade material que pressupõe que se assumam uma ideia de direito que compreenda a assimilação dos valores e princípios como *constituens* da unidade regulativa e do sistema⁶⁸, e que abrem seu horizonte de validade a uma pluralidade de contextos concretos de realização⁶⁹, e que, um e outro, vão sendo dialeticamente constituídos e reconstituídos na prática, num *continuum*, em que participa a “interpretação” jurídica⁷⁰ numa “espiralada dialética hermenêutica” (BRONZE, 2006, p. 625).

Logra-se, dessa forma, com o raciocínio metodológico proporcionado pelas súmulas: a) apenas a certeza formal, correspondente a uma igualdade formal na “aplicação” (tomada no sentido conferido pelo normativismo) da súmula, obtendo-se apenas a “repetição formal” de decisões, em contrariedade à certeza material intencionada pelo direito que advém de um tratamento isonômico e pressupõe a consideração do caso concreto, em suas peculiaridades, voltada à correção ou “justeza decisória”; b) uma uniformidade que corresponde apenas a um sentido formal da igualdade, ou seja, mera legalidade e não uma igualdade material perante o direito, o que necessariamente pressupõe independência na interpretação; c) vistas como abstrações que caminham de geral-particular, na “aplicação” dedutivo-silogística (autômata), simplesmente reproduz-se um positivismo, agora repaginado e exponenciado (pois em uma versão jurisprudencial e com um sentido previamente fixado), quando uma adequada realização do direito exige a consideração do caso concreto, em suas peculiaridades e com a sua autonomia histórica, seus

⁶⁷NEVES, 2011a, p. 522.

⁶⁸NEVES, 1979.

⁶⁹LINHARES, 2012b, p. 414.

⁷⁰NEVES, 2013, p. 76.

fundamentos e princípios⁷¹, num ir e vir aberto e dialético entre casuística (problema) e sistema, momento que:

[...] pode traduzir-se numa diferenciação (restritiva, por redução teleológica e mesmo correctiva) onde havia formal igualação e uma igualação (extensiva analógica) onde havia formal diferenciação. (NEVES, 2014b, p. 188).

Por fim, institucionalmente, a independência decisória (perante o direito) vê-se abalada⁷² com a definição de um prévio sentido fixado à lei, sentido este a ser observado imperativamente (ante a vinculação sob o aspecto formal) pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF), e que orientará a decisão do mesmo órgão responsável pela edição da súmula ao analisar medida denominada reclamação prevista no art. 988 do CPC, voltada a se garantir a observância de seus enunciados de súmulas vinculantes, cujo acolhimento implica na cassação da decisão impugnada.

6 O JURISPRUDENCIALISMO COMO CONTRIBUTO PARA O EQUILÍBRIO DA “TENSÃO” ENTRE ESTABILIDADE E EVOLUÇÃO DO DIREITO⁷³

Assumindo que a intencionalidade visada pelas súmulas e teses jurídicas não se coaduna com uma abstração, caminemos para a inteligência destas associadas ao caso concreto e as consequências advindas de um possível conflito entre a compreensão do direito como um sistema aberto e a doutrina do *stare decisis*⁷⁴.

Vistas as coisas sob a ótica do jurisprudencialismo, podemos apontar que a análise pressupõe uma compreensão superadora do positivismo legalista e não se dissocia de uma validade e uma práxis, que se traduz na percepção do sistema (universo) jurídico como uma

⁷¹HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1947, p. 24.

⁷²Por certo a independência não se vê abalada por uma eventual cassação, eis que, função inserida nas atribuições de uma Corte superior, mas num julgamento a partir de um sentido *a priori* e abstrato (e só ele) conferido por aquela Corte à questão sumulada.

⁷³Refere-se também à tensão entre estabilidade e evolução. WAMBIER, 2012, p. 12.

⁷⁴Não podemos afirmar, dentro da concepção tradicional dada no Brasil à teoria das fontes, que há uma doutrina do *stare decisis* nos moldes do *common law*, conforme referido no item 1.

unidade materialmente pluridimensional⁷⁵, que tem nos princípios seus fundamentos-constitutivos, que vai assimilando e moldando a realidade jurídica, num *continuum* constitutivo-reconstrutivo (em implicação nas suas dimensões axiológico-normativa, dogmática, praxística e problemático-didática)⁷⁶.

Desta forma, enquanto “transcendentais fundamentos constitutivo-significantes da prática jurídica” (NEVES, 1995, p. 33), os precedentes materializam os “princípios normativos-jurídicos explicitantes da axiológica validade que concretamente vão realizando” (NEVES, 1995, p. 33), e como tal, gozam de uma presunção de justeza a “vincular-nos a uma realização justa (prático-concretamente adequada) [...] nos limites discursivos da sua concludência ou fundamentação” (LINHARES, 2012b, p. 417, n. 66). Aí repousa a *ratio* que justifica a “vinculatividade” do precedente, em pensar o problema em referência às exigências prático-normativamente significativas, também se centrando no mérito autônomo e criteriosamente neles reconhecido⁷⁷, pressupondo uma racional fundamentação, mas que se entrelaça incindivelmente com uma práxis de realização permanentemente reconstruída em uma circularidade⁷⁸.

Isso nos permite concluir com Castanheira Neves que os precedentes são compatíveis apenas com um sistema em permanente abertura e de contínua reconstituição e desenvolvimento⁷⁹, no qual se define como o *prius* o problema concreto-decidendo (jurídico-intencionalmente⁸⁰) que traz à correspondência o critério-constituendo circunstancialmente pertinente, ou seja, é o problema que interroga o sistema e modela (num exercício de valoração) o “‘critério-do-caso’ que exactamente lhe convém (que só a ele co-responde)” (BRONZE, 2012a, p. 315), implicando para este (critério) uma dupla “consideração teleológico-normativa” (NEVES, 1995, p. 183-184), a intencionalidade que se exprime e problematiza no critério (na(s) norma(s), no(s) precedente(s) ou aquele critério que se revelar adequado, dentre aqueles que integram os estratos do sistema) e a intencionalidade do caso concreto⁸¹.

Referido exercício metodológico enseja que a intencionalidade e o sentido do critério suplantem o “texto” para se alcançar a “norma”, o que exige a problematização do critério mobilizado também pelos princípios que o fundamentam mediante uma específica racionalidade

⁷⁵BRONZE, 2006, p. 622.

⁷⁶NEVES, A. Castanheira. Pensar o direito num tempo de perplexidade. In: ALVES, João Lopes *et al.* (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*. Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 18-19.

⁷⁷BRONZE, 2006, p. 659.

⁷⁸LINHARES, 2012b, p. 414-415.

⁷⁹NEVES, 1995, p. 33.

⁸⁰BRONZE, 2006, p. 612.

⁸¹NEVES, 1995, p. 183-184.

analógica comparativo-valorativa entre identidades e distinções problemáticas⁸² num *tertium comparationis* de intenção teleológico-concreta, em uma dupla consideração dos princípios: a) enquanto *topoi*, “starting points do legal reasoning” ou “princípios seletivos” de relevância, como orientadores do processo da delimitação e comparação⁸³, que, no caso dos precedentes, implica no afinamento da *ratio decidendi* a partir do caso decidendo, com seu sentido jurídico com que concreta e previamente vai compreendido - e se lhe constituiu pela mediação dos princípios, e b) numa função eurística, por complementares considerações de “public policy, ethics, justice”⁸⁴. De onde inferimos na compreensão do direito como uma analogia, ou seja, uma correspondência pautada em uma intenção teleológica, que se cumpre numa *extensio*, se logra numa *adequatio* e se concretiza num juízo decisório normativo analógico que epistemologicamente também é interpretação e realização⁸⁵.

É certo que, no caso dos precedentes, não se supõe completa identidade fática e jurídica entre o caso-problema e o caso-critério, até porque, “dois casos nunca são absolutamente idênticos. Nem o podem ser. Se o fossem, seriam um só e, não, dois” (MALLET, 2014). Sempre haverá uma ou mais distinções, mas há que preponderar uma semelhança (analogia) de sentido jurídico que se afere em “função do interesse específico ou da intencionalidade” (NEVES, 2014b, p. 55) que não sacrifique o problema, nem desnature o critério, o que pressupõe, para um raciocínio metodológico-analógico, uma ponderação jurídica do caso decidendo, numa sistemática de precedentes que observe: a) a “extração” da *ratio decidendi* (*holding* ou motivos determinantes)⁸⁶, tomada em referência do caso-fundamento, numa analogia problemática passa a ser o critério normativo do caso decidendo⁸⁷, numa visão metodológica adequada desta (*ratio decidendi*) distinta daquela que influenciou as concepções positivas voltadas a “controlar” a atuação dos juízes na “criação do direito”⁸⁸ separando-a do *obiter dictum* com o afinamento das regras, princípios e fundamentos daquela, o que só se dá à luz do caso concreto decidendo (porque lhe toma o sentido numa “referência aos *material facts*”) (NEVES,

⁸²NEVES, 2013, p. 174.

⁸³NEVES, 2014b, p. 62, nota de rodapé 131.

⁸⁴NEVES, 2014b, p. 62, nota de rodapé 131.

⁸⁵NEVES, 2014b, p. 268-270.

⁸⁶Sem descuidar que um dos grandes problemas metodológicos dos precedentes reside na compreensão dos princípios e fundamentos para sua confrontação entre casos (tal como já citado), somente resvalaremos neste percurso no delicado tema da “extração” da *ratio decidendi*. Para maior aprofundamento sobre o tema, MACEDO, Lucas Buril. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 234, ago. 2014.

⁸⁷NEVES, 2014b, p. 63-66.

⁸⁸BUSTAMANTE, 2012, p. 260.

2014b, p. 67) “por uma autónoma e constitutiva ponderação do julgador” (NEVES, 2014b, p. 63, n. 134) jurídico-casuística; b) a par de “um movimento partilhado ditado pela prioridade metodológica constitutiva do caso problema” (LINHARES, 2012b, p. 417), não apenas por conta da imposição de um modelo normativo vinculante ou seu *pedigree*, mas preponderantemente pela compreensão e assimilação axiológica do contexto das reformas processuais e também em face da argumentação racional⁸⁹, impõem-se mobilizar os precedentes, porque o caso intenciona em sua semelhança fático-circunstancial com a relevância do critério (dentro de uma aceitável margem de elasticidade)⁹⁰, mantendo-se uma “certa inércia” (não absoluta, pois qualquer discurso racional pressupõe uma adequada fundamentação) permitindo uma assimilação. Entretanto, porque se intenciona alcançar-se a igualdade material axiológica e a justiça decisória, impõe-se também um *distinguishing* (seja por “adaptações, desenvolvimentos ou correcções exigidos pela sua referência ao caso concreto decidendo na sua individualizada relevância [...] uma ‘aplicação aberta’”) (NEVES, 2014b, p. 67) ou um *revirement de jurisprudence* ou *overruling*⁹¹ (com ou sem efeito prospectivo) para afastar o precedente, mas sempre com a correlativa “carga de argumentação”.

Isso porque, na complexidade da prática, os problemas estão continuamente a emergir, o contexto a se transformar, redensificando os valores, e é na realização do direito que o sistema é permanentemente “densificado em extensão e intensão” (BRONZE, 2012b, p. 308) o que repudia a petrificação, no afã de uma segurança a todo custo. Assim sendo, o respeito aos precedentes não é sinónimo de vinculação inexorável⁹² ou uniformidade a todo custo, mas tomá-los em sua intencionalidade que os reconduz à relevância que se lhes deva reconhecer no horizonte de um adequado exercício judicativo-decisório⁹³, como critérios adequados para a solução do caso jurídico “no processo da constitutiva realização judicativo-concreta do direito” (BRONZE, 2012c, p. 79), pautados pelo equilíbrio e em um comprometido pensamento metodológico, que se traduz numa ponderação, numa *iurisprudence* que seja axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade e judicativa no *modus*

⁸⁹ALEXY, 2011, p. 267-271.

⁹⁰BRONZE, Fernando José. A imaginação no quadro da judicativo-decisória realização do direito. In: BRONZE, Fernando José. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b, p. 302.

⁹¹Marinoni arrola dentre os motivos para superação do precedente: a) alteração de valores sociais; b) concepção geral acerca do direito; c) evolução da tecnologia, efeitos que se queria obter com o precedente não foram obtidos; d) precedente contém equívoco evidente. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes no sistema norte-americano. **Palestra**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 22 nov. 2012. Disponível em: http://www.academia.edu/23835147/Aplica%C3%A7%C3%A3o_dos_precedentes_no_sistema_norte_americano. Acesso em: 1º maio 2018.

⁹²STRECK; ABOUD, 2015, p. 112.

⁹³BRONZE, 2017.

metodológico⁹⁴, e que permita equalizar com justeza a tensão entre a evolução e a uniformidade do direito.

7 CONCLUSÃO

Impende reconhecer à jurisprudência, matriz constituinte da juridicidade, uma vinculatividade que transcende àquela meramente formal (normativa), mas se concretiza materialmente, o que pressupõe o reconhecimento, *a priori*, de uma validade e uma justeza, completando-se na práxis em uma adequação incindível entre a intencionalidade material-axiológica e a relevância centrada no polo problema-sistema, que ditará uma prioridade metodológica, condição que não poderá ser obtida no tratamento desta como uma abstração, conduz-nos a tratá-la com a reconstrução dos concretos casos decididos, com um afinamento axiológico de sua(s) *ratio(s) decidendi*, guiando-se por uma analogia problemática e em termos também problemáticos analógicos, centrado nos particulares e nos universais.

Se o afastamento do precedente não pode se transformar em um exercício de arbitrariedade ou voluntarismo e a razão para fazê-lo deve ser especialmente adequada por uma tríplice garantia (axiológica, institucional e metodológico-jurídica)⁹⁵ e devidamente justificada, a uniformidade decisória, hoje, descrita por Taruffo como “objeto de desejo” dos tribunais⁹⁶ não pode se traduzir numa obstinada fixação na estabilidade e/ou imobilismo, desprezando o problema constituinte e a assimilação dos princípios constituintes do direito, que se concretizam numa adequada jurisprudência, em vocação e intencionalidade⁹⁷. Isso porque, no mantra⁹⁸ à uniformização e estabilização da jurisprudência que tem ecoado efusivamente, há que se ponderar, sem receio, pelo equilíbrio, que refuta igualmente o descompromisso com uma consistência decisória⁹⁹, a qual se fundamenta nos princípios que orientaram as reformas processuais (segurança jurídica, previsibilidade, uma racional e coerente fundamentação), mas também rejeita, da mesma forma, o emprego dissociado desta intencionalidade por meio de súmulas e teses jurídicas abstratas, assim como o enclausuramento com o emprego destas a todo custo, sem discernir e ponderar as semelhanças e diferenças, atropelando os princípios materiais da igualdade e Justiça, permitindo ao jurista-pessoa decidente, numa

⁹⁴BRONZE, 2006, p. 614.

⁹⁵BRONZE, 2006, p. 649.

⁹⁶TARUFFO, Michele. A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade. *Julgar*, Coimbra, n. 25, 2015. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-02-MT-Jurisprud%C3%Aancia-casu%C3%Adstica-uniformidade.pdf>. Acesso em: 3 maio 2018.

⁹⁷NEVES, 1995, p. 11-ss.

⁹⁸NEVES, 1995, p. 11-ss.

⁹⁹STRECK; ABBOUD, 2015, p. 119.

ética da responsabilidade (“levando o direito a sério”)¹⁰⁰, diferenciar-se, em tempos de “indústria 4.0”, de um autômato, que em um positivismo analítico meramente (re)“aplica” subsuntivamente enunciados abstratos, que mais o assemelharia a um jurista-androide¹⁰¹.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 8, p. 23-38, 1990. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (2001). Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-tesis-de-la-nica-respuesta-correcta-y-el-principio-regulativo-del-razonamiento-juridico-0/>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, fev. 2015. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 23 abr. 2018.
- ABELLÁN, Marina G. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos, 1993.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. **Jurídicas**, Manizales, v. 6, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf>.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. **Revista Justitia**, São Paulo, ano XXXIV, n. 74, p. 115-143, 1. trim. 1972. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y6y179.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.
- BRONZE, Fernando José. **“Continentalização” do direito inglês ou “insularização” do direito continental**. 1982. Dissertação. (Pós-graduação em Ciências Jurídico-comparatísticas)-Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1982.

¹⁰⁰DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰¹BRONZE, 2012c, p. 79.

BRONZE, Fernando José. A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve). *In*: BRONZE, Fernando José. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012a.

BRONZE, Fernando José. A imaginação no quadro da judicativo-decisória realização do direito. *In*: BRONZE, Fernando José. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b.

BRONZE, Fernando José. A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico. **Stvdia Ivridica**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 3, 1994.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRONZE, Fernando José. O jurista: pessoa ou andróide? *In*: BRONZE, Fernando José. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012c.

BRONZE, Fernando José. O sentido metodológico do precedente. *In*: COLÓQUIO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 2., 2017, Coimbra, **Palestra**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nov. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of judicial process**. New Haven, CT: Yale University press, 1921. Disponível em: <https://archive.org/stream/natureofthejudic008454mbp#page/n7/mode/2up/search/principles>. Acesso em: 14 maio 2018.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1947.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

LINHARES, José Manuel Aroso. Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e diferença. *In*: COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, Antonio Sá. **Teoria do direito: direito interrogado hoje - o jurisprudencialismo: uma resposta possível?** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012a.

LINHARES, José Manuel Aroso. Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? *In*: CORREIA, F. A.; MACHADO, J. E. M.; LOUREIRO, J. C. (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. V. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012b.

LINHARES, José Manuel Aroso; SIMÕES, Ana Gaudêncio. The portuguese experience of judge made-law and the possibility of prospective intentions and effects. *In*: STEINER, Eva (Coord.). **Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions**. *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*. V. 3. Cham: Springer, 2015.

MACEDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 234, ago. 2014.

MACEDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía. Considerações acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais: direito constitucional, processo constitucional**. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1847-1871, 2015. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 26 abr. 2018.

MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014. **Lex Magister**, Porto Alegre, 2014. Disponível em: http://lex.com.br/doutrina_27022244_REFLEXOES_SOBRE_A_LEI_N_13015_2014.aspx. Acesso em: 9 maio 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. **Marinoni Advocacia**, Curitiba, 22 jun. 2012. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-Elabora%C3%A7%C3%A3o-dos-conceitos-de-ratio-decidendi.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes no sistema norte-americano. **Palestra**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 22 nov. 2012. Disponível em: http://www.academia.edu/23835147/Aplica%C3%A7%C3%A3o_dos_precedentes_no_sistema_norte_americano. Acesso em: 1º maio 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MEDINA, D. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. *In*: NEVES, A. Castanheira. **Digesta**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, p. 483-530, 2011a.

NEVES, A. Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, Número Especial - Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro, 1979.

NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *In*: NEVES, A. Castanheira. **Digesta**. V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, A. Castanheira. Jurisprudencialismo: uma reconstituição crítica do sentido e autonomia do direito. *In*: COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, Antonio Sá. **Teoria do direito: direito interrogado hoje - o jurisprudencialismo: uma resposta possível?** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012a.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Reimpressão.

NEVES, A. Castanheira. O direito como validade. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, ano 143, n. 3984, jan./fev. 2014a.

NEVES, A. Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** O problema atual da autonomia do direito. Coleção Pontos de vista. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012b.

NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014b.

NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. *In*: NEVES, A. Castanheira **Digesta**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2011b.

NEVES, A. Castanheira. Pensar o direito num tempo de perplexidade. *In*: ALVES, João Lopes *et al.* (Org.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário**. Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Judicial rulings with prospective effect in brazilian law. *In*: STEINER, Eva (Coord.). **Comparing the prospective effect of judicial rulings across jurisdictions**. *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*. V. 3. Cham: Springer, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes

previsto no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 405-435, set. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

SCHIMITZ, Leonard Z.; FALLEIROS, Carolina T. O que a experiência do procedimento-modelo alemão tem a ensinar ao incidente de resolução de demandas repetitivas do novo CPC. **Academia**. [S. d.]. Disponível em: https://www.academia.edu/19105609/O_que_a_experi%C3%Aancia_do_Procedimento-modelo_alem%C3%A3o_tem_a_ensinar_ao_Incidente_de_Resolu%C3%A7%C3%A3o_de_Demandas_Repetitivas_do_Novo_CPC. Acesso em: 22 jun. 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. A função dos tribunais superiores. **STJ 10 anos:** obra comemorativa 1989-1999. Brasília, 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/////index.php/Dezanos/issue/view/327/showToc>.

SOUZA, Marcos Seixas. Os precedentes judiciais e os assentos da casa da suplicação em Portugal: eficácia, vinculatividade e publicação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 533-566, jun. 2017. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 27 abr. 2018.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUMMERS, Robert S. Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

TARUFFO, Michele. A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade. **Julgar**, Coimbra, n. 25, 2015. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-02-MT-Jurisprud%C3%Aancia-casu%C3%Aadstica-uniformidade.pdf>.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *Civil law* e *Common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

TAVARES, André R. **Nova lei da súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Elsevier/Método, 2007.

VACCA, Letizia. **Metodo casistico e sistema prudenziale**. Padova: CEDAM, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

AFERIÇÃO DO NEXO CAUSAL NOS TRANSTORNOS MENTAIS E COMPORTAMENTAIS RELACIONADOS AO TRABALHO: por uma análise multiprofissional e transdisciplinar do tema

GUAGING OF THE CAUSAL NEXUS IN MENTAL AND BEHAVIORAL DISORDERS RELATED TO WORK: by a multiprofessional and transdisciplinary analysis of the theme

PILEGIS, Olga Regiane*

A ciência não teria sido ciência se não tivesse sido transdisciplinar. (Edgar Morin)

Resumo: Este artigo pretende primeiramente analisar qual o grau de efetividade atualmente assegurado ao direito fundamental de proteção à saúde mental do trabalhador, o que será feito com base em dados epidemiológicos sobre o tema. Depois, serão abordados os problemas nacionais mais frequentemente encontrados na realização das perícias judiciais em que alegado o nexo entre transtornos mentais e comportamentais e o trabalho, buscando compreender a origem desses problemas e possíveis caminhos para sua solução. Será apontada a necessidade de uma nova compreensão de peritos e operadores do direito acerca dos temas: a) etiologia multifatorial dessas psicopatologias; b) dimensão **biopsicossocial** dos processos saúde \times adoecimento; c) existência de riscos e interações

*Juíza do Trabalho Titular da 11ª VT Campinas/SP, TRT 15ª Região. Graduada e Mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo - USP.

sistêmicas nos ambientes de trabalho, dotadas de potencial para o melhor (a conquista da qualidade de vida no trabalho) ou para o pior (sofrimento, degradação psíquica e adoecimento mental). Por fim, será proposta uma construção multiprofissional e transdisciplinar do tema.

Palavras-chave: Perícias judiciais. Nexo causal. Saúde mental do trabalhador. Transtornos mentais e comportamentais relacionados ao trabalho (TMCRT).

Abstract: This article aims, in first place, to analyze the degree of effectiveness currently assured to the protection of worker's mental health, what will be done based on epidemiological data about the subject. After that, it shall be addressed the problems most often encountered on the expertises proceedings performance, among those, the alleged nexus between mental or behavioural disorders and the job, seeking to understand the source of these problems and possible ways for their solution. It will be pointed a need of a new understanding to experts and law's operators about the following topics: a) the multifactorial etiology of these psychopathologies; b) the "biopsychosocial" extent of the processes and relations between health \times sickness; c) the existence of risks and systemics interactions on the work's environment, with potential for the best (the conquest of life's quality on work), or for the worse (suffering, degradation and mental illness). Finally, it will be proposed a multidisciplinary and transdisciplinary construction for this teme.

Keywords: Judicial expertises. Causal relationship. Worker's mental health. Mental and behavioural disorders concerning to the work.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo foi elaborado por ocasião da conclusão do **VI Curso Transtornos Mentais Relacionados ao Trabalho e Saúde Mental no Trabalho**, promovido pelo IPq/HCFMUSP¹, desenvolvido

¹O conteúdo do curso foi desenvolvido pelo Grupo SAMPO - Saúde Mental e Psiquiatria do Trabalho, ligado à Divisão Médica do IPq - Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, constituído por equipe interdisciplinar que congrega médicos, psiquiatras, médicos do trabalho, psicólogos, enfermeiros e assistentes sociais, pioneiros no ensino das abordagens relacionadas aos TMCRT e à Qualidade de Vida no ambiente laboral (www.sampo-ipq.org) e as aulas foram ministradas no interstício de junho/2017 a abril/2018. A participação desta magistrida foi viabilizada por iniciativa do E. TRT 15ª Região, a quem reiteramos nossos agradecimentos.

com o objetivo de oferecer subsídios para profissionais envolvidos com o tema da Saúde Mental Relacionada ao Trabalho. O corpo discente foi multiprofissionalmente constituído, englobando Médicos do Trabalho, Psiquiatras (dentre os quais, vários atuando como peritos judiciais), Advogados, Psicólogos e Juizes do Trabalho (estes últimos designados em virtude de parceria interinstitucional firmada entre diversas Escolas Judiciais de diversos Tribunais Regionais do Trabalho e o IPq). A dinâmica das aulas envolveu ampla troca de experiências entre os participantes e fomento a um diálogo franco e aberto, centrado no objetivo comum de vislumbrar caminhos para aperfeiçoar o campo da Saúde e Segurança do Trabalhador.

As reflexões doravante apresentadas são fruto dessa construção dialética pluriprofissional e transdisciplinar do tema.

2 SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO) define “saúde” como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 2013).

A Convenção 155 da OIT² estabelece que a saúde abrange não só a ausência de afecções ou doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene do trabalho (art. 3º, alínea “e”). Essa norma registra, pela primeira vez, a essencialidade do elemento psíquico para o alcance da saúde integral do trabalhador. O art. 5º, “b”, do diploma, estabelece que as políticas em SST e proteção ao meio ambiente do trabalho determinem a:

²A Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho foi adotada na 67ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1981) e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2/1992, sendo ratificada em 18.5.1992, tendo entrado em vigor um ano após, sendo finalmente promulgada pelo Decreto n. 1.254/1994. Em seu art. 3º, “e”, dispõe que “O termo ‘saúde’, em relação com o trabalho, não visa apenas a ausência de doença ou enfermidade; inclui também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde, diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” (RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 158-159).

[...] adaptação das máquinas, dos materiais, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e dos processos de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.

Vários autores criticam a definição das normas internacionais à saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”.

Christophe Dejours considera que tal “plenitude” é apenas hipotética, já que a fisiologia humana mantém os organismos em perpétuo desequilíbrio, mediante variáveis biológicas que se alteram a cada minuto pela ação dos dispositivos de regulação endócrina - i. e., o organismo humano é algo em permanente mutação, nele não existe fixidez ou constância. Propõe, por isso, que a saúde seja compreendida não como “um estado, calmo e uniforme”, mas como um “objetivo a ser permanentemente conquistado e que se remaneja sem cessar” (DEJOURS; DESSORS; DESRIAUX, 1993, p. 99).

Sebastião Geraldo de Oliveira (2010, p. 108) tece crítica semelhante e observa que a expressão “estado de completo bem-estar”, trazida pela OMS, envolve demasiado subjetivismo, além de representar a tentativa de formular um conceito com base em “sensações e percepções que não são possíveis de serem determinadas objetivamente”. Admite, todavia, que a conceituação possui o mérito de abrir o debate para a direção em que se empreende a caminhada, permitindo vislumbrar aquela condição de plenitude “como um alvo, um indicativo de uma melhoria que deve ser buscada, sempre”.

No Brasil, essa caminhada em busca de melhoria na Saúde e Segurança dos Trabalhadores tem sido empreendida em meio a solavancos e percalços, sendo possível vislumbrar apenas um rudimentar arcabouço protetivo ao direito fundamental individual, em suas interconexões com a proteção ao meio ambiente do trabalho (direito de terceira dimensão, porque de natureza transindividual).

Esse emaranhado de normas jurídicas e técnicas cabe em quadro-síntese, assim delineado:

Quadro 1

Norma	Proteção assegurada
CRFB, art. 6º	Elenca o direito geral à saúde no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais do Estado: dispõe serem direitos sociais a "educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados", na forma da Constituição.
CRFB, art. 196	Estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, assim como ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
CRFB, art. 7º, XXII	Assegura a trabalhadores urbanos e rurais o direito à "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".
CRFB, art. 225	Delineia o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, cuja proteção incumbe ao Estado e à coletividade, inclusive no aspecto de sua defesa e preservação para as futuras gerações ³ - isto é, numa perspectiva intergeracional.
CRFB, art. 200, VIII	Estabelece competir ao Sistema Único de Saúde - SUS, além de outras atribuições legais, "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho" - isto é, protege a saúde em sua perspectiva labor-ambiental.
Decreto n. 7.602, de 7.11.2011	Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST e estabelece em seu Anexo único, inciso VII, "a", como uma das prioridades de atuação do modelo tripartite, fomentar a estruturação da atenção integral à saúde dos trabalhadores, envolvendo a promoção "dos ambientes e processos de trabalho saudáveis", o que deixa entrever preocupação para com a questão da organização do trabalho e sua relação com a saúde ocupacional.
Decreto n. 3.048, de 6.5.1999	Aprova o Regulamento da Previdência Social, apresenta a relação de agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho (conforme previsto no art. 20 da Lei n. 8.213/1991) e, no seu Anexo II, trata dos Transtornos Mentais e do Comportamento Relacionados com o Trabalho (Grupo V do CID-10), deixando claro que condições laborativas específicas, como ritmo de trabalho penoso, dificuldades físicas e mentais relacionadas ao trabalho ou a má adaptação ao horário de trabalho, dentre outros, podem ser fatores desencadeadores de agravos mentais.
Lei n. 11.430, de 2.12.2006, que alterou a Lei n. 8.213/1991 ⁴	Institui o Nexo Técnico Epidemiológico Presumido (NTEP), permitindo a caracterização ocupacional de determinadas enfermidades, inclusive de origem psíquica, consoante tratadas no Anexo II do mencionado Decreto n. 3.048/1999 - os Transtornos Mentais e Comportamentais Relacionados ao Trabalho - TMCRT.
Portaria MS n. 3.120, de 1º.7.1998	Aprova a Instrução Normativa de Vigilância em Saúde do Trabalhador no SUS e estabelece, em seu Anexo único, item 4 - a3, como um dos objetivos de atuação, a "avaliação do processo, do ambiente e das condições em que o trabalho se realiza, identificando os riscos e carga de trabalho a que está sujeito, nos seus aspectos tecnológicos, ergonômicos e organizacionais já conhecidos".
Resolução do Instituto Nacional do Seguro Social INSS n. 495, de 8.7.2015, DOU 9.7.2015	Estabelece procedimentos para a perícia médica administrativa de inspeção ambiental a ser realizada no estabelecimento empregador, por força do disposto no art. 21-A da Lei n. 8.213/1991, visando reconhecer tecnicamente o nexo entre o trabalho e o agravo, e prevê, em seu art. 7º, inciso III, que o Formulário de Inspeção no Ambiente de Trabalho contenha, obrigatoriamente, a avaliação dos riscos ambientais, englobando tanto os agentes físicos, químicos, biológicos, como os "fatores ergonômicos, psicofísicos e riscos de acidentes". O art. 8º estabelece, por sua vez, que durante a inspeção, o responsável deverá avaliar "as exigências cognitivas do trabalho, a existência ou não de pausas, a existência de orientações sobre prevenção de doenças ocupacionais e se as atividades são variadas ou monótonas" - em uma clara incorporação da necessidade de análise de importantes fatores de risco ocupacional (a carga do trabalho) na avaliação da perícia previdenciária ambiental.

³Dispõe o art. 225 da CRFB: "Todos têm 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".

⁴Por força dessa alteração, foi introduzido o art. 21-A na Lei n. 8.213/1991, com a seguinte redação: "Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento. § 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o caput desse artigo. § 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social".

Quadro 1 (cont.)

Norma	Proteção assegurada
Resolução n. 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina CFM	Determina, em seu art. 2º, que na investigação da existência denexo causal entre os danos à saúde do trabalhador e suas atividades, seja realizado "exame clínico, físico e mental", além de outros complementares, devendo-se considerar, dentre outros fatores, a história clínica e ocupacional do trabalhador, o estudo do posto de trabalho e da organização do trabalho. Essas diretrizes deixam clara a preocupação da classe médica com a adequada avaliação dos aspectos biopsicossociais relacionados à eclosão ou agravamento dos transtornos mentais.
Norma Regulamentadora 07 do MTb ⁵	Trata da instituição do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional que, em seu item 7.4.2, determina, em relação aos exames médicos obrigatórios (admissional, periódico e de retorno ao trabalho) que estes compreendam anamnese ocupacional e o exame "físico e mental" do trabalhador ⁶ .
Norma Regulamentadora 17 do MTb	Em seu item 17.5.1, estabelece que "as condições ambientais de trabalho devem estar adequadas às características psicofisiológicas dos trabalhadores e à natureza do trabalho a ser executado". No item 17.6.2, dispõe que a organização do trabalho leve em consideração, no mínimo: as normas de produção, o modo operatório, a exigência do tempo, a determinação do conteúdo de tempo, o ritmo de trabalho e o conteúdo das tarefas. No seu Anexo I, ao tratar do trabalho dos operadores de <i>checkout</i> , demonstra preocupação para com a questão do assédio moral, vedando que os trabalhadores sejam obrigados ao uso de vestimentas, propagandas ou maquiagem temática que causem constrangimento ou firam sua dignidade pessoal (item 5.2); mais adiante, determina que o treinamento desses profissionais inclua noções sobre prevenção de riscos à saúde, incluindo os "aspectos psicossociais do trabalho" (letra "d"). O Anexo II trata do trabalho em teleatendimento/ <i>telemarketing</i> , e contém diversos dispositivos sobre prevenção à fadiga, ergonomia, controle de metas e forma de aferição remuneratória, vedação a formas de aceleração do trabalho, institui pausa adicional após a ocorrência de "ameaças, abuso verbal ou agressões" ao operador (item 5.4.5). Em seus itens 5.13 e 5.14, demonstra preocupação com os fatores psicossociais de risco, estabelecendo ser "vedada a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento", como o "estímulo abusivo à competição entre trabalhadores ou grupos/equipes", o uso de "acessórios, fantasias e vestimentas com o objetivo de punição, promoção e propaganda" e a "exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores". Determina também que, "para reduzir o estresse dos operadores, devem ser minimizados os conflitos e ambiguidades de papéis nas tarefas a executar, estabelecendo-se claramente as diretrizes quanto a ordens e instruções de diversos níveis hierárquicos, autonomia para resolução de problemas, autorização para transferência de chamadas e consultas necessárias a colegas e supervisores". No item 6.1, determina que os trabalhadores sejam instruídos sobre as formas de adoecimento relacionadas à sua atividade, suas "causas, efeitos sobre a saúde e medidas de prevenção" e, no item 6.1.2, dispõe que esse conhecimento abranja principalmente os sintomas de adoecimento relacionados ao sistema osteomuscular, à saúde mental, funções vocais, auditivas e acuidade visual.
Norma Regulamentadora 33 do MTb	Dispõe sobre segurança e saúde nos trabalhos em espaços confinados ⁷ e estabelece, em seu item 33.3.4.1, que os trabalhadores designados para neles atuar sejam previamente submetidos a exames médicos específicos para a função que irão desempenhar, o que deve incluir "os fatores de risco psicossociais, com a emissão do respectivo Atestado de Saúde Ocupacional - ASO".
Norma Regulamentadora 35 do MTb	Trata do trabalho em altura e das medidas de proteção para sua execução ⁸ e, em seus itens 35.4.1.2.1 e 35.4.1.2.2, estabelece a responsabilidade do empregador em avaliar o estado de saúde dos trabalhadores, garantindo que (item "c") seja realizado exame médico voltado às patologias que possam originar mal súbito e queda, "considerando também os fatores psicossociais" e fazendo consignar essa aptidão em atestado de saúde ocupacional do trabalhador.

⁵As Normas Regulamentadoras (também conhecidas como NRs) foram instituídas pelo Ministério do Trabalho por meio da Portaria n. 3.214 de 8.6.1978, por delegação expressa da regra do art. 200 da CLT; estabelecem requisitos técnicos e legais a respeito de segurança e saúde ocupacional, e demonstram, em itens esparsos e sem a necessária sistematização, alguma preocupação para com diferentes aspectos psicossociais dos ambientes de trabalho, conforme quadro apresentado.

⁶Essa determinação, se observada pelos empregadores, resultaria na realização habitual de avaliações psicológicas dos trabalhadores. Mas isso não tem ocorrido, na prática, em razão de desleixo patronal e omissão da ação fiscalizatória administrativa, o que resulta, em juízo, na escassez de prova da real evolução da saúde psicológica do trabalhador, dificultando sobretudo a apuração do nexo causal entre os agravos mentais surgidos e as condições da atividade desenvolvida. Houvesse o real cumprimento dessa previsão do item 7.4.2 da NR-07, restaria bastante facilitado o trabalho dos peritos judiciais, favorecendo laudos de melhor qualidade e uma tutela judicial mais célere e eficaz.

⁷A Norma Regulamentadora 33 foi aprovada pela Portaria do MTE n. 202, de 22.12.2006, e define espaço confinado, em seu item 33.1.2, como "qualquer área ou ambiente não projetado para ocupação humana contínua, que possua meios limitados de entrada e saída, cuja ventilação existente é insuficiente para remover contaminantes ou onde possa existir a deficiência ou enriquecimento de oxigênio".

⁸A Norma Regulamentadora 35 foi aprovada pela Portaria da SIT n. 313, de 23.3.2012, com vigência prevista a partir de seis meses da publicação, exceto o capítulo 3 e subitem 6.4, que apenas após 12 meses entraram em vigor (DOU de 27.3.2012). Essa norma considera trabalho em altura a atividade executada acima de 2m (dois metros) do nível inferior, onde haja risco de queda.

Esse elenco contempla as principais normas técnicas e jurídicas nacionais que, de algum modo, sejam aplicáveis ao tema da Saúde Mental Relacionada ao Trabalho - ainda que de incidência restrita a determinado grupo profissional, ou que apenas tangenciem a questão.

Note-se, porém, que a redação da CLT remonta a um tempo em que não existia qualquer preocupação para com a dimensão imaterial dos ambientes de trabalho, muito menos a compreensão de que esse aspecto poderia afetar a saúde mental dos trabalhadores. O Capítulo V daquele diploma, que trata especificamente da Segurança e Medicina do Trabalho (arts. 154 a 223), carece de qualquer disposição expressa sobre saúde mental obreira. Portanto, existe quase que um vácuo legislativo no que concerne à proteção da saúde mental ocupacional e da dimensão imaterial ou relacional do meio ambiente do trabalho. Essa é, porém, uma questão que já integra, de modo específico, o ordenamento jurídico interno de muitas nações⁹⁻¹⁰⁻¹¹⁻¹²⁻¹³, registro que ora se faz para demonstrar a defasagem de nosso ordenamento jurídico, no aspecto.

⁹Em Portugal, a Lei n. 102/2009, de 10.9.2009, veio instituir o Regime Jurídico da Promoção e Prevenção da Segurança e Saúde no Trabalho, de acordo com o previsto no art. 284 do Código do Trabalho português e com o objetivo de transpor, para a ordem jurídica interna daquele país, a Directiva-Quadro n. 89/391, da CEE. Essa norma estabelece em seu art. 15, item 2, a obrigação de “[...] c) Combate aos riscos na origem, por forma a eliminar ou reduzir a exposição e aumentar os níveis de protecção; d) Assegurar, nos locais de trabalho, que as exposições aos agentes químicos, físicos e biológicos e aos factores de risco psicossociais não constituam risco para a segurança e saúde do trabalhador” (PORTUGAL, 2009).

¹⁰A Lei Orgânica do Trabalho da Venezuela (Decreto n. 8.938/2012) estabelece, em seu art. 185, que “El trabajo deberá prestarse en condiciones que: a) Permitan a los trabajadores su desarrollo físico y síquico normal; b) Les dejen tiempo libre suficiente para el descanso y cultivo intelectual para la recreación y expansión lícita; c) Presten suficiente protección a la salud y a la vida contra enfermedades y accidentes [...]” (VENEZUELA, 2012).

¹¹Na Suécia, a Lei n. 677, de 30.5.1991, dispõe em seu art. 1º, do Capítulo II, e art. 3º, do Capítulo III, que o trabalho deverá amoldar-se às diferentes aptidões físicas e mentais das pessoas, devendo o empregador esforçar-se para oferecer ao trabalhador oportunidade de variações e contatos sociais para estabelecer relação de cooperação e continuidade entre as tarefas individuais (OLIVEIRA, 2010, p. 94).

¹²Na Itália, o Decreto Legislativo n. 81, de 9.4.2008 e sucessivas modificações que compõem o texto único da Saúde e Segurança no Trabalho (DL n. 81/2008) impõem ao empregador a avaliação de todos os riscos relacionados ao trabalho, incluindo os chamados “emergentes”, dentre os quais, segundo art. 28, § 1º, do “texto único”, o “risco do estresse ligado ao trabalho”. Diante dos problemas interpretativos decorrentes dessa determinação genérica da lei, sua vigência foi postergada, até que, em 17.11.2010, a Comissão Consultiva em SST especificou as medidas coerentes com o marco legal, estabelecendo que a avaliação do estresse deve ser feita em todas as empresas, sem limite dimensional e sem exceções quanto à sua natureza (pública ou privada); a metodologia da avaliação dos riscos é composta de uma fase preliminar, na qual se realiza uma avaliação coletiva do nível de estresse organizacional e o empregador assume a obrigação de monitorar esses níveis; caso transpasse um risco significativo ou elevado de estresse relacionado ao trabalho, passa-se a outra etapa, que compreende “planejamento e atuação das intervenções corretivas”, com acompanhamento de resultados. Se ao fim disso tudo ainda persistirem os problemas, adota-se uma metodologia de maior complexidade, com o suporte de outros profissionais, como psicólogos, inclusive para prevenção de patologias relacionadas ao estresse (FANTINI, 2015, p. 313-319).

¹³Na Colômbia, a proteção à saúde mental dos trabalhadores tem sido assunto prioritário para o Ministério do Trabalho. O marco normativo associado ao tema é conjugado na Lei n. 1.090 de 2006,

Tais constatações, somadas à altíssima epidemiologia de TMCRT, sinalizam que o campo da Saúde Mental do Trabalhador e o direito fundamental a ele correlato enfrentam séria crise de efetividade em nosso País, o que impõe a adoção de novos rumos para o enfrentamento do problema.

Analisemos, adiante, as estatísticas envoltas nessa crise.

3 DEFICIT DE EFETIVIDADE

Ricardo Antunes e Luci Praun consideram que vivemos hoje na “sociedade dos adoecimentos no trabalho” (ANTUNES; PRAUN, 2015). Os debates realizados no decorrer de nosso curso permitiram constatar a cruel veracidade dessa afirmação teórica, pois profissionais da área do direito e peritos médicos relataram, em consenso, uma forte modificação na natureza das demandas apresentadas ao Judiciário Trabalhista, no decorrer das últimas décadas. As outrora numerosas denúncias envolvendo a ocorrência de acidentes típicos (amputações, traumatismos, intoxicações químicas, perdas auditivas induzidas por ruído, dermatites de contato, dentre outras), foram sendo paulatinamente substituídas por pedidos indenizatórios e de reintegração ao emprego envolvendo patologias de sobrecarga como as LER/DORT, os Transtornos Mentais e Comportamentais Relacionados ao Trabalho (doravante denominados TMCRT), as doenças de fundo psicossomático, denúncias de assédio moral, *straining*, Síndrome de Burnout, Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), Birôla (morte súbita de trabalhadores nos canais paulistas por excesso de trabalho), além dos dramáticos casos de suicídios relacionados ao trabalho.

Essa migração do mal-estar e sofrimento, dos corpos físicos dos trabalhadores para a esfera de suas mentes e psiquismo, foi considerada sinalizadora da necessidade de serem encontrados novos paradigmas de atuação para os profissionais envolvidos com o tema da

Resolução 2.346 de 2007 e Resolução 2.646 de 2008, sendo que esta última impõe às empresas públicas, privadas e de economia mista colombianas o dever de diagnosticar, monitorar e intervir para precaucionar os fatores de risco psicossocial relacionados ao trabalho, também estabelecendo a obrigação de ser realizada a avaliação anual de fatores como as características psicológicas do trabalho, as condições gerais de saúde dos trabalhadores e outras informações sociodemográficas e de resultados organizacionais, a ser realizada por um perito que deve ser psicólogo formado e licenciado, com pós-graduação em Saúde Ocupacional, que tenha pelo menos 100 horas de treinamento específico em riscos psicossociais laborais (SEGURA CAMACHO, 2015).

Saúde Mental Relacionada ao Trabalho¹⁴. E, diante do rumo que a morfologia do trabalho tem adquirido na atual etapa do capitalismo (i. e., precarizado objetiva e subjetivamente¹⁵), tudo indica que, ao longo das próximas décadas, deve se acentuar a tendência a que ele se torne, nas palavras de Oliveira (2010), cada vez mais “denso, tenso e intenso”.

Informes da Organização Mundial da Saúde sustentam que, em 2020, a depressão será a segunda causa de morte dentre todas as doenças do mundo. A campanha da OMS para o Dia Mundial da Saúde/2017 abordou essa questão, com o tema **Let’s talk** (vamos conversar), pretendendo conscientizar a população global sobre a necessidade de prevenção e tratamento desse problema. Para a próxima década, estima-se que será a maior causa de incapacitação para o trabalho e a doença que mais gerará custos econômicos e sociais para os governos, em função dos gastos com tratamento de saúde e perdas de produção (TOLEDO, 2011). Também está fortemente relacionada ao comportamento suicida e, embora existam tratamentos médicos eficazes para esse problema, menos da metade dos afetados no mundo (em alguns países, menos de 10%) chega a recebê-los, por falta de recursos, escassez de profissionais treinados, além do forte estigma social associado aos transtornos mentais em geral (ONU/BR, 2016). Nos Estados Unidos, já é a primeira causa de absenteísmo, e a frequência de depressão entre os trabalhadores varia de 12% a 17% (RAZZOUK, 2015, p. 68).

Os transtornos mentais têm figurado, nos últimos anos, como a terceira principal causa de concessão de benefício previdenciário por incapacidade no Brasil. Perdem apenas para os acidentes típicos traumáticos e para as doenças osteomusculares (SILVA-JUNIOR; FISCHER, 2015a; OLIVEIRA, 2010). Pesquisa conduzida por Sumi *et al.* (2015) conclui que

¹⁴A Saúde Mental Relacionada ao Trabalho - SMRT estuda as possíveis conexões entre o trabalho e seus impactos na saúde mental dos indivíduos, privilegiando a análise de aspectos ocupacionais que possam favorecer ou prejudicar esse aspecto da personalidade, o que é feito com recurso a uma transdisciplinaridade que incorpora conceitos de diferentes áreas do conhecimento. Segundo Edith Seligmann-Silva (2011), o objeto de estudo da SMRT é a “unicidade corpo-mente” - i. e., leva-se em conta não só as relações entre trabalho e processos de saúde-doença, mas também os desdobramentos da falta de trabalho sobre o psiquismo humano. É um olhar pluridimensional, que vai além do estudo das disciplinas do direito e do arcabouço jurídico-normativo em vigor, no sentido de uma compreensão transdisciplinar, que consiga abarcar as múltiplas dimensões do ser humano trabalhador (sócio-físio-psíquica), em suas interconexões com o mundo do trabalho.

¹⁵O crescimento do mercado informal de trabalho também constitui fonte de grande preocupação para juristas, sociólogos e economistas. Sebastião G. Oliveira considera a informalidade mais danosa do que a flexibilização trabalhista, porque conduz a trabalhos marginais, executados ao desabrigo de qualquer proteção legal, num fenômeno por ele chamado de “fábricas dispersas”, ou “células produtivas periféricas”, desenvolvidas em domicílios de operários pseudoautônomos, sob condições extremamente precárias - uma realidade que, segundo estatísticas do IBGE de 2009, já atingia uma proporção imensa de trabalhadores, pois apenas 49% deles atuavam, no Brasil, com registro do vínculo em CTPS (OLIVEIRA, 2010, p. 141).

os transtornos psiquiátricos estão entre as três maiores causas de incapacidade moderada e grave para atividades da vida diária; os transtornos mentais aposentaram, em 2012, cerca de 8% dos segurados, equivalendo à terceira maior causa de aposentadoria em nosso meio.

Existe, ademais, comprovada correlação entre os TMCRT e a ocorrência de aposentadoria precoce dos trabalhadores. Silva-Junior e Fischer (2015a) relatam que os transtornos mentais e comportamentais são importante causa de aposentadoria por invalidez. Entre 1999-2002, figuraram como a terceira causa de aposentadoria no Brasil (IMA de 12,4%); na cidade do Recife, em Pernambuco, entre 2000-2002, figuraram como a segunda causa das aposentadorias por invalidez (IMA de 15,14%), envolvendo principalmente casos de esquizofrenia (44,66%). No Estado da Paraíba, entre 2007-2011, os TMCRT foram a quarta principal causa de invalidez (IMA de 10%). Essa aposentação precoce em decorrência de doença mental parece ser, inclusive, uma tendência mundial, pois fato que se repete em vários países. A juíza Martha Schmidt (2010) menciona estudo realizado para monitoramento da saúde nacional alemã, no qual ficou evidenciado que desde 1995 as doenças mentais tornaram-se a principal causa de aposentadoria precoce naquele país, tendo praticamente dobrado de percentual em pouco mais de 10 anos (SCHMIDT, 2010, p. 496).

Em razão da magnitude global dos problemas relacionados aos agravos mentais de natureza ocupacional, a OIT estabeleceu como **prioridades** para suas futuras atuações em matéria de saúde e segurança no trabalho: **i)** fomentar o reconhecimento dos fatores de risco psicossocial como causa do estresse relacionado ao trabalho e de outros transtornos mentais, nas políticas e legislação dos Estados membros; **ii)** incentivar a inclusão do estresse ocupacional e dos transtornos mentais associados nas listas nacionais de enfermidades profissionais e apoiar o desenvolvimento de critérios diagnósticos relacionados a esse problema; **iii)** promover a incorporação dos fatores de risco psicossocial nas medidas de avaliação e gestão de riscos organizacionais e a aplicação de medidas coletivas de prevenção (tal qual ocorre com os outros riscos tradicionais), de modo a adaptar a organização e as condições de trabalho à desejada melhoria; **iv)** apoiar a aquisição de competências para essas formas de investigação e intervenção nos países em desenvolvimento (ILO, 2016, p. 20).

Por aqui, outro problema vem agravar todos os demais: a escassez e baixa confiabilidade de dados estatísticos. O **Anuário Estatístico da Previdência Social** (AEPS) não permite uma avaliação correta da totalidade dos eventos relacionados ao trabalho, porque ele toma como base primordial o preenchimento da CAT - Comunicação de Acidentes de Trabalho, o que permite aferir apenas uma fração do problema, já que, entre nós, ainda impera a subnotificação acidentária, decorrência de múltiplos fatores, dentre os quais: desconhecimento dos profissionais da área da

saúde acerca dos conceitos de Medicina do Trabalho e Saúde e Segurança do Trabalhador; trabalho realizado na informalidade, isto é, sem registro oficial na CTPS, o que impede o acesso aos benefícios previdenciários e mesmo à própria expedição da CAT; manipulação proposital de dados pelo empregador, que deixa de reconhecer a ocorrência do acidente ou doença ocupacional para se furtar às consequências jurídicas porventura decorrentes desse reconhecimento. Se considerada, pois, a totalidade dos adoecimentos (oficiais e oficiosos), a real dimensão do volume de acometimento por TMCRT, no Brasil, é verdadeiramente assustadora e representa, além de um notório *deficit* de efetividade do direito fundamental sob análise, um grave problema de saúde pública, a demandar urgente solução política.

Enquanto não sobrevenham políticas públicas específicas para preservar, prevenir e precaucionar a saúde mental do trabalhador, seremos todos (profissionais médicos e da área jurídica) confrontados com a necessidade de buscar alternativas para lidar com os subprodutos da crise nacionalmente instalada, dentre os quais, o aumento expressivo das demandas judiciais em que são buscadas tutelas reparatórias aos danos consumados ao psiquismo obreiro. Será preciso coragem e técnica para enfrentar esses problemas ampliados.

O presente estudo sugere, por isso, uma diversa forma de realização das perícias relacionadas aos alegados TMCRT, que busque compreender a eclosão sempre multifatorial desses agravos, que alcance uma visão da saúde humana como fruto de um processo **biopsicossocial** e que vislumbre o homem-trabalhador inserto numa ambiência cujas confluências e interações são dotadas de potencial para o melhor (a conquista da qualidade de vida no trabalho) ou para o pior (sofrimento, degradação psíquica e adoecimento mental), a depender da qualidade dessas inter-relações.

4 A ETIOLOGIA MULTIFATORIAL DOS TMCRT

A apuração da relação etiológica entre distúrbios psíquicos e comportamentais e o trabalho é decerto a questão mais polêmica em matéria de Saúde Mental Relacionada ao Trabalho; bem por isso, não há pretensão a esgotar ou sequer abordar em profundidade esse tema.

O primeiro passo na busca de uma investigação judicial mais apta a lidar com o problema dos TMCRT exige compreender que para eles não vigora o modelo **unicausal**, predominantemente utilizado para a explicação dos adoecimentos típicos. Se o contato com um vírus serve para explicar o acometimento do trabalhador por Hepatite ou Síndrome de

Imunodeficiência Adquirida (SIDA), conforme paradigma da **unicausalidade**, uma lógica diversa deve reger as investigações nos adoecimentos psíquicos ou psicossomáticos laborais, a exigir um estudo multifatorial dos agentes deflagradores ou agravantes, devendo ser levados em conta os determinantes sociais e as questões subjetivas relacionadas ao exercício laboral.

Perícias relacionadas à higidez mental ocupacional devem levar em conta sempre a multidimensionalidade do ser (biológica, social, histórica), com ênfase nos aspectos relacionados à *Gestalt* labor-ambiental¹⁶, a cujas confluências o indivíduo permanece exposto durante pelo menos um terço de sua vida útil (considerada a jornada padrão laboral de oito horas diárias).

Enormes são as dificuldades enfrentadas pelos profissionais que pretendem realizar o diagnóstico desses transtornos mentais, cuja etiologia pluridimensional¹⁷ não raro conduz à (fácil) conclusão de que, sendo múltiplas as causas, o trabalho jamais deveria ser considerado determinante na eclosão da patologia. Esse argumento tem servido de base para laudos que, açodadamente, refutam a presença do liame causal, ensejando contramarchas processuais improfícuas, com prejuízo à segurança jurídica e afronta à desejada celeridade do processo - podendo, ao fim, conduzir a uma decisão que não assegure mínima efetividade ao direito humano fundamental em foco.

Carlos E. Carrusca Vieira, estudioso dos transtornos de estresse pós-traumático (TEPT) considera que defender o argumento da “predisposição psicológica individual”, sem considerar toda a trajetória do sujeito, incluindo traumas recentes, pode resultar em uma abstração incapaz de dar conta da complexidade dos fatos. O autor contesta, por isso, as formulações usuais que pressupõem a possibilidade de se estabelecer uma “causalidade linear” entre patologia mental e trabalho. Para

¹⁶*Gestalt* é palavra alemã sem tradução exata em português, refere-se ao que é “exposto ao olhar”, ou “o que é colocado diante dos olhos”. Em um período inicial, a psicologia ambiental realizava investigações dispersas sobre as relações do ser humano com seu ambiente mediante análise atomista, isto é, o objeto era percebido pelas suas partes componentes, organizadas posteriormente por associação. A superação desse paradigma veio com o princípio do “supersoma” da *Gestalt* (tornando-se um de seus postulados), na primeira metade do Século XX. Assim, “sob o pressuposto de que é através do todo, ou melhor, da percepção da totalidade que a razão pode decodificar e assimilar uma imagem ou um conceito, que essa ciência começou a configurar um corpo teórico próprio à luz da noção Sistêmica da realidade” (RIBEIRO *et al.*, 2009, p. 48).

¹⁷Pesquisas desenvolvidas pelo ramo da psicopatologia desenvolvimental (POLANCZYK, 2009) convergem no sentido de que os transtornos mentais surgem a partir de inter-relações dimensionais complexas, em múltiplos níveis, e que envolvem: i) características específicas do indivíduo (fatores biológicos, genéticos e psicológicos); ii) características ambientais (cuidado parental, relacionamentos interpessoais, exposição a eventos estressores); iii) fatores sociais (rede de apoio social, vizinhança, nível socioeconômico).

ele, essa não é uma lógica adequada à elucidação da origem dos transtornos mentais e comportamentais, para os quais o adoecimento é sempre **multideterminado**, de modo que a lógica da concausalidade se afigura mais adequada, isto é,

Em vez de pressupor uma única causa para o transtorno ou enfermidade, deve-se considerar que ele resulta de um encadeamento de experiências - o que não impede, todavia, que seja classificado como uma patologia relacionada ao trabalho. (VIEIRA, 2014, p. 260).

É preciso, pois, ter muita atenção às peculiaridades dos adoecimentos mentais relacionados ao labor. Bernardino Ramazzini já alertava, há mais de três séculos, para o fato de que o trabalho pode ser fonte de adoecimento, para a qual o médico deve sempre estar atento ao analisar seu paciente. Ele estabeleceu o que entendia ser uma correta postura do profissional da saúde na busca das causas das enfermidades, recomendando:

[...] E assim, **o médico que vai atender a um paciente proletário não se deve limitar a pôr a mão no pulso, com pressa, assim que chegar, sem se informar de suas condições; não delibere de pé sobre o que convém ou não convém fazer, como se não jogasse com a vida humana; deve sentar-se, com a dignidade de um juiz, ainda que não seja em cadeira dourada, como em caso de magnatas; sente-se mesmo em um banco, examine o paciente com fisionomia alegre e observe detidamente o que ele necessita dos seus conselhos médicos e dos seus cuidados piedosos.** Um médico que atende um doente deve informar-se de muita coisa a seu respeito pelo próprio e pelos seus acompanhantes, segundo o preceito do nosso Divino Preceptor, 'quando visitares um doente convém perguntar-lhe o que sente, qual a causa, desde quantos dias, se seu ventre funciona e que alimento ingeriu', são palavras de Hipócrates no seu livro **Das Afecções**; a estas interrogações devia-se acrescentar outra: **'e que arte exerce?'**. Tal pergunta considero oportuno e mesmo necessário lembrar ao médico que trata um homem do povo, que dela se vale para chegar às causas ocasionais do mal, a qual quase nunca é posta em prática, ainda que o médico a conheça. **Entretanto, se a houvesse observado, poderia obter uma cura mais feliz.** (RAMAZZINI, 2016, p. 24) (Grifos nossos).

A mesma postura é recomendada por Álvaro R. Crespo Merlo, para quem o profissional da saúde, ao realizar o diagnóstico da enfermidade do trabalhador, deve procurar “separar o que é da história de cada um”, ou seja, distinguir qual aspecto patológico decorre de razão exclusivamente endógena, daquelas que possam derivar das formas de gestão e qualidade das relações de trabalho. Deve verificar a quais características da organização do trabalho o indivíduo está submetido, e sugere que essa busca se inicie por uma simples pergunta: “como você se sente no trabalho?”. Essa é uma diretriz, segundo explica, que permite o reconhecimento e a identificação do nexo causal a partir de uma escuta compreensiva e acolhedora, e que reduz a possibilidade dos equívocos na avaliação do sofrimento psíquico relacionado ao trabalho, que nem sempre produz sintomas claros, pois costumam se refletir em todo o corpo do trabalhador (MERLO; BOTTEGA; PEREZ, 2014).

Sumi *et al.* (2015) recomendam que o perito, na investigação da gênese do adoecimento, empregue conhecimentos epidemiológicos, realize anamnese detalhada da percepção do trabalhador sobre seu adoecimento, pesquise antecedentes mórbidos pessoais e familiares, além de outros fatores de risco para o adoecimento, como uso de álcool ou drogas, e busque perquirir outros acontecimentos traumáticos nas diversas esferas de sua vida. Reputam de grande valia a realização de vistorias no local de trabalho, pois condições físicas desfavoráveis, como ruído excessivo, alta carga de exigências, ausência de pausas, escalas horárias desorganizadas, excesso de horas extraordinárias, são fatores que contribuem para o adoecimento mental e representam condições só verificáveis *in loco*. Sugerem que nessa visita o perito esteja atento à forma de organização do trabalho, às políticas de pessoal na empresa, aos ritmos de trabalho impostos, assim como às exigências mentais do trabalho, incluindo o grau de atenção e concentração necessários ao exercício da tarefa, além da questão da autonomia para a tomada de decisões. Todos esses cuidados são necessários porque um mesmo fator de risco pode ocasionar, em diversos trabalhadores, diferentes respostas e repercussões psíquicas. Algo que para um indivíduo constitua estímulo ao bem trabalhar, para outro pode se converter numa condição extenuante e adoecedora (SUMI; LOPES; CAMPOZAN; MORANA; CORDEIRO, 2015, p. 277-278).

É sabido, ademais, que mesmo os tradicionais fatores de risco (físicos, químicos, biológicos, acidentários) podem desencadear agravos mentais das mais variadas espécies. Camargo cita o exemplo, clássico, da contaminação acidental de trabalhador pelo vírus HIV, um agente biológico potencialmente deflagrador de aspectos neuropsiquiátricos secundários à infecção, dentre os quais cita:

[...] a) Demência - encefalopatia encontrada em ampla parcela dos pacientes infectados; b) *Delirium* - deve ser sempre investigado se não houve uma nova agressão ao Sistema Nervoso Central; c) Transtornos de Ansiedade - mais comumente encontrados os transtornos de ansiedade generalizada, os transtornos de estresse pós-traumáticos e os transtornos obsessivo-compulsivos; d) Transtornos de Ajustamento - podem ocorrer simultaneamente com ansiedade ou humor deprimido; e) Transtornos Depressivos - ocorrem em 4% a 40% dos pacientes infectados, sendo a prevalência desse transtorno na pré-infecção por HIV, maior em grupos de riscos do que em outros; f) Abuso de Substâncias - encontrados em dependentes que contraíram a doença e nos que passam a usá-las numa tentativa de minimizar sua ansiedade e depressão; g) Suicídio - a ideação e a tentativa são maiores na população infectada, principalmente naqueles que perderam amigos com a doença, receberam notificação recente de soropositividade para o HIV, com apoio social e financeiro inadequado e outras. (CAMARGO *et al.*, 2010, p. 153).

Merece atenção, ademais, a perniciosidade da exposição do indivíduo a mais de um fator de risco psicossocial durante a jornada de trabalho, o que deve ser levado em conta no momento de aferir as reais condições de trabalho, como previsto nas Convenções da OIT de n. 148 (art. 8.3)¹⁸ e 155 (art. 11, “b”)¹⁹. Christophe Dejourn já dizia, desde suas primeiras obras, que:

[...] o conflito entre a economia psicossomática e a organização do trabalho potencializa os efeitos patogênicos das más condições físicas, químicas e biológicas do trabalho. (1992, p. 128).

¹⁸A Convenção 148 da OIT dispõe sobre “Contaminação do ar, ruído e vibrações” e, em seu art. 8.3, item 3, estabelece: “Os critérios e os limites de exposição deverão ser fixados, completados e revistos com regularidade, à luz dos conhecimentos e dos novos dados nacionais e internacionais, tendo em conta, na medida do possível, todos os aumentos dos riscos profissionais resultantes da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho”. Essa norma foi aprovada, no Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 56, de 9.10.1981, e promulgada pelo Decreto n. 93.413, de 15.10.1986 (RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 150).

¹⁹A Convenção 155 da OIT, que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores, estabelece, em seu art. 11, que na concretização das medidas decorrentes da política de segurança e saúde no trabalho: “[...] devem ser tomados em consideração os riscos para a saúde provocados por exposições simultâneas a várias substâncias ou agentes”. Essa norma foi aprovada, no Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 2, de 17.3.1992, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 1.254, de 29.9.1994 (RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 150).

Da mesma forma, Sebastião Geraldo de Oliveira (2010) fala em “fatores cruzados” de risco para a saúde do trabalhador, ao tratar das situações em que o sujeito se expõe a uma “constelação de ameaças”, como a presença de substâncias insalubres e agentes perigosos, problemas na gestão de segurança, questões de *design* do local de trabalho, deficiências ergonômicas, riscos associados às nanotecnologias, risco acentuado de acidentes e outros.

Não obstante a enorme importância dessa dimensão psicossocial ambiental, ela ainda é bastante negligenciada por alguns peritos, operadores do direito e, lamentavelmente, também por muitos magistrados que, ignorando a multifatorialidade do adoecimento mental e toda a riqueza das dimensões “bio-psico-social” da saúde do trabalhador, permitem ser convencidos por pareceres médicos calcados em explicações individualizantes para os problemas de saúde mental do trabalhador, ou até mesmo culpabilizantes da vítima, dentre as quais despontam como mais frequentes aquelas que se fixam exclusivamente em argumentos como os da “propensão” do indivíduo ao desenvolvimento de determinadas patologias por fatores hereditários, ou as calcadas em teorias de personalidades “pré-mórbidas”, para não falar daquelas que, pura e simplesmente, invocam razões de cunho biológico (degenerescência, senilidade, climatério, suscetibilidade hormonal, falta de resiliência, dentre outras) para afastar o liame de causalidade laboral.

Sem excluir, obviamente, a relevância desses fatores individuais predisponentes, assim como daqueles de natureza extralaboral, é necessário compreender que a investigação pericial não pode deixar *a latere* as condições ambientais e psicossociais envolvidas no exercício da profissão. Um olvido de tal jaez é duplamente pernicioso, pois além de conduzir a uma solução judicial equivocada (e, bem por isso, injusta), ceifa do empregador a oportunidade de conhecer os problemas existentes na organização do trabalho e de neles interferir, em níveis adequados de prevenção e controle - o chamado “retorno de experiência”. Com isso, a tendência do problema é, infelizmente, a de se perpetuar, espalhando-se o adoecimento no interior da organização.

Não raro se vê, nas lides forenses, empresas que são acionadas diversas vezes por conta de denúncias de adoecimento psíquico assemelhado (depressão, Burnout, TEPT, dentre outros), envolvendo trabalhadores de um mesmo setor, ou submetidos a uma mesma chefia assediadora ou, ainda, expostos a ambientes de trabalho psicossocialmente degradados. A repetição desses males sinaliza que algo ali (no seio da organização) não vai bem, mas, decorrência da própria natureza dos processos judiciais, as soluções para o problema são costumeiramente proferidas de modo individualizante (focadas apenas no sujeito-enfermo),

calcadas em medicamentação da vida (cura química momentânea por psicofármacos variados) e, muito comumente, no paradigma da monetização do agravo (paga-se indenização pela saúde consumida), sem que o verdadeiro problema, situado na ordem do coletivo de trabalho, reste solucionado.

Disso tudo decorre a importância de peritos, magistrados e advogados levarem em conta, na avaliação donexo causal em alegados TMCRT, não apenas as condições pessoais do indivíduo adoecido, mas também a qualidade da dimensão imaterial (ou relacional, ou psíquica) do meio ambiente de trabalho ao qual ele permanece exposto durante o exercício de suas atividades rotineiras. Disso trataremos a seguir.

5 A DIMENSÃO IMATERIAL DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

A noção jurídica de meio ambiente do trabalho era restrita, inicialmente, aos seus elementos físicos, como as características do edifício, as condições de luminosidade, presença de fatores de risco químico-biológico e outros. Essa noção hoje resta bastante ampliada, pois a própria dinâmica dos processos de trabalho complexificou os ambientes laborativos e os modos de trabalhar, exigindo a construção de uma nova definição, capaz de apreender a multiplicidade de aspectos, fatores e confluências envolvidos nessa dimensão labor-ambiental, o que abrange tanto os clássicos aspectos materiais (ou físicos), como os novos aspectos imateriais, intangíveis ou relacionais.

Guilherme G. Feliciano considera que as definições correntes de meio ambiente do trabalho costumam pecar, quando olvidam uma dimensão muito importante, “própria e inerente” a essa ambiência, a saber: a dimensão psicológica. O autor vai além dos conceitos tradicionais e formula a seguinte definição para a totalidade da ambiência ocupacional:

Meio ambiente do trabalho é o conjunto (= sistema) de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e **psicológica** que incidem sobre o homem em sua atividade laboral, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem. (FELICIANO, 2015, p. 13) (G. n.).

Victor Hugo de Almeida (2015) divide os fatores que influenciam a qualidade do meio ambiente de trabalho em duas categorias: **i) fatores ambientais**: correspondentes aos aspectos geográficos (clima, vegetação, radiação ultravioleta etc.); arquiteturais-tecnológicos (estrutura das áreas de trabalho, arranjo espacial, ergonomia, poluição sonora, aparatos tecnológicos, maquinários etc.); socioculturais (clima social na empresa, aplicação e eficácia da legislação, *status* socioeconômico individual e coletivo, crenças e práticas culturais e religiosas etc.) e organizacionais (rotinas, procedimentos, normas coletivas, estrutura hierárquica, jornadas de trabalho, sistemas de pausas e intervalos etc.) e, **ii) fatores pessoais**: correspondentes aos aspectos biogenéticos dos trabalhadores (sexo, idade cronológica, deficiências físicas etc.); aspectos comportamentais (participação em programas de promoção de saúde, anti-tabagismo, consumo de álcool etc.), e aspectos psicológicos (otimismo, criatividade, extroversão, habilidade interpessoal, esgotamento, depressão, estresse, níveis de pressão, satisfação com o trabalho etc.). Para Almeida, a inter-relação entre todos esses fatores, ambientais e pessoais, é que determinará as características e a qualidade labor-ambiental, num processo contínuo, sinérgico e dinâmico.

É ponto pacífico, hoje, que determinadas formas de organização do trabalho e determinados fatores presentes nos contextos laborativos são aptos a gerar intenso sofrimento psíquico e psicopatologias para os trabalhadores a elas expostos.

Margarida Barreto e José Roberto Heloani (2015) consideram importante a identificação e controle de “riscos invisíveis” presentes nos ambientes de trabalho e chamam a atenção para a condição afetiva relacional, pois, segundo alertam:

[...] em um ambiente relacionalmente degradado, o risco não visível é ampliado e disseminado, contagiando e adoecendo um maior número de pessoas.

A gravidade de cada caso depende do nível de exposição, intensidade e duração no tempo, mas sem dúvida os riscos são importantes na avaliação das condições de trabalho e saúde dos trabalhadores.

A preservação da higidez psicossocial do meio ambiente de trabalho exige esforços permanentes e treinamento adequado dos gestores para um manejo correto dos múltiplos fatores envolvidos em suas diferentes dimensões.

No Brasil, não há consenso sobre a exata abrangência dos riscos psicossociais labor-ambientais²⁰⁻²¹. A falta de normatização sobre o tema e a escassez de estudos jurídicos específicos constituem um complicador para o alcance de uma adequada sistematização do assunto. Podem-se relacionar, todavia, algumas definições já apresentadas em estudos internacionais e nacionais sobre essa questão.

Informe da OIT, lançado em comemoração ao Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho - 2016, ao tratar de aspectos da prevenção ao estresse ocupacional, define os riscos psicossociais como:

[...] as interações entre o meio ambiente do trabalho, o conteúdo do trabalho, as condições da organização e as capacidades, necessidades e cultura do trabalhador, assim como as condições pessoais externas ao trabalho que possam, em função das percepções e da experiência, influenciar a saúde, o rendimento no trabalho e a satisfação do trabalhador. (ILO, 2016, p. 3).

Relatório do Bureau Internacional do Trabalho (BIT) indica que os fatores psicossociais de risco constituem sério problema em dimensão mundial, pois “afetam todos os países, todas as profissões e todos os trabalhadores”. O aumento das políticas de flexibilização e a ampliação da própria precariedade dos empregos tende a agravar as preocupações acerca desse assunto. A longo prazo, a presença do estresse relacionado ao trabalho e de outros fatores

²⁰Heloani e Barreto apontam como indicadores de risco psicossocial nas organizações os seguintes: a) cultura organizacional que aprova comportamento de assédio moral ou não o reconhece como problema; b) mudanças repentinas na organização; c) níveis extremos de exigência e pressão; d) ambiguidade de papéis, criando falsas expectativas quanto ao trabalho realizado; e) comunicação escassa, ordens confusas, fluxos pobres de informação; f) péssimo relacionamento entre colaboradores e a alta hierarquia; g) degradação das relações afetivas, condutas abusivas e agressões verbais, instruções confusas sobre responsabilidades; h) deficiências na política de RH e falta de valores éticos e morais; i) estilos de supervisão autoritários; j) falta de reconhecimento pelo trabalho realizado, destruição da cultura e do espírito de coletivo (2015, p. 147-160).

²¹Grácia Elisabeth Fragalá aponta que os fatores de risco psicossocial nos ambientes de trabalho são aqueles potencialmente favorecedores do adoecimento psíquico, assim elencados: a) organização do trabalho deficiente: problemas com a demanda de trabalho, pressão com relação ao cumprimento de prazos, flexibilidade nas decisões, recompensa e reconhecimento, apoio dos supervisores, clareza do trabalho, concepção do trabalho, comunicação deficiente; b) cultura organizacional: falta de políticas, normas de cultura organizacional e procedimentos relacionados à dignidade e respeito para com todos os trabalhadores, assédio e intimidação de gênero, estigmatização devido à condição relacionada ao HIV, à intolerância à diversidade étnica ou religiosa, à falta de apoio a estilos de vida saudáveis; c) estilo de gestão de comando e controle: ausência de consultas, negociações, comunicação recíproca, *feedback* construtivo, gestão do desempenho de forma respeitosa; d) falta de apoio para um equilíbrio entre vida profissional e familiar; e) medo da perda de emprego relacionado a fusões, aquisições, reorganizações ou devido ao próprio mercado de trabalho (2015, p. 101).

de risco psicossocial podem originar: lesões musculoesqueléticas e outras doenças como hipertensão, úlceras digestivas e doenças cardiovasculares. O estresse ocupacional pode ter influência para além da relação de trabalho, trazendo consequências pessoais como “violência, abuso de drogas, de tabaco e álcool, e uma tensão ao nível das relações familiares e pessoais”, além de ser importante fator para o desencadeamento da depressão ou mesmo do suicídio - fatores que, no conjunto, indicam altíssimo custo, do ponto de vista do sofrimento humano e de impacto social (BIT, 2010, p. 11).

A taxonomia dos fatores de risco psicossocial relacionados ao trabalho adotada pela Organização Internacional do Trabalho pode ser assim esquematizada:

Quadro 2 - Taxonomia dos fatores de risco psicossocial relacionados ao trabalho

Conteúdo do trabalho	Monotonia, ciclos curtos de execução, trabalho excessivamente fragmentado ou sem sentido, baixo uso de conhecimentos, alta insegurança.
Ritmo do trabalho	Sobrecarga ou subcarga de trabalho; ritmos maquínicos; altos níveis de pressão temporal; contínua sujeição a prazos.
Controle do trabalho	Baixa participação nos processos decisórios, falta de controle acerca da carga de trabalho, ritmos etc.
Horário de trabalho	Horários de trabalho inflexíveis, trabalho em turnos, trabalho noturno, em horários imprevisíveis ou que impeçam o convívio social.
Meio ambiente e equipamentos	Inadequada disponibilidade, adequação ou manutenção de equipamentos de trabalho; condições ambientais deficientes, como falta de espaço, baixa luminosidade, excesso de ruído.
Papel na organização	Papéis ambíguos, conflitantes, alta responsabilidade por pessoas.
Cultura organizacional e funções	Comunicação inadequada, baixos níveis de apoio para a resolução de problemas e para o desenvolvimento pessoal, falta de definição ou de concordância acerca dos objetivos organizacionais.
Relações interpessoais no trabalho	Isolamento físico ou social, má qualidade das relações com os superiores hierárquicos, conflitos interpessoais, falta de suporte social, presença de <i>bullying</i> ²² , assédio moral ou sexual.
Desenvolvimento da carreira	Estagnação e incerteza na carreira, preterições de cargo ou promoções merecidas, salários deficientes, insegurança no emprego, baixa valorização social do trabalho.
Interface trabalho e família	Exigências contraditórias entre trabalho e família; baixo apoio familiar; problemas decorrentes de dupla carreira ou profissão.

Fonte: Elaborada a partir dos estudos de Marlen Hupke (2017) e International Labour Organization (1986).

²²O *bullying*, no Brasil, não é fenômeno legalmente previsto como inerente ao meio ambiente de trabalho. A Lei n. 13.185/2015 dispõe, em seu art. 1º: “Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) em todo o território nacional. § 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) **todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas**”. O art. 2º estabelece: “Caracteriza-se a intimidação sistemática (*bullying*) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda: I - ataques físicos; II - insultos pessoais; III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos; IV - ameaças por quaisquer meios; V - grafites depreciativos; VI - expressões preconceituosas; VII - isolamento social consciente e premeditado; VIII - pilhérias. Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial”. Portanto, o *bullying* não é algo exclusivo das relações de trabalho, em cujo seio tem predominado o uso da expressão “assédio moral”, já consagrado na doutrina e jurisprudência nacionais.

Uma classificação nacional bastante precisa dos fatores de risco psicossocial nos ambientes de trabalho foi recentemente elaborada por Ney Maranhão, compreendendo três dimensões, a saber: **i)** as condições de trabalho: representam os aspectos físico-estruturais do ambiente, os clássicos elementos físicos, químicos e biológicos, além das condições estruturais e mobiliário, expressão mais próxima do que se conhece por **local** de labor propriamente dito; **ii)** a forma de organização do trabalho: o arranjo técnico-organizacional estabelecido para a execução das tarefas; engloba fatores relacionados ao modo de produção, tempos e ritmos do trabalho, conteúdo das tarefas, jornadas de trabalho, modos de remuneração, conhecimento do trabalho e técnicas de gerenciamento da atividade e cobrança de resultados; são as exteriorizações da relação homem/técnica, e **iii)** a qualidade das interações socioprofissionais: são as relações travadas no cotidiano do trabalho, em todos os níveis, cuja degradação pode envolver questões atinentes à prática das formas de violência no trabalho (assédio, discriminação, exploração etc.) e ao suporte social erigido no contexto laborativo. São fatores que compõem, segundo o autor, uma trama complexa e sujeita a interconexões, cujo reconhecimento, além de propiciar melhor compreensão da exata dimensão ambiental, permite uma atuação no sentido da prevenção dos agentes estressores, com alguma margem de aferição técnica e antecipação de medidas corretivas no caso de um eventual acúmulo de afetações labor-ambientais desequilibrantes (MARANHÃO, 2016, p. 420-423).

Um grande problema em relação à avaliação donexo causal é a desconsideração, pelos peritos do órgão previdenciário, dos riscos psicossociais do trabalho e suas influências sobre o adoecimento mental. Estudo realizado em São Paulo por Silva-Junior e Fischer (2015a) revelou que, dentre os requerentes de auxílio-doença por transtornos mentais com afastamento superior a 15 dias, os quadros mais frequentes eram os transtornos depressivos (40,4% - CID-10 F32), seguidos dos transtornos ansiosos (19,8% - CID-10 F41)²³. Porém, de um universo de 131 requerentes, apenas 23,7% dos adoecimentos mentais foram oficialmente considerados como relacionados ao trabalho. Os autores da pesquisa criticam esses resultados por considerá-los divorciados da realidade. Segundo expõem, a falta de padronização dos protocolos para abordagem dos fatores de risco psicossocial dificultou esclarecer o nexocausal entre doença mental e estressores ocupacionais, resultando, muitas vezes, em aferição equivocada desse nexocausal. Além disso, as ferramentas de

²³Os participantes eram majoritariamente do sexo feminino (68,7%), na faixa etária inferior a 40 anos (73,3%), casados ou em união estável (51,1%) e com escolaridade igual ou superior a 11 anos (80,2%). Em relação aos hábitos e estilos de vida, a maioria não era tabagista (80,9%), não ingeria bebida alcoólica habitualmente (84%) e praticava atividade física (77,9%).

análise da Previdência Social não levaram em consideração a presença de fatores psicossociais no trabalho e, com isso, trabalhadores que sofreram exposição ocupacional a tais estressores não tiveram o seu benefício caracterizado como acidentário (B-91) por equívocos da perícia médica. Alguns dos requerimentos de auxílio-doença em que havia inclusive indicação de NTEP foram descaracterizados pelos peritos e a não realização da vistoria dos ambientes de trabalho trouxe sérios prejuízos aos trabalhadores, pela exclusão desse nexos técnico epidemiológico legal. Para os autores, esses dados estatísticos podem ser considerados ainda mais graves devido ao fenômeno da **subnotificação** das doenças ao órgão previdenciário - resultado tanto da omissão propositada patronal como do trabalho informal que cada vez mais se amplia em nossa sociedade, notadamente nos momentos de crise econômica. Em relação aos sujeitos da pesquisa (inclusive aqueles que tiveram negados os benefícios pelo órgão previdenciário), foram aplicados questionários e realizadas entrevistas visando identificar a presença dos fatores de risco psicossocial no trabalho, tomando por base modelos adaptados do **Swedish Demand-Control-Support Questionnaire (DCSQ)** e do **Effort-Reward Imbalance Questionnaire (ERI-Q)** e, a partir dos resultados, foram identificados como fatores de risco psicossocial majoritariamente presentes: realização de trabalhos de alta exigência, isto é, alta demanda e baixo controle (56,5%); baixo apoio social (52,7%), excesso de comprometimento (87,0%). A discrepância que sobressai entre a alta presença de estressores psicossociais no trabalho e o baixo índice de reconhecimento do nexos causal ocupacional levou os pesquisadores a concluir que a perícia médica oficial “deixou de levar em conta os fatores de risco psicossocial presentes nos trabalhos dos adoecidos”, assim como “as variáveis sociodemográficas, hábitos e estilo de vida” do trabalhador. Por isso, levantam a hipótese de que:

As ferramentas utilizadas pela Previdência Social não são adequadas para avaliar os impactos de fatores psicossociais negativos do trabalho sobre o adoecimento mental na amostra da população estudada.

E concluem seus estudos com a seguinte recomendação:

A aplicação de ferramentas validadas cientificamente é uma estratégia que pode auxiliar os peritos na definição do nexos técnico previdenciário. Uma das suas vantagens é indicar **fragilidades organizacionais** que requerem grande carga de enfrentamento por parte das pessoas expostas e, portanto, situações nas quais

o trabalho exerce repercussão negativa sobre a saúde dos trabalhadores. (SILVA-JUNIOR; FISCHER, 2015b, p. 742-743) (G. n.).

Muitas das “fragilidades organizacionais” mencionadas por Silva-Junior e Fischer representam exatamente os denominados riscos psicossociais labor-ambientais. Conhecê-los e entender como podem impactar o psiquismo dos trabalhadores a eles expostos é de fundamental importância para formular estratégias eficazes de prevenção ao adoecimento no trabalho. Quando a dimensão psicossocial se encontra altamente desequilibrada, i. e., quando o empregador ou tomador de serviços deixa de se importar com a adequada aferição e manejo dos riscos imateriais relacionados ao trabalho, isso pode propiciar um verdadeiro adoecimento **organizacional**, que prejudica não só a saúde psicofísica dos trabalhadores (de modo individual), mas também o próprio direito metaindividual ao ambiente de trabalho sadio, devido ao desequilíbrio sistêmico que nele se instala.

Guilherme Feliciano explica que esse tipo de desequilíbrio sistêmico pode ser aferido por “indícios fenomênicos” que funcionariam como “pistas” (dicas, sinalizações) condutoras da investigação acerca da qualidade do meio ambiente laboral e da presença ou não das “causalidades sistêmicas” promotoras de agravos à saúde dos trabalhadores. Dentre essas sinalizações, elenca:

[...] **i)** afetação multitudinária: trabalhadores expostos às mesmas condições ambientais agressivas tendem a experimentar lesões semelhantes (físicas ou psíquicas); **ii)** autuações administrativas reiteradas pelo Ministério do Trabalho, com objetos similares ou iguais (a reiteração indica, por si, uma afetação sistêmica); **iii)** imperícia organizacional (aqui compreendida como a inaptidão do empresário para organizar os fatores de produção e deles extrair o melhor resultado, sem prejudicar a saúde e segurança dos trabalhadores colocados à sua disposição); **iv)** a constatação pericial-ambiental de riscos agravados ou proibidos, isto é, evidências ou provas de que os riscos presentes nos locais de trabalho ultrapassam os limites legais (limites de tolerância cientificamente estabelecidos) e/ou não se resumem aos riscos inerentes à própria atividade econômica. (FELICIANO, 2015, p. 23).

Uma danosidade sistêmica no ambiente de trabalho pode ser provocada, por exemplo, pela presença de um risco físico-químico, como o mercúrio, substância dotada de alta neurotoxicidade, fortemente nociva

à saúde mental dos trabalhadores²⁴. Como ela, existem muitas outras (algumas já com seus efeitos perniciosos conhecidos pela ciência, outras ainda a demandar o avanço do estado da técnica para que se estabeleça o nexo), revestidas de potencial para ocasionar desorganização nos elementos constitutivos do *habitat* laboral, a tal ponto que torne impróprias as suas condições para a saúde da generalidade dos seres humanos a elas expostos.

É importante que peritos e magistrados estejam atentos, quando da investigação sobre a presença do nexo causal em TMCRT para indícios fenomênicos de que exista uma proliferação ou junção de fatores de risco ambientais (físicos, químicos, biológicos, psicossociais) indicativa de danosidade sistêmica labor-ambiental, porque quando esses riscos são desconhecidos pelo empregador, ou (pior) são conhecidos mas propositadamente ignorados, amplia-se a chance de deflagração do adoecimento psicofísico dos trabalhadores a eles expostos, podendo-se afirmar, nesse contexto, a presença do nexo causal ou, pelo menos, da concausalidade adoecedora.

6 CAUSA E CONCAUSA NOS TMCRT

Muitas podem ser as finalidades do estabelecimento de nexo causal entre o adoecimento e as condições do trabalho: **i)** permitir uma orientação terapêutica adequada, quando tenham por foco o restabelecimento da saúde do trabalhador; **ii)** embasar ações governamentais de vigilância epidemiológica; **iii)** fornecer registro de informações para fins previdenciários ou de direcionamento de políticas públicas preventivas em determinados setores profissionais ou econômicos; **iv)** subsidiar

²⁴Sobre os TMCRT passíveis de deflagração ou agravamento pela exposição ao mercúrio, veja-se a relação do Decreto n. 3.048/1999, Anexo II (Grupo V da CID-10). Paulo Roberto L. Ebert cita que a exposição ao mercúrio é danosa ao sistema nervoso independentemente das concentrações atmosféricas, haja vista a alta volatilidade do metal, sua capacidade de impregnação em pisos, paredes e roupas e a sua intensa acumulação nos tecidos do corpo humano, principalmente no sistema nervoso central. É um produto presente no fabrico de pilhas, termômetros e barômetros, interruptores e relês elétricos, lâmpadas, amálgamas dentais, produtos farmacêuticos etc. Diante dessa toxicidade, a OMS recomendou, na sua Nota Descritiva n. 361/2012, a progressiva eliminação da utilização desse elemento como matéria-prima na produção de itens não essenciais. O autor considera que a presença de mercúrio, em qualquer concentração atmosférica, constitui um fator de desequilíbrio labor-ambiental que traz riscos para a integridade psicofísica mesmo nas medições abaixo dos limites do Anexo 11 da NR-15 (Portaria n. 3.214/1978), que é de 0,04mg/m³. Esse limite constitui, segundo argumenta, apenas uma presunção *juris tantum* de legalidade, que admite demonstração em contrário, relativamente ao nexo entre o adoecimento e a exposição ao produto químico, como medida de proteção ao trabalhador. Trata-se de situação em que o limite da Norma Técnica está desatualizado em relação aos estudos mundiais sobre o tema, o que exige a realização de revisão, tanto da própria norma como das pesquisas que lhe serviram de suporte (EBERT, 2015, p. 413-425).

iniciativas patronais voltadas à promoção de saúde e segurança dos trabalhadores; v) servir de base à decisão do magistrado, quando realizada no bojo de uma ação judicial. Trataremos especificamente desta última hipótese, i. e., das perícias realizadas para efeitos de orientar decisões judiciais relacionadas a tutelas jurídicas vindicadas, como as ordens de reintegração ao emprego por desrespeito a estabilidade acidentária, imposição de medidas específicas visando a recomposição da higidez labor-ambiental ou pleitos de indenizações por danos morais, materiais ou existenciais advindos de agravos mentais relacionados ao trabalho, dentre outras.

Segundo Camargo (2010, p. 148), as doenças ocupacionais são produzidas ou desencadeadas por meio de “microtraumas” que cotidianamente “agridem e vulneram as defesas orgânicas e, assim, por força de efeito cumulativo, acabam propiciando o surgimento da enfermidade”. É uma situação que faticamente difere do acidente-tipo, ou “macrotrauma”, mas que, para efeitos legais, acaba sendo a ele equiparada (art. 19 da Lei n. 8.213/1991).

Existe consenso doutrinário acerca do fato de ter o Código Civil brasileiro adotado a teoria da causalidade adequada, segundo a qual, somente causas ou condutas relevantes para a produção do dano são capazes de gerar o dever de indenizar (OLIVEIRA, 2018; NEVES, 2011). A partir desse pressuposto,

O estabelecimento do nexos causal entre uma doença e uma atividade laboral significa, em última análise, que o trabalho foi o fator preponderante para o desenvolvimento daquela doença. (NEVES, 2011, p. 101).

Considerando-se, todavia, a mencionada etiologia **multifatorial** das psicopatologias, resulta intuitivo que, com menor frequência pode ser encontrada em juízo hipótese em que o trabalho tenha funcionado como “causa direta” do distúrbio ou agravo mental eclodido. É mesmo raro, na seara trabalhista, o reconhecimento do trabalho como condição única deflagradora do adoecimento mental. Exemplos disso ficam restritos a situações de trauma intenso, forte e repentino, provocador de distúrbios imediatos, como o TEPT - transtorno de estresse pós-traumático²⁵.

²⁵Veja-se como exemplo a dramática situação tratada na seguinte ementa: “RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇA OCUPACIONAL. ESTRESSE PÓS-TRAUMÁTICO. CONFIGURAÇÃO DE NEXO CAUSAL E CULPA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. A indenização por dano moral, estético e material resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos: a) ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se pela própria circunstância da ocorrência do malefício físico ou psíquico); b) nexos causal

A situação encontrável com maior frequência nas perícias judiciais e na jurisprudência consolidada nos Tribunais do Trabalho envolve hipóteses de **concausa**, figura assim definida por Sebastião Geraldo de Oliveira:

Estaremos diante do nexo concausal quando, juntamente com a presença de fatores causais extralaborais, houver pelo menos uma causa relacionada à execução do contrato de trabalho que tenha contribuído diretamente para o acidente ou adoecimento. (OLIVEIRA, 2018, p. 176).

Para caracterizar a concausa é necessário verificar, segundo o autor, se o trabalho atuou, em relação à doença objeto de investigação, como:

ou concausal, que se evidencia pelo fato de o malefício ter ocorrido em face das condições laborativas; c) culpa empresarial, excetuadas as hipóteses de responsabilidade objetiva. Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral - em que a culpa tem de ser provada pelo autor da ação -, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. Na hipótese, consta na decisão recorrida que, segundo o laudo pericial, **a Autora é portadora de doença (transtorno por estresse pós-traumático - TEPT) desencadeada por eventos traumáticos ocorridos no trabalho (dois incêndios durante a atividade laboral, um dos quais teria destruído o seu local de trabalho)**. O perito judicial registrou que não há componente de assédio moral no quadro clínico de TEPT da Autora, destacando que a doença foi desenvolvida após os dois incêndios ocorridos na Reclamada e que ensejou a redução parcial e temporária da capacidade laboral obreira em 25%. A conclusão pericial foi acolhida pelo Magistrado de 1º grau de Jurisdição, **que reconheceu o nexo de causalidade entre o labor exercido pela Autora para a Ré e a doença e considerou nula a rescisão contratual**. O Tribunal Regional, contudo, sopesando as provas dos autos - a inexistência de assédio moral, a dinâmica dos incêndios narrada pela testemunha e os esclarecimentos genéricos do perito em relação ao histórico pessoal da Reclamante -, concluiu pela inexistência de nexo causal. Entretanto, a situação fática relatada no acórdão **recorrido indica o caráter ocupacional da moléstia, pois evidencia que o transtorno de estresse pós-traumático desenvolvido pela Autora foi uma resposta a eventos traumáticos por ela vivenciados (dois incêndios), os quais, ao atentarem contra a sua integridade física, provocaram sofrimento clinicamente significativo atestado pelo perito judicial, com redução parcial e temporária em 25% da capacidade laboral**. Além disso, houve gozo de auxílio-doença no curso do contrato, no período de 27.8.2007 a 22.5.2009. Note-se que o depoimento da testemunha confirma a existência dos eventos estressantes (incêndios), sem, contudo, fornecer qualquer elemento quanto ao estado psicológico da Reclamante durante e após os incêndios ou informações que pudessem mitigar a conclusão pericial. Nesse contexto, constatado o nexo causal e o dano, e considerando-se que o empregador tem o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício, desponta a premissa da culpa presumida do Reclamado. Além de tudo, a ocorrência de dois sinistros de incêndio sucessivos no estabelecimento empresarial mitiga a presunção de caso fortuito e aponta para a desídia da Reclamada quanto à adoção de medidas para prevenir este tipo de sinistro. Constatados o dano, o nexo causal e a culpa, consequentemente há o dever de indenizar. Recurso de revista conhecido e provido" (TST RR 170300-38.2009.5.02.0312, 3ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJe 15.9.2017).

[...] a) fator contributivo para o adoecimento; b) fator desencadeante ou agravante de doença preexistente; c) provocou a precocidade de doenças comuns, mesmo daquelas de cunho degenerativo ou inerente a grupo etário [...]. (OLIVEIRA, 2018, p. 179).

O art. 21 da Lei n. 8.213/1991 alude à concausa quando o labor tenha “contribuído diretamente” para o resultado lesivo²⁶. *Mutatis mutandis*, ele não funcionará como concausa, i. e, a causa do adoecimento pode ser tida como de origem exclusivamente extralaboral, quando “tiver atuado de forma desprezível, periférica ou indireta para o acidente ou adoecimento” (OLIVEIRA, 2018, p. 182).

Portanto, o trabalho pode contribuir, em diferentes graus, para a eclosão dos TMCRT, variando desde o mais leve (concausa) ao mais acentuado (causa direta), sendo mais comum, como dito, que ele funcione como concausa, agravando ou desencadeando um quadro mórbido relacionado a uma condição pessoal predisponente. Seja causa ou concausa, desde que “eficiente”, i. e., que tenha contribuído diretamente para o adoecimento (em maior ou menor proporção), disso advirá, para o empregador (ou tomador dos serviços, conforme o caso), o dever de indenizar, por força das regras dos arts. 186 e 927 do Código Civil/2002²⁷. O que muda, na prática, é o “peso” que o magistrado atribuirá, na quantificação indenizatória, para o fator em análise, na proporção de sua contribuição relativamente ao resultado danoso (*eventum damni*).

Richard Schilling, professor de medicina em Londres, propôs, em 1984, a divisão de doenças que acometem os trabalhadores em três grupos, conforme o tipo de relação que guardem com o trabalho, sendo essa classificação acolhida pela legislação brasileira, adotada pelo Ministério da Saúde²⁸, a saber:

²⁶O art. 21 da Lei n. 8.213/1991 estabelece que “Equiparam-se também ao acidente de trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; [...]”. O § 2º do mesmo dispositivo acrescenta que: “Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às consequências do anterior”.

²⁷Dispõem os artigos legais em questão: art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁸A Portaria MS/GM n. 1.399, de 18.11.1999, veio elencar os transtornos mentais e comportamentais relacionados ao trabalho, depois convertida no Anexo II do Decreto n. 3.048, de 6.5.1999, de teor transcrito no presente tópico.

Quadro 3

Classe Schilling	Situação fática	Exemplos
Grupo I	Doenças em que o trabalho é a causa necessária da enfermidade. São as doenças profissionais <i>stricto sensu</i> .	Silicose, asbestose, pneumoconiose, saturnismo e as intoxicações agudas de origem ocupacional.
Grupo II	Doenças em que o trabalho pode ser um fator de risco, contributivo, mas não necessário; são das doenças mais frequentes ou mais precoces em determinados grupos ocupacionais e para as quais o nexo causal é de natureza eminentemente epidemiológica.	Hipertensão arterial, as neoplasias malignas (cânceres) em determinados grupos ocupacionais, as varizes para os profissionais que precisem permanecer longo tempo em pé.
Grupo III	Doenças em que o trabalho é provocador de um distúrbio latente ou agravador de doença já estabelecida ou preexistente, ou seja, funciona como concausa ²⁹ .	Doenças alérgicas, a asma, as dermatites, os distúrbios mentais em determinados grupos ocupacionais ou profissões.

Quanto ao Grupo I de Schilling, entende-se não existir psicopatologia ou agravamento mental que possa ser considerado “doença profissional *stricto sensu*”, i. e., que tradicionalmente acometa os exercentes de determinada profissão. Conquanto dados epidemiológicos sinalizem que determinadas categorias sejam mais propensas ao acometimento por certas enfermidades mentais, ainda não há qualquer construção teórica, no campo das ciências médicas ou jurídicas, que permita definir determinada psicopatologia como doença profissional propriamente dita.

Pertencem ao Grupo II de Schilling os transtornos mentais e comportamentais relacionados ao Trabalho (TMCRT) elencados no Decreto n. 3.048/1999, Anexo II (Grupo V da CID-10) e também as enfermidades previstas no Decreto n. 6.042 de 12.2.2007, pois nas situações descritas nessas normas existe o nexo epidemiológico legalmente presumido. Outras enfermidades mentais ou distúrbios psicológicos podem ser categorizados nesse grupo, desde que claramente demonstrado o nexo causal (direto) entre o trabalho e o agravamento³⁰.

No Grupo III são classificáveis a maioria dos agravos à saúde mental dos trabalhadores, pois, para estes, em razão da reiteradamente destacada etiologia multifatorial, as condições laborativas costumam funcionar como agentes “provocadores de um distúrbio latente ou agravador de doença já estabelecida ou preexistente”, situação tratada no meio médico e também para efeitos jurídicos como hipótese de “concausalidade”.

²⁹Em relação à concausalidade, merece destaque aquilo que a doutrina chama de “princípio da equivalência das condições”, segundo o qual, a doença originária de múltiplos fatores não deixa de ser considerada patologia ocupacional, quando o exercício da atividade laborativa contribuiu de forma direta, ainda que não decisiva, para a sua eclosão ou agravamento, tal qual definido pelo art. 21, inc. I, da Lei n. 8.213/1991. Segundo essa teoria, considera-se causa, com valoração equivalente, tudo o que concorreu para o adoecimento do trabalhador (SILVA; SARDÁ, 2014, p. 84). Essa teoria tem aplicabilidade restrita, porém, à seara previdenciária, pois, para a fixação da responsabilidade civil em razão da doença adquirida prevalece, por força do regramento de Direito Civil, a teoria da causalidade adequada (OLIVEIRA, 2018).

³⁰A expressão é adotada nesta pesquisa em seu sentido largo, de “agravo à saúde”, como tais consideradas “a lesão, a doença, o transtorno de saúde, o distúrbio, a disfunção ou a síndrome de evolução aguda, subaguda ou crônica, de natureza clínica ou subclínica, inclusive morte, independentemente do tempo de latência”. (BRASIL, 2013).

O acometimento por essas enfermidades mentais, de quaisquer das categorias acima elencadas, possibilita ao trabalhador o recebimento de benefícios previdenciários e também lhe traz consequências na órbita da relação empregatícia. A lista oficial dos transtornos mentais e comportamentais relacionados ao Trabalho (TMCRT) elencados no Decreto n. 3.048/1999, Anexo II (Grupo V da CID-10), é dividida em doze classes, assim especificadas no Regulamento Previdenciário:

Quadro 4 - Lista oficial dos transtornos mentais e comportamentais relacionados ao Trabalho (TMCRT) e seus agentes patogênicos

Transtornos mentais ou comportamentais	Agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional
1. Demência e outras doenças específicas classificadas em outros locais (F02.8)	Manganês; substâncias asfixiantes, sulfeto de carbono
2. <i>Delirium</i> , não sobreposto à demência (F05.0)	Brometo de metila, sulfeto de carbono
3. Outros transtornos mentais decorrentes de lesão e disfunção cerebrais e de doença física (F06); transtorno cognitivo leve (F06.7)	Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos; chumbo e seus compostos tóxicos; tricloroetileno, tetracloroetileno e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos; brometo de metila; manganês e seus compostos tóxicos; mercúrio e seus compostos tóxicos; sulfeto de carbono; outros solventes orgânicos neurotóxicos
4. Transtorno de personalidade e de comportamento decorrente de doença, lesão e de disfunção cerebral (F07); transtorno orgânico de personalidade (F07.0); outros transtornos de personalidade e de comportamento decorrentes de doença, lesão e de disfunção cerebral (F07.8)	Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos; tricloroetileno; tetracloroetileno, tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos; brometo de metila; manganês e seus compostos tóxicos; mercúrio e seus compostos tóxicos; sulfeto de carbono; outros solventes orgânicos neurotóxicos
5. Transtorno mental orgânico ou sintomático não especificado (F09)	Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos; tricloroetileno; tetracloroetileno, tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos; brometo de metila; manganês e seus compostos tóxicos; mercúrio e seus compostos tóxicos; sulfeto de carbono; outros solventes orgânicos neurotóxicos
6. Transtornos mentais e comportamentais devido ao uso do álcool; alcoolismo crônico relacionado com o trabalho (F10.2)	Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego; condições difíceis de trabalho; circunstâncias relativas às condições de trabalho
7. Episódios depressivos (F32)	Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos; tricloroetileno; tetracloroetileno, tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos; brometo de metila; manganês e seus compostos tóxicos; mercúrio e seus compostos tóxicos; sulfeto de carbono; outros solventes orgânicos neurotóxicos
8. Reações ao <i>stress</i> grave e transtornos de adaptação (F43); estado de <i>stress</i> pós-traumático (F43.1)	Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho: reação após acidente do trabalho grave ou catastrófico ou assalto no trabalho (Z56.6); circunstância relativa às condições de trabalho (Y96)
9. Neurastenia (inclui "Síndrome de Fadiga") (F48.0)	Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos; tricloroetileno, tetracloroetileno, tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos; brometo de metila; manganês e seus compostos tóxicos; mercúrio e seus compostos tóxicos; sulfeto de carbono; outros solventes orgânicos neurotóxicos
10. Outros transtornos neuróticos especificados (inclui "neurose profissional") (F48.8)	Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego (Z56.5); desemprego (Z56.0); mudança de emprego (Z56.1); ameaça de perda de emprego (Z56.2); ritmo de trabalho penoso (Z56.3); desacordo com patrão e colegas de trabalho (Z56.5); outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6)
11. Transtorno do ciclo vigília-sono devido a fatores não orgânicos (F51.2)	Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego (Z56); má adaptação à organização do horário de trabalho (trabalho em turnos ou trabalho noturno) (Z56.6); circunstância relativa às condições de trabalho (Y96)
12. Sensação de estar acabado ("Síndrome de Burnout", síndrome do esgotamento profissional) (Z73.0)	Ritmo de trabalho penoso (Z56.3); outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6)

Fonte: Decreto n. 3.048/1999, Anexo II (Grupo V da CID-10).

O Nexo Técnico Epidemiológico Presumido (NTEP), instituído pela Lei n. 11.430, de 2.12.2006, que alterou a Lei n. 8.213/1991³¹, atrai caracterização ocupacional para determinadas enfermidades, quando constatada a ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre as condições do trabalho e o agravo. Essa inovação legal permitiu superar resistências ao reconhecimento do caráter ocupacional de transtornos psíquicos, além de ter agilizado sobremodo o acesso individual a tratamentos médicos e coberturas previdenciárias. Sua aplicação também tem possibilitado a incidência, no âmbito da relação de emprego, de algumas garantias legais, como as do art. 118 da Lei n. 8.213/1990 (garantia provisória de emprego por até 12 meses após a cessação do auxílio-doença previdenciário), ou o direito à manutenção dos depósitos destinados ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), durante o mesmo lapso temporal, dentre outras. A criação do NTEP representou evolução legal afinada com o princípio de proteção da dignidade do trabalhador e com a tutela do direito à saúde mental no trabalho³².

A recusa do reconhecimento de nexo causal, pelo INSS, não vincula o Judiciário, isto é, a decisão administrativa não impede que o trabalhador discuta judicialmente o nexo causal, pois a presunção decorrente do NTEP é sempre relativa (*juris tantum*) e permite desconstituição a encargo do empregador, mediante prova judicial convincente. De igual modo, o reconhecimento do NTEP na instância administrativa não impede que as conclusões periciais e decisão judicial sejam proferidas em sentido diverso (o que, todavia, costuma ser ocorrência rara). A não emissão da CAT, pelo empregador, tampouco serve de obstáculo ao reconhecimento do nexo presumido, seja para o INSS, seja na seara judicial. Nesse sentido veio dispor o Enunciado n. 42, aprovado na **1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho** (Brasília/2007), de seguinte teor:

Acidente do trabalho. Nexo técnico epidemiológico. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem emissão da CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico, conforme art. 21-A da Lei n. 8.213/1991.

³¹Vide nota de n. 4 deste artigo.

³²A edição do Decreto n. 6.042, de 12.2.2007, também representou avanço nessa questão da apuração do nexo causal nos TMCRT, porque criou presunção favorável ao seu reconhecimento, a depender do ramo de atividade do empregador, definido pelo CNAE. Por força dessa inovação, se o trabalhador é acometido, exemplificativamente, por depressão, e atua em atividade econômica relacionada no aludido Decreto (CID F-32 x Lista C do Anexo II, Decreto n. 957/2009), fica reconhecido o nexo técnico epidemiológico por presunção e, por conseguinte, a natureza ocupacional da enfermidade.

Uma forma de sofrimento ainda pouco tratada na jurisprudência e na literatura nacional diz respeito às repercussões psíquicas dos acidentes de trabalho típicos com sequelas físicas ou funcionais significativas. Seligmann-Silva (2015) explica que, nesses casos,

Dano orgânico e dano psíquico convivem, em geral, naqueles que sofreram acidentes de trabalho, especialmente nos casos graves que resultaram em mutilação ou limitação funcional.

A reação aguda ao estresse é o transtorno mais frequente no período imediato pós-trauma, e tem geralmente duração de alguns dias ou semanas. Mas também pode ocorrer o desenvolvimento de depressão ou, em casos mais graves, até mesmo o TEPT - transtorno de estresse pós-traumático³³, cujas sequelas, se não houver acompanhamento psicológico adequado, podem ser dramáticas e irreversíveis.

A temática vem paulatinamente sensibilizando as Cortes superiores e tem promovido um progressivo avanço teórico-metodológico no trato das psicopatologias relacionadas ao trabalho, representado em inúmeros arestos que admitem o liame em morbidades para as quais seriam outrora sumariamente refutados, como em casos de esquizofrenia³⁴ (doença até há pouco vista como originária exclusivamente de

³³Uma forma particular de enfermidade é o “TEPT secundário”, correspondente ao aparecimento de um quadro de TEPT em profissionais que sofreram impacto emocional traumático a partir do contato com vítimas de grandes catástrofes naturais, acidentes ampliados ou diversas formas de violência humana, seja em ações de resgate dessas pessoas, seja no acompanhamento e prestação de cuidados posteriores à catástrofe, acidente ou agressão. É o caso, por exemplo, de assistentes sociais, enfermeiras, bombeiros, voluntários civis que permanecem nos locais de grandes tragédias, e que, em razão do alto impacto psicológico das cenas ou relatos acompanhados, podem desenvolver o que se chama de trauma secundário. Esses profissionais necessitam de apoio e supervisão psicológica, além de sono e períodos de descanso adequados, como medidas preventivas da eclosão dessas sequelas secundárias (SELIGMANN-SILVA *et al.*, 2015, p. 529).

³⁴Acórdão proferido pela SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, em Recurso de Revista, com voto de Relatoria do Min. Lelio Bentes, reformou decisão em contrário do Tribunal Regional da 20ª Região (SE), para reconhecer concausalidade no caso de esquizofrenia, fundamentando que, embora houvesse uma condição predisponente de caráter degenerativo, as atividades desenvolvidas para a empresa “atuaram como concausa para o desencadeamento da doença”, porque as funções desempenhadas provocaram o aparecimento do quadro psiquiátrico que, embora anteriormente existisse, ainda não tinha sofrido um fator desencadeante. O Relator enfatizou que a doença mental é causada por uma série de fatores “biopsicossociofamiliares” e, no caso, foi desencadeada a partir das condições do ambiente de trabalho. Explicou que, conforme o art. 21, inciso I, da Lei n. 8.213/1991 (Lei da Previdência Social), a concausa é suficiente para a caracterização da doença profissional. Assim, e por considerar a redução permanente da capacidade profissional em 80%, fixou o ressarcimento pelo dano moral em R\$ 60.000,00, além de indenização dos danos materiais a ser paga enquanto perdurem, correspondente a 80% da última remuneração da trabalhadora, desde o afastamento, em 6.11.2003, atualizados de acordo com os reajustes salariais concedidos à categoria (Processo TST RR 189600-04.5.20.0005).

predisposições genéticas), depressão grave³⁵ (predominantemente tida como relacionada a vulnerabilidades pessoais das vítimas, supostamente inábeis em enfrentar as adversidades do mundo corporativo) ou nas deflagrações de Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT).

Esse avanço só tem sido possível porque os juízes do trabalho têm despertado para a necessidade de um novo olhar para a questão da configuração do nexo causal nos TMCRT.

7 MULTIPROFISSIONALIDADE E TRANSDISCIPLINARIDADE

A Consolidação das Leis do Trabalho não contém disposição específica sobre perícia relacionada à saúde mental do trabalhador. A obsoleta previsão de seu art. 195, que estabelece a perícia omni-profissional,

³⁵Veja-se como exemplo dessa evolução jurisprudencial o aresto: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014. DOENÇA OCUPACIONAL. ‘SÍNDROME DE BURNOUT’ OU ‘SÍNDROME DE ESGOTAMENTO PROFISSIONAL’. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO CONCAUSAL. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. [...] Na hipótese, foi evidenciado o nexo concausal entre a patologia da qual a Reclamante era portadora (Síndrome de Burnout) e a atividade de bancária por ela desempenhada. O TRT consignou que a transição da carteira de clientes que decorreu da aquisição do Banco Nossa Caixa pelo Banco do Brasil causou diversos problemas de ordem técnica na agência, que geraram conflitos entre os empregados e os clientes, tendo sido comprovado pela prova dos autos que a Reclamante sofreu graves ameaças e vivenciou momentos tormentosos decorrentes de reações agressivas de clientes insatisfeitos. Na verdade, conforme relatado na decisão recorrida, o grau de insatisfação entre os clientes foi tamanho que, segundo as testemunhas ouvidas, o vigilante da agência passou a ter de se deslocar nos arredores das mesas de atendimento para evitar tumultos nos dias mais críticos. Com efeito, o TRT consignou, com base no laudo pericial, que há concausalidade entre a depressão grave da Autora (Síndrome de Burnout) e o trabalho desenvolvido no banco Reclamado, uma vez que ‘houve transição sem preparo, forma de atuação sobre sistema de metas de forma exagerada, cobranças em tom de ameaça no que diz respeito à retirada de seu cargo etc.’. Observe-se que a Síndrome de Burnout (*to burn out*: queimar por inteiro) traduz doença ocupacional (ou profissional) caracterizada pelo esgotamento físico e/ou mental, o que restou configurado nos autos, dado o longo afastamento previdenciário (de 18.12.2011 até o segundo semestre de 2013) e a readaptação de função. Ademais, a Síndrome de Burnout é reconhecida pela Previdência Social como doença laboral, conforme Anexo II do regulamento da Previdência Social - Decreto n. 3.048/1999. Nesse contexto, está clara a presença dos elementos dano (doença ocupacional) e nexo causal/concausal. Quanto ao elemento culpa, o Tribunal Regional assentou que esta emergiu da conduta negligente da Reclamada em relação ao dever de cuidado à saúde, higiene, segurança e integridade física do trabalhador (art. 6º e 7º, XXII, da CF, 186 do CC/2002), deveres anexos ao contrato de trabalho. O banco Reclamado não proporcionou ambiente e condições de labor que preservassem a saúde física e emocional de sua colaboradora. A partir das premissas fáticas lançadas na decisão recorrida, se as condições de trabalho a que se submetia o trabalhador, embora não tenham sido a causa única, contribuíram diretamente para a redução ou perda da sua capacidade laborativa, ou produziram lesão que exija atenção médica para a sua recuperação, deve-lhe ser assegurada a indenização pelos danos sofridos. Presentes o dano, o nexo concausal e a culpa, há o dever de indenizar. Agravo de instrumento desprovido”. (TST AIRR 226-03.2013.5.15.0100, 3ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJe 19.8.2016).

a ser realizada por Médico ou Engenheiro do Trabalho³⁶, remonta ao tempo em que a organização do trabalho era a de talhe fordista, quando inimaginável o acometimento dos trabalhadores por agravos mentais relacionados ao trabalho ou por doenças osteomusculares (Ler-Dort) e quando sequer existia consciência da existência de uma dimensão psicossocial no meio ambiente laboral, sendo a mentalidade do legislador voltada para as doenças do trabalho e para os acidentes típicos e suas sequelas, fatores que impactavam a produção e diminuía os lucros empresariais. A medicina do trabalho pretendia apenas manter o empregado fisicamente hábil para que assegurasse o aumento da produtividade. Hoje, embora persista a estrutura básica capitalista, a diversa configuração dos modos de produção, da organização do trabalho e dos tipos de adoecimento (que migraram do corpo para o psiquismo dos trabalhadores) clama por uma nova compreensão dos riscos ocupacionais e por um novo modo de realizar a investigação do nexo entre as patologias e as condições do labor desempenhado³⁷.

As doenças e agravos mentais possuem características muito mais complexas do que os adoecimentos “comuns” e são bastante confusos e mal determinados os seus nexos causais, o que exige recorrer a uma investigação multiprofissional, sob pena de se ter uma visão apenas parcial do problema - com conseqüente prejuízo para a busca da verdade dos fatos e a plena tutela do direito fundamental em apreço. Por isso, considera-se que as perícias relacionadas ao tema devam ser preferencialmente realizadas por médicos com formação em Psiquiatria Ocupacional³⁸,

³⁶Estabelece a regra do art. 195 da CLT o seguinte: “A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho. § 1º É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas, requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas. § 2º Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. § 3º O disposto nos parágrafos anteriores não prejudica a ação fiscalizatória do Ministério do Trabalho, nem a realização *ex officio* da perícia”.

³⁷Veja-se que o Código de Processo Civil 2015, diploma de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, mostra-se mais avançado nessa questão da perícia multiprofissional, pois estabelece, em seu art. 475, que “tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico” - sem “engessar” a atuação judicial à designação de perito desta ou daquela área profissional.

³⁸A Psiquiatria Ocupacional é área do conhecimento fundamentalmente interdisciplinar, e que tem referencial teórico na relação entre Saúde Mental e Trabalho, além de acentuada conexão, quanto à atuação preventiva e terapêutica, com o campo da Medicina do Trabalho, cujo princípio básico é o de “prevenir as doenças ocupacionais, acidentes de trabalho, promover a saúde nos seus aspectos físicos e mentais e a qualidade de vida dos trabalhadores”. É um campo que fundamenta suas ações nas diretrizes das Normas Regulamentadoras (NRs), em matéria de Segurança e

acrescidas de avaliações concomitantes por outros profissionais, como psicólogos, fisioterapeutas, ergonômistas, assistentes sociais, cada qual em sua área específica de investigação, a depender das circunstâncias fáticas envolvidas no caso. Essa investigação deve ir além de uma simples anamnese médica ou de olhares apressados do perito sobre resultados de exames clínicos e laboratoriais trazidos pela vítima. O trabalhador precisa ser considerado em sua subjetividade e objetividade, como um ser que ocupa um meio ambiente e que com ele interage. Devem ser sopesadas as influências da organização do trabalho e do meio ambiente laboral em seu psiquismo, as fontes geradoras de estresse, os modos de produzir, os ritmos e pausas, com a devida identificação dos riscos psicossociais relacionados ao trabalho.

Silva e Sardá (2014) defendem a realização de perícias multiprofissionais para a aferição do nexo de causalidade entre os agravos à saúde e o trabalho, lembrando que isso é compatível com a compreensão do processo saúde-doença em um modelo biopsicossocial, isto é, que leve em conta as dimensões biológica, psicológica e social do ser humano trabalhador. Ponderam que:

[...] o ideal também seria a avaliação da organização do trabalho e dos agravos à saúde numa perícia multiprofissional, composta por médico, psicólogo, assistente social, dentre outros. (SILVA; SARDÁ, 2014, p. 68).

Para situações mais complexas, reputam importante a realização de um estudo social para avaliar que impactos as lesões e enfermidades podem ter produzido na vida do trabalhador - em sua acessibilidade, relações familiares e sociais etc. Depois dessas etapas, deve ser elaborado um **laudo conjunto**, isto é, fruto de consenso entre os diversos profissionais envolvidos, para que a questão do nexo seja avaliada levando-se em conta todas as particularidades apuradas no decorrer do *iter* investigativo. Destacam que as disposições da chamada Lei do Ato Médico (Lei n. 12.842, de 10.7.2013) não podem constituir óbice à atuação pericial multidisciplinar, porque não se trata de realizar múltiplos diagnósticos nosológicos (o que seria vedado pelo art. 4º daquele diploma), mas de empreender diversos diagnósticos funcionais, direcionados ao exame das

Saúde do Trabalhador, com destaque para aquelas que tratam da implementação do Programa de Controle Médico da Saúde Ocupacional - PCMSO (NR-07) e do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA (NR-09) nas empresas. Infelizmente, porém, trata-se de uma atuação que na prática resulta incompleta, pelo simples fato de que "93% das empresas brasileiras contam com menos de 19 funcionários e não conseguem subsidiar um programa de assistência integral à saúde do trabalhador", o que resulta em sobrecarga para o atendimento médico na atenção primária e secundária (CAMARGO *et al.*, 2010, p. 147-148).

funcionalidades do organismo que possam ter sido afetadas pelo acidente ou doença ocupacional - o que envolve atribuições não privativas do profissional médico. Argumentam que interpretação diversa, i. e., que pretenda estabelecer uma “reserva de mercado” mais extensiva ao profissional médico, seria incompatível, por exemplo, com a continuidade de inúmeros programas do SUS - Sistema Único de Saúde, que funcionam a partir de uma atuação integrada de diversos profissionais de saúde (SILVA; SARDÁ, 2014, p. 65-67).

Essa questão da multiprofissionalidade na perícia médica relacionada à saúde mental do trabalhador foi levada a discussão por ocasião do Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho - Conamat (16.4.2016) e resultou na aprovação da seguinte ementa, fruto de nossa proposição, à época, com o seguinte teor:

PERÍCIAS. TRANSTORNOS MENTAIS E COMPORTAMENTAIS RELACIONADOS AO TRABALHO (TMCRT). INTERDISCIPLINARIDADE NA AFERIÇÃO DO NEXO CAUSAL. É prerrogativa do magistrado a livre nomeação, como perito, de profissionais diversos da área da saúde para a aferição do nexo causal, o que será feito conforme as peculiaridades do caso e a disponibilidade de profissionais no âmbito da jurisdição. (ANAMATRA, 2016).

Também existe diretriz assemelhada, adotada pelo Enunciado de n. 3 da Comissão do Programa Nacional Trabalho Seguro do C. Tribunal Superior do Trabalho, de seguinte teor:

3. PATOLOGIA OCUPACIONAL. PERÍCIA. PROFISSIONAL COMPETENTE. NEXO CAUSAL E DIAGNÓSTICOS POR PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. I - A perícia deve ser realizada por profissional que detenha conhecimento técnico ou científico exigível ao caso concreto (art. 145 do CPC). II - Os diversos profissionais da área da saúde têm competência para realizar distintos diagnósticos, cada um em sua esfera de atuação, bem como para estabelecer o nexo causal. (BRASIL, 2013).

A questão da adequada metodologia investigativa no adoecimento mental relacionado ao trabalho tem despertado grande interesse e atuação por parte das Escolas Judiciais, em todo o país. Por ocasião do **I Fórum sobre perícias na Justiça do Trabalho**, sob coordenação da Enamat, evento integrante do Programa Nacional Trabalho Seguro

do Tribunal Superior do Trabalho - TST (2013), foram aprovados dois Enunciados relacionados ao tema, a saber:

ENUNCIADO 2. PERÍCIA EM ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS. VISTORIA NO LOCAL E NO POSTO DE TRABALHO. ANÁLISE DA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. I - Nas perícias para avaliação donexo causal em acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, é necessária a vistoria no local e no posto de trabalho, a análise da organização do trabalho, a verificação dos dados epidemiológicos, os agentes de risco aos quais se encontram submetido o trabalhador, consoante estabelece a Resolução n. 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina e demais resoluções dos conselhos profissionais. II - Consideram-se agentes de risco decorrentes da organização do trabalho, também, horas extras habituais, ritmo intenso, metas abusivas, trabalho penoso, pagamento por produtividade, trabalho noturno, trabalho em turno de revezamento, pressão psicológica, monotonia, dentre outros. III - A omissão do perito em vistoriar o local e o posto de trabalho atrai a aplicação do art. 437 do CPC, podendo ensejar a realização de segunda perícia, nos termos do art. 438 do CPC.

ENUNCIADO 13. PERÍCIA. SAÚDE MENTAL. ANÁLISE DO CONTEXTO SÓCIO-ECONÔMICO-FAMILIAR. I - Considerando que a definição de saúde pela Organização Mundial de Saúde envolve o completo bem-estar físico, mental e social, inclusive no caso específico da saúde mental, o art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso II, da Lei n. 10.216/2001, estabelece que nos atendimentos atinentes à saúde mental deve-se englobar o plexo sócio-econômico-familiar como forma de garantir o tratamento com humanidade e respeito à dignidade do paciente, deve o *expert*, quando da realização de perícia judicial envolvendo adoecimento mental, realizar ampla investigação do periciado, inclusive considerando o contexto de inserção na família, no trabalho e na comunidade, considerados os riscos referentes à organização do trabalho previstos na NR-17.6.2. II - Em razão das peculiaridades que envolvem a perícia judicial referente ao adoecimento mental, especialmente no que se refere à análise pericuciente do contexto sócio-econômico-familiar na qual está inserido o periciado, torna-se legítimo o requerimento pelo senhor perito de ampliação do prazo concedido para elaboração do laudo pericial, ficando a critério do magistrado, dentro da análise do caso concreto, fixação de prazo que harmonize a efetividade da

produção probatória e o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Não obstante a previsão desses Enunciados e a evidente obsolescência da legislação consolidada (no aspecto), existe clara resistência por parte dos magistrados e demais operadores do direito à avaliação das psicopatologias ditas de jaez ocupacional por equipe pericial multidisciplinar. Quando o magistrado consegue despir-se desses rigores e nomear profissionais de áreas conexas (psicólogos, ergonomistas, terapeutas ocupacionais, assistentes sociais etc.) para atuação subsidiária ao profissional médico, costumam surgir impugnações calcadas em suposta inobservância do procedimento previsto na Resolução n. 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina³⁹. Entendemos, porém, que tais objeções não devem vingar. **A uma**, porque são voltadas exclusivamente às atividades do médico, e não de outros profissionais, como psicólogos, fisioterapeutas etc. **A duas**, porque embora o rol de procedimentos contido naquela Resolução sirva de importante referencial, não há como exigir que um laudo psicológico ou ergonômico esteja adstrito ao mesmo *iter* procedimental. São outros olhares investigativos, a exigir diversas formas de abordagem da matéria e outras metodologias de atuação. **A três**, porque o próprio inciso IX do art. 2º da aludida Resolução ressalva a possibilidade de serem considerados, na avaliação do nexa, “[...] os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde”.

Vale lembrar que o art. 2º da mesma Resolução n. 1.488/1998 do CFM determina que, na investigação do nexa causal entre os danos à saúde do trabalhador e suas atividades, seja realizado o “exame clínico, físico e mental”, além de outros complementares, devendo-se considerar, dentre outros fatores, a história ocupacional do trabalhador, o estudo do posto de trabalho e da organização do trabalho. Uma avaliação desse porte deve, pois, ser empreendida em base investigativa transdisciplinar e multiprofissional, e exige a adoção de procedimentos mais elaborados do que a avaliação pericial médica, às vezes empreendida por profissionais jejunos em psiquiatria ou psicologia e igualmente leigos na análise

³⁹Dispõe a Res. n. 1.488/1998 do CFM que “Art. 2º - Para o estabelecimento do nexa causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar: I - a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexa causal; II - o estudo do local de trabalho; III - o estudo da organização do trabalho; IV - os dados epidemiológicos; V - a literatura atualizada; VI - a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas; VII - a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros; VIII - o depoimento e a experiência dos trabalhadores; IX - os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde”.

da dimensão psicossocial labor-ambiental e dos riscos imateriais nelas presentes. A maioria das Varas do Trabalho não conta com psicólogos, ergonomistas ou fisioterapeutas em seus quadros de peritos (aliás, a maioria delas não conta sequer com médicos psiquiatras!), o que necessita ser revisto, pois diante do ampliado panorama de adoecimento mental relacionado ao trabalho, urge que o Judiciário se reorganize, em termos administrativos, para que setores sejam criados com competência material exclusivamente afeta a essas questões relacionadas à higidez psicossocial labor-ambiental e, sobretudo, ao trato dos pleitos decorrentes de agravos à saúde mental dos trabalhadores, temas da maior relevância social e que, diante da afetação coletiva (caráter transindividual), exigem um olhar mais demorado e especializado do julgador.

Para Silva e Sardá (2014), a criação de “Varas Especializadas em Acidentes do Trabalho, Doenças Ocupacionais e Tutela ao Meio Ambiente de Trabalho”⁴⁰ poderia ampliar significativamente a qualidade das tutelas preventivas e reparatórias em relação aos danos à saúde dos trabalhadores. Argumentam que, se no Judiciário Estadual já se trabalha, há décadas, com esse conceito de especialização de matérias - *v. g.*, Varas da Fazenda Pública, de Acidentes de Trabalho, Varas da Infância e Adolescência, dentre outras -, igual política Judiciária poderia ser adotada na esfera Federal, com ganho para os jurisdicionados. Essa modificação institucional exigirá uma diferenciada formação e aperfeiçoamento de magistrados, segundo explicam:

Pensamos que a especialização trará inegáveis avanços, possibilitando o aprofundamento da matéria no tocante à efetivação dos princípios de direito ambiental (desenvolvimento sustentável, prevenção, educação ambiental, dentre outros); aprofundamento técnico com domínio de institutos consagrados e de documentos técnicos aplicáveis (NR's, notadamente a NR-17, Manual de Aplicação da NR-17, IN n. 98, NTEP, IN n. 88/2010 do MTE e Guia de Análise de Acidentes do MTE, dentre outros); identificação dos procedimentos mais adequados à tutela preventiva e reparatória de danos à saúde dos trabalhadores; facilidade na identificação de peritos mais qualificados a atuar nos feitos; aprimoramento da atuação interinstitucional entre o Judiciário e os diversos agentes estatais

⁴⁰Silva e Sardá (2014) observam que a criação dessas Varas Especializadas, no âmbito da Justiça do Trabalho, foi objeto de deliberação pelo CSJT, que editou a Resolução n. 63/2010, aprovada em 23.3.2012, prevendo em seu art. 9º, § 2º, a criação de Vara do Trabalho destinada à especialização em acidentes de trabalho. Já funcionam no TRT da 4ª Região (RS), até o momento, duas Varas Especializadas em acidentes do trabalho, a 30ª VT de Porto Alegre e a 6ª VT de Caxias do Sul.

que atuam na matéria, SUS (CEREST's), MTE, MPT, FUNDACENTRO, dentre outros; conhecimento aprofundado das medidas coletivas necessárias à adequação do meio ambiente do trabalho (ritmo, pausas, mobiliário, condutas médicas, duração do trabalho, proteção de máquinas e equipamentos, vasos de pressão); visão global das atividades econômicas e empresas que mais geram adoecimentos; domínio da matéria afeta à tutela coletiva e inibitória etc. (SILVA; SARDÁ, 2014, p. 92).

O art. 2º, inciso IV, da Resolução n. 1.488/1998 CFM determina, ademais, que o médico empreenda avaliação dos dados epidemiológicos relacionados ao caso - o que quase nunca é observado, na prática forense. Essa e outras omissões devem fazer com que o juiz comprometido com a busca da verdade real e com a concretização da tutela do direito fundamental à preservação da saúde mental lance mão do poder-dever insculpido nas regras dos arts. 765 da CLT⁴¹ e 480 do CPC 2015⁴² para, convertendo o julgamento em diligência, determinar a realização de nova prova técnica ou a complementação da anterior, buscando elementos que lhe permitam ter uma compreensão mais adequada das razões do adoecimento obreiro, da efetiva extensão da enfermidade, das circunstâncias materiais e imateriais labor-ambientais subjacentes ao processo de adoecimento individual.

Jardim e Glina (2000) *apud* Jacques (2007) sugerem uma anamnese ocupacional calcada nos seguintes eixos de investigação:

- 1 - Trabalho: os relacionamentos (incluindo os externos ao trabalho), o conhecimento e o controle que o trabalhador dispõe sobre o processo de trabalho, a natureza e o conteúdo das tarefas, o reconhecimento social que o trabalho a ele concede e a descrição detalhada das atividades realizadas;
- 2 - Condições ambientais: temperatura, vibração, umidade, exposição a substâncias químicas e biológicas, ruído, ventilação, equipamentos etc. (investigação de importância para detectar possíveis exposições a agentes tóxicos);
- 3 - Organização do trabalho: horário, turno, escalas, pausas, prestação de horas extraordinárias, ritmo do trabalho, políticas de pessoal, tipo de vínculo, intensidade e quantidade de trabalho;

⁴¹Estabelece a regra do art. 765 da CLT que "Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas".

⁴²Estabelece a regra do art. 480 do CPC/2015 que "O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida".

- 4 - Exigências físicas e mentais: esforços, movimentos repetitivos, posturas assumidas, grau de atenção, memória, quantidade de informações a processar, qualidade das interações psicoafetivas (relacionamentos, vínculos);
- 5 - Riscos: percepção dos trabalhadores sobre riscos (perigos) presentes no ambiente de trabalho ou processo de produção;
- 6 - Percepção de mudanças: localizar os momentos em que o trabalhador percebe mudanças no trabalho e problemas associados a essas mudanças;
- 7 - Condições de vida: percepção do trabalhador sobre família, moradia, uso de drogas e outras substâncias, relato de doenças preexistentes; considerar a história clínica e do trabalho em relação à história de vida;
- 8 - Trajetória profissional: levantar a avaliação do trabalhador sobre essa trajetória e suas repercussões sobre sua condição de saúde. (JACQUES, 2007, p. 116-117).

Uma anamnese ocupacional nestes moldes pode exigir a realização de uma ou mais entrevistas com o trabalhador e com seus familiares, seus superiores hierárquicos e colegas de trabalho, além da aplicação, quando necessário, de testes psicológicos. É um procedimento complexo, mas que tem o mérito de aproximar os contextos de trabalho e de vida do sujeito em uma unidade coerente de análise, que leve em conta os determinantes individuais, sociais e ocupacionais que se articulam na gênese da doença e sofrimento, superando a tradicional dicotomia entre objetividade e subjetividade, entre singular e coletivo (JACQUES, 2007).

Importa que peritos, magistrados, advogados e demais operadores do Direito estejam cientes dos entraves, percalços e iniquidades que a realização de perícias açodadas, incompletas, atécnicas ou realizadas sem a devida atenção para a etiologia multidimensional do adoecimento mental e para a plurinormatividade tema possam gerar para aquele que deve ser o objeto último de nossas investigações, i. e., o ser humano trabalhador e a preservação de sua dignidade. Como se trata de um tema que envolve múltiplos ramos do conhecimento e profissionais das mais variadas áreas de atuação, construir uma linguagem uníssona deve envolver um aprendizado que deve ser conquistado dia a dia, com perseverança e utilização de conhecimentos tácitos e explícitos dos participantes.

Para que essa aprendizagem chegue a bom termo, Silveira e Kikuchi recomendam o desenvolvimento de relações cooperativas por meio da chamada **espiral do conhecimento**, resultado de uma interação contínua e dinâmica entre os saberes tácitos e explícitos, do âmbito individual para o organizacional. A conversão (transformação) do conhecimento tem início no nível do indivíduo e vai se expandindo por

interações entre seções, departamentos, divisões e organizações, através de redes informais, seja em espaços/contextos físicos (localmente delimitados) ou virtuais (recursos informacionais, grupos de discussão em redes sociais etc.), num processo que favorece a circulação de ideias numa interação positiva e dinâmica, baseada no elemento central **confiança**, gerando fluxos que energizam e fomentam a criatividade entre os participantes (SILVEIRA; KIKUCHI, 2015).

Essa progressividade sugerida pelos autores bem define o desenvolvimento **transdisciplinar** do tema: mais do que a soma de conhecimentos isolados e de uma plurinormatividade desconexa, a construção de um saber unívoco, pautado pela conquista de um objetivo comum (a promoção da saúde do trabalhador) e pela vontade inafastável de fazer avançar o grau de proteção à dignidade humana, em nosso tempo histórico.

8 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, podem ser apresentadas as seguintes proposições, fruto das premissas apresentadas neste estudo:

1 - Alterações havidas na morfologia do trabalho durante as últimas décadas introduziram precarização objetiva e subjetiva para o ser humano trabalhador e provocaram migração do mal-estar e sofrimento de seus corpos físicos para a esfera psíquica de suas personalidades. Essa tendência tende a se ampliar em razão das sucessivas crises econômicas que afetam o mercado de trabalho e produzem mais desemprego e precarização generalizada, permitindo antever o aumento das demandas judiciais versando alegações de transtornos mentais e comportamentais relacionados ao trabalho.

2 - O Judiciário trabalhista não está devidamente aparelhado para lidar com esse problema ampliado, em razão de deficiências como: falta de quadro próprio de peritos; falta de recursos orçamentários para remunerar aqueles que são nomeados como auxiliares do juízo, quando a parte sucumbente seja beneficiária da gratuidade judiciária; inexistência de Varas do Trabalho especializadas em assuntos relacionados à saúde e segurança do trabalhador, na absoluta maioria das comarcas.

3 - O equacionamento desses dois problemas exigirá, por parte dos profissionais envolvidos com o tema da Saúde Mental Relacionada ao Trabalho, a adoção de novas formas de atuação quando da perquirição do nexos causal entre o adoecimento mental dos trabalhadores e as condições do exercício laborativo.

4 - A saúde humana (e, particularmente, a saúde mental) não é fenômeno estanque, mas um processo contínuo, de natureza biopsicossocial, o que implica considerar, na busca da etiologia das psicopatologias relacionadas ao trabalho, os múltiplos fatores que influenciaram a eclosão do adoecimento, o que exige abandonar métodos de investigação **unicausal** ou lineares, tradicionalmente utilizados na compreensão dos adoecimentos típicos. Perícias relacionadas à higidez mental ocupacional devem levar em conta a multidimensionalidade do ser (biológica, social, histórica), buscando distinguir quais aspectos patológicos derivam de razões exclusivamente endógenas ou extraocupacionais, daquelas que possam resultar das condições relacionadas ao trabalho, buscando sopesar a contribuição de cada qual para a deflagração do resultado final encontrado.

5 - O homem-trabalhador permanece inserto, durante pelo menos um terço de sua vida útil, em uma ambiência cujas confluências e interações são dotadas de potencial para o melhor (a conquista da qualidade de vida no trabalho) ou para o pior (sofrimento, degradação psíquica e adoecimento mental), a depender da qualidade dessas inter-relações. Por isso, peritos e julgadores devem estar atentos à perniciosidade da exposição do indivíduo a vários fatores de risco (físicos, químicos, biológicos, acidentários, psicossociais) durante a sua jornada de trabalho. Essa acumulação de fatores de risco pode indicar a existência de um ambiente de trabalho sistemicamente degradado, no seio do qual restam extraordinariamente ampliadas as chances do adoecimento psicofísico, o que deve ser levado em conta no momento de aferir causas e concausas explicativas da enfermidade.

6 - A declaração do nexos nos TMCRT exige que o fator trabalho ou elementos psicossociais a ele relacionados tenham contribuído diretamente para o resultado lesivo (afetação à saúde mental), em maior ou menor grau. Quando houver contribuição direta para o adoecimento, fala-se em presença de **nexo causal**. Nas demais situações, fala-se em **concausalidade** para compreender os casos em que o trabalho funcionou como fator contributivo, desencadeante ou meramente agravante de doença ou condição clínica predisponente da vítima, ou tenha provocado a precocidade das doenças de cunho degenerativo ou próprio a grupo etário específico.

7 - Superado o tempo do estabelecimento empregador de feição fordista-taylorista, que serviu de inspiração à obsoleta regra do art. 195 da CLT, devem as perícias relacionadas à saúde mental do trabalhador ser empreendidas em bases multiprofissionais (com fundamento nas regras dos arts. 465 e 475 do CPC/2015), envolvendo preferencialmente médicos com formação em Psiquiatria Ocupacional e, conforme a particularidade do caso, outros profissionais como psicólogos, fisioterapeutas,

ergonomistas, assistentes sociais, cada qual em sua área própria de investigação. Quando possível, deve ser elaborado um laudo final conjunto, fruto de consenso entre os diversos profissionais, para que as questões do nexos causal, extensão do *eventum damni* e grau da danosidade sistêmica labor-ambiental levem em conta todas as particularidades apuradas no decorrer da investigação multiprofissional, permitindo ao juiz uma melhor compreensão do problema em sua feição holística.

8 - As análises periciais em alegados TMCRT, quando conclusivas acerca da presença da psicopatologia, devem compreender, além das avaliações determinadas pela regra do art. 2º da Resolução n. 1.488/1998 do CFM, também a investigação das condições do meio ambiente laboral, como determinado na NR-17.6.2 (Portaria MTb n. 3.214/1978), o que deve englobar, no mínimo, “as normas de produção, o modo operatório, as exigências de tempo, a determinação do conteúdo de tempo, o ritmo de trabalho e o conteúdo das tarefas”. Devem ser sopesadas as influências da organização do trabalho e do meio ambiente laboral em seu psiquismo, as fontes geradoras de estresse, os modos de produzir, os ritmos, as pausas, com a devida identificação dos riscos psicossociais relacionados ao trabalho. Quando faltem no laudo tais premissas, sendo constatada a sua imprescindibilidade para a melhor prestação jurisdicional, cabe ao juiz lançar mão do poder-dever inculcado nas regras dos arts. 765 da CLT e 480 do CPC/2015 e, convertendo o julgamento em diligência, determinar a complementação do laudo, buscando elementos que lhe permitam uma compreensão mais adequada das razões e extensão do adoecimento e das circunstâncias a ele subjacentes.

9 - Urge, em síntese, que peritos, advogados e magistrados se conscientizem da necessidade de investigar as alegações de TMCRT de modo célere, preciso, e cada vez mais de acordo com o estado da técnica, levando em conta os avanços hauridos em saberes interdisciplinares sobre o tema e guiados pela tutela protetiva efetiva e eficaz da dignidade do ser humano trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio ambiente do trabalho e saúde mental do trabalhador sob a perspectiva labor-ambiental. *In*: RAZZOUK, Denise; LIMA, Mauro Gomes Aranha de; CORDEIRO, Quirino (Org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo Cremesp, 2015.

ANAMATRA. Anamatra 40 anos: magistratura, independência e direitos sociais. *In*: CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS

DA JUSTIÇA DO TRABALHO CONAMAT, 18., 2016, Salvador-BA. **Teses**, Comissão 4. Disponível em: <http://www.conamat.com.br/listagem-teses-aprovado.asp>. Acesso em: 30 abr. 2016.

ANDALUCIA. Departamento de Asistencia Técnica para la Prevención de Riesgos Laborales UGT. **Guía de prevención de riesgos psicossociales en el trabajo**. Andalucía: Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, 2010. 115 p.

ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. A sociedade dos adoecimentos no trabalho. **Serviço Social**, São Paulo, v. 123, p. 407-427, set. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT). **Propostas de Enunciados e Diretrizes sobre perícias judiciais em acidente do trabalho e doenças ocupacionais**, 2013. Comissão Trabalho Seguro, Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/?page_id=9717. Acesso em: 15 fev. 2015.

BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO BIT. **Riscos emergentes e novas formas de prevenção num mundo do trabalho em mudança**. Genebra: Palmigráfica Artes Gráficas, 2010. 17 p. Disponível em: <http://ilo.org/lisbon>. Acesso em: 11 jan. 2017.

CAMARGO, Duílio Antero de; CAETANO, Dorgival; GUIMARÃES, Liliana Andolpho Magalhães (Org.). **Psiquiatria ocupacional: aspectos conceituais, diagnósticos e periciais dos transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho**. São Paulo: Atheneu, 2010.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez/Oboré, 1992.

DEJOURS, Christophe; DESSORS, Dominique; DESRIAUX, François. Por um trabalho, fator de equilíbrio. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 3, n. 33, p. 98-104, maio/jun. 1993. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rae/v33n3/a09v33n3. Acesso em: 18 dez. 2016.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. A presunção *juris tantum* dos limites de tolerância fixados na NR-5: o caso emblemático do mercúrio. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. V. 2. São Paulo: LTr, 2015.

EU-OSHA [Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho]. **Directiva 89/391/CEE**. Directiva-quadro de SST, 1989. Disponível em: <https://osha.europa.eu/pt/legislation/directives/the-osh-framework-directive/the-osh-framework-directive-introduction>. Acesso em: 3 jan. 2018.

FANTINI, Lorenzo. A regulamentação do estresse relacionado ao trabalho na Itália. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. V. 2. São Paulo: LTr, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. V. 2. São Paulo: LTr, 2015.

FRAGALÁ, Grácia Elisabeth. O ambiente de trabalho e o adoecimento do trabalhador. *In*: RAZZOUK, Denise; LIMA, Mauro Gomes Aranha de; CORDEIRO, Quirino (Org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo Cremesp, 2015.

HELOANI, José Roberto; BARRETO, Margarida. Assédio moral nas relações sociais no âmbito das instituições públicas. *In*: GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de; SILVA, Eduardo Faria; ZANIN, Fernanda (Org.). **Estado, poder e assédio**: relações de trabalho na administração pública. Curitiba: Kairós, 2015.

HUPKE, Marlen. Psychosocial risks and workers health. **OSHwiki**, 2017. Disponível em: https://oshwiki.eu/wiki/Psychosocial_risks_and_workers_health. Acesso em: 11 jan. 2017.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION ILO. Workplace stress: a collective challenge. **World day for safety and health at work**, Geneva, 28 apr. 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/safework/events/safeday/lang-en/index.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

JACQUES, Maria da Graça. O nexo causal em saúde/doença mental no trabalho: uma demanda para a Psicologia. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 19, Edição Especial, 2007.

JARDIM, S. R.; GLINA, D. M. R. Os diagnósticos dos transtornos mentais relacionados ao trabalho. *In*: GLINA, D. M. R.; ROCHA, L. E. (Org.). **Saúde mental no trabalho**: desafios e soluções. São Paulo: VK, 2000.

LLORY, Michel; MONTMAYEUL, René. **O acidente e a organização**. Tradução de Marlene Machado Zica Vianna. Belo Horizonte: Fabrefactum, 2014. 157 p.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. **Revista LTr**, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 420-430, abr. 2016.

MERLO, Álvaro Roberto Crespo. Psicodinâmica do trabalho. *In*: JACQUES, Maria da Graça; COCO, Wanderlei (Org.). **Saúde mental & trabalho: leituras**. Petrópolis: Vozes, 2002.

MERLO, Álvaro Roberto Crespo; BOTTEGA, Carla Garcia; PEREZ, Karine Vanessa. **Atenção ao sofrimento e ao adoecimento psíquico do trabalhador e da trabalhadora**: cartilha para profissionais do Sistema Único de Saúde SUS. Ilustração de Augusto Franke Bier. Porto Alegre: Evangraf, 2014.

NEVES, Marco Antônio Borges das. **As doenças ocupacionais e as doenças relacionadas ao trabalho**: as diferenças conceituais existentes e as suas implicações na determinação pericial nonexo causal, do nexotécnico epidemiológico (NTEP) e da concausalidade. São Paulo: LTr, 2011.

NUBILA, Heloisa B. V. di. Uma introdução à CIF - Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 35, n. 121, jun. 2010. Disponível em: www.scielo.php?script=sci_arttext&pid=0303-76572001000100013&Ing=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 12 dez. 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**: de acordo com a reforma trabalhista Lei n. 13.467/2017. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. 519 p.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD OMS. **Plan de acción sobre salud mental 2013-2020**, 2013. Disponível em: https://www.who.int/mental_health/publications/action_plan/es/. Acesso em: 19 maio 2016.

PINHEIRO, Marcelo de Andrade. Estratégias para a redução do impacto econômico dos transtornos mentais no ambiente de trabalho. *In*: RAZZOUK, Denise; LIMA, Mauro Gomes Aranha de; CORDEIRO, Quirino (Org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo Cremesp, 2015.

PORTUGAL. Lei n. 102/2009, de 10 de setembro de 2009. Regime jurídico da promoção da saúde e segurança no trabalho. **Diário da República**, 1ª série, n. 176, 10 set. 2009. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/82534/90431/F521393552/Ley_102.pdf. Acesso em: 3 jan. 2018.

RAMAZZINI, Bernardino. **As doenças dos trabalhadores**. Tradução de Raimundo Estrêla. 4. ed. São Paulo: Fundacentro, 2016. 321 p.

RAZZOUK, Denise. Capital mental, custos indiretos e saúde mental. *In*: RAZZOUK, Denise; LIMA, Mauro Gomes Aranha de; CORDEIRO, Quirino (Org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo Cremesp, 2015.

RIBEIRO, Wallace Carvalho; LOBATO, Wolney; LIBERATO, Rita de Cássia. Notas sobre fenomenologia, percepção e educação ambiental. **Sinapse Ambiental**, Betim, set. 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.). **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. 727 p.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. A Organização Internacional do Trabalho: uma agência das Nações Unidas para a efetividade dos direitos trabalhistas. *In*: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Org.). **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

SEGURA CAMACHO, Sebastián. **Normatividad colombiana de riesgos psicosociales**, 2015. Disponível em: <http://www.prax.com.co/2015/11/09/normatividad-colombiana-de-riesgos-psicosociales/>. Acesso em: 9 nov. 2015.

SELIGMANN-SILVA, Edith. **Trabalho e desgaste mental: o direito de ser dono de si mesmo**. São Paulo: Cortez, 2011. 622 p.

SELIGMANN-SILVA, Edith; FIGUEIREDO, Marcelo; FRANCO, Tânia. As relações contemporâneas entre meio ambiente, trabalho e saúde mental. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. V. 2. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; SARDÁ, Sandro Eduardo. Perícias judiciais multiprofissionais e a lei do ato médico: por uma interpretação que leve em conta a unidade do sistema e a efetividade da prestação jurisdicional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 44, p. 61-96, 2014.

SILVA-JUNIOR, João Silvestre da; FISCHER, Frida Marina. Absenteísmo - doença por transtornos mentais e comportamentais: fatores associados ao afastamento, tempo para retorno ao trabalho e impacto na previdência social. *In*: RAZZOUK, Denise; LIMA, Mauro Gomes Aranha de; CORDEIRO, Quirino (Org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo Cremesp, 2015a.

SILVA-JUNIOR, João Silvestre da; FISCHER, Frida Marina. Afastamento do trabalho por transtornos mentais e estressores psicossociais ocupacionais. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, 18(04), out./dez. 2015b.

SILVEIRA, Marco Antonio; KIKUCHI, Letícia Sayuri. Aspectos psicossociais nas organizações: desempenho competitivo com saúde para o trabalhador. *In*: RAZZOUK, Denise; LIMA, Mauro Gomes Aranha de; CORDEIRO, Quirino (Org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo Cremesp, 2015.

SUMI, Leika Garcia; LOPES, Rafael Dias; CAMPOZAN, Paula Carolina; MORANA, Hilda Clotilde Penteado; CORDEIRO, Quirino. Conceitos sobre perícias médicas psiquiátricas no mundo do trabalho. *In*: RAZZOUK, Denise; LIMA, Mauro Gomes Aranha de; CORDEIRO, Quirino (Org.). **Saúde mental e trabalho**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo Cremesp, 2015.

TOLEDO, Tallita Massucci. **A saúde mental do empregado como direito fundamental e sua eficácia na relação empregatícia**. São Paulo: LTr, 2011. 144 p.

VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Entre a saúde ocupacional e a saúde do trabalhador: as coisas nos seus lugares. *In*: VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de (Org.). **Saúde, trabalho e direito: uma trajetória crítica e a crítica de uma trajetória**. Rio de Janeiro: Educam, 2011.

VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela. **Ley Orgánica del Trabajo**. Decreto n. 8.938, 30 abr. 2012. Disponível em: <http://www.defiendete.org/html/de-interes/LEYES%20DE%20VENEZUELA/LEYES%20DE%20VENEZUELA%20II/LEY%20ORGANICA%20DEL%20TRABAJO.htm>.

VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. **Traumas no trabalho: uma nova leitura do transtorno de estresse pós-traumático**. Curitiba: Juruá, 2014. 296 p.

O INSTITUTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA: análise de questões controvertidas à luz do direito brasileiro, português e espanhol

THE INSTITUTE OF ANTICIPATED PRODUCTION OF EVIDENCE: analysis of controversial issues according brazilian, portuguese and spanish law

SENNA, Daniel Lordêllo*

Resumo: O presente artigo discorre sobre tema que teve significativa reformulação no Código Civil Brasileiro de 2015. Em abordagem comparativa de ordenamentos busca distinguir quais foram os aperfeiçoamentos, quais as fragilidades que merecem atenção e se ainda existem caminhos a serem trilhados nesta esteira.

Palavras-chave: Produção antecipada de prova. Direito comparado. Celeridade processual. Jurisdição voluntária.

Abstract: This article discusses about a topic that has had a significant reformulation in the Brazilian Civil Code of 2015. In a comparative ordering approach, it seeks to distinguish what improvements have been made, what weaknesses deserve attention, and whether there are still paths to be traced in this wake.

Keywords: Anticipated production of evidence. Comparative law. Speedy procedure. Voluntary jurisdiction.

1 INTRODUÇÃO

Michele Taruffo, ao discorrer sobre a importância do direito comparado para a evolução dos sistemas jurídicos processuais de cada país, defende que para conhecer bem o seu ordenamento nacional e

*Graduado em Direito e Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Ciências Jurídico-Forenses e Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado no Brasil e em Portugal.

vislumbrar possibilidades e meios para avanços nos mais variados aspectos, será indispensável conhecer muito bem os demais ordenamentos, examinar os porquês daquelas opções legislativas, contextos históricos e ideológicos, a fim de se poder construir um entendimento amplo sobre as matérias¹.

Acrescenta ainda o citado autor italiano que o processualista comparatista que simplesmente compara a letra da lei torna o seu trabalho enfadonho e inútil, enquanto que o comparatista reformista (que está sempre a pensar na evolução dos ordenamentos) reflete acerca da essência dos institutos, sua eficiência e eficácia dentro de todo um contexto temporal, social e político².

Registradas as advertências do Professor Taruffo sobre o que se pretende que seja um trabalho profícuo de direito comparado, passa-se a desenvolver algumas considerações acerca da produção antecipada de prova nos regramentos brasileiro, português e espanhol.

Esta temática, e suas diversas nuances, constituiu-se assunto bastante debatido nos seminários brilhantemente regidos pela Professora Doutora Maria José Capelo, e não sem justo motivo.

Afinal, claro está que tal instituto é um dos fortes pilares sustentadores do que se pretende para um processo civil que atenda às exigências modernas de celeridade, adequação, eficiência e economicidade.

Vários aspectos no trato da matéria chamaram atenção, entre eles a clara evolução apresentada neste particular no Novo Código de Processo Civil brasileiro, no que tange, especificamente, à desnecessidade do fator urgência para que haja o deferimento pelo juiz para a antecipação de determinada prova, o que leva ao imediato questionamento sobre a natureza jurídica do instituto. Aqui já se deve registrar a brilhante obra do Professor Flávio Luiz Yarshell, em trabalho elaborado como tese de titulação no Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, publicado em 2009, que desenvolveu uma teoria a respeito da desnecessidade do requisito da urgência para a produção antecipada da prova baseado na premissa da existência de um direito autônomo à prova, o que, por certo, serviu de base para este estudo³.

Na mesma esteira, digna de nota é a discussão acerca da constitucionalidade do ditame contido no código de ritos brasileiro, relativa à ausência da necessária manifestação da contraparte quando da produção antecipada de prova, bem como da vedação ao duplo grau de jurisdição em alguns casos.

¹TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di *civil law* e di *common law*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, 2001, p. 28. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v36i0.1780>.

²TARUFFO, *ob. cit.*, p. 29.

³YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Outra questão que mereceu tratamento especial recaiu sobre a escolha do legislador brasileiro quanto a que tipos ou modalidades de provas podem ser antecipadamente produzidos. Será que procedeu com acerto neste particular?

Os objetivos trazidos nos incisos II e III do art. 381 do NCPC brasileiro trazem a esperança de que o amadurecimento (será?) da nossa sociedade, enquanto nação e enquanto Estado Democrático de Direito, ajude a tornar o processo civil pátrio um verdadeiro vetor de pacificação social, finalidade maior e da essência do direito.

À medida que estes temas sejam tratados, procurar-se-á traçar paralelos entre as escolhas contidas nos códigos de ritos de Portugal e Espanha, de modo que seja possível extrair, destes ordenamentos, os pontos dignos de elogios e especiais reflexões.

2 O INSTITUTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

O professor Fredie Didier Junior leciona que:

A ação de produção antecipada de prova é a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria. É, pois, ação que se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 137).

Desde já, deve-se chamar atenção para o fato de que o NCPC brasileiro inovou (em relação ao CPC de 1973) ao mudar o destinatário necessário da prova a ser produzida.

Historicamente (e o que acontece até hoje no mais das vezes) pensa-se na prova como meio de se comprovar algum fato com repercussão jurídica ou evento, perante um juízo ou tribunal.

O escopo natural era o de convencer o juiz de que determinado fato estava configurado de acordo com as suas alegações e, portanto, merecer-se-ia ter o julgamento conforme os seus interesses. Ocorre que as inovações trazidas pelo regramento contido no novo CPC brasileiro (arts. 381 a 383) fomentam muito mais do que isso. Ou seja, trazem a clara intenção de dar às partes interessadas na produção antecipada de provas a oportunidade de, conhecendo melhor as circunstâncias que envolvem a sua querela, optar por: (i) ingressar com a ação de modo muito mais embasado e seguro; (ii) buscar a hipótese da auto-composição, ou (iii) desistir de ajuizar aquela demanda, em face de ser sabedor, *a priori*, da inexistência de fundamento que a sustente.

Nos dizeres de Alexandre Câmara:

Há, a rigor, a:

- (i) demanda cautelar de asseguaração da prova, art. 381, I, CPC/15;
- (ii) demanda de descoberta (*discovery* ou *disclosure*), art. 381, II e III, CPC/15;
- (iii) arrolamento de bens (art. 381, § 1º, CPC/15), e
- (iv) justificação (art. 381, § 5º, CPC/15), devendo ser entendidas como espécies, do gênero produção antecipada de provas. (CÂMARA, 2015, p. 236-237).

Desta forma, nota-se que o legislador brasileiro buscou transferir o foco (antes único) da prova destinada ao convencimento do juiz para o conhecimento pleno das partes, de modo que estas busquem antever o melhor caminho a trilhar, a depender daquilo que for aferido na produção antecipada de determinada prova.

As palavras de Eduardo Talamini são irretocáveis ao enquadrar o instituto:

Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa.

Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário - e assim por diante. (TALAMINI, 2016, p. 2).

Araken de Assis tem avaliação semelhante:

Cumpra organizar a antecipação da prova tendo em vista que a prática se encarregou de evidenciar espaço próprio para as seguintes pretensões: (a) a pretensão à asseguaração de prova, em que há urgência, mas ainda não se produz, tecnicamente, a prova, e por esse motivo tem natureza cautelar (segurança para execução); (b) a pretensão à produção antecipada de prova, também baseada na urgência, em que se produz a prova perante o juízo habilitado a admiti-la, e que tem natureza satisfativa (execução para a segurança); (c) a pretensão à constituição da prova, *tout court*, de caráter autônomo e satisfativo, mediante a qual o interessado quer inteirar-se de certo fato por razões de conveniência, sem qualquer relação direta e necessária com processo

pendente ou futuro. Essas espécies correspondem, em termos, aos incs. I, II e III do art. 381. Porém, o inc. II do art. 381 é inexpressivo, além de tomar o efeito - viabilização da autocomposição - pela causa. Por sua vez, o art. 381, I, tende a tratar conjuntamente as pretensões (a) e (b). (ASSIS, 2016, p. 4).

Na mesma linha, Beneduzi:

[...] levou a doutrina a sustentar a existência de um direito à informação, derivado do direito geral à prova, que permitiria ao interessado obter de seu adversário em potencial, mesmo antes do processo, mediante uma ação probatória autônoma, informações relevantes para a substanciação de sua demanda em potencial, permitindo-lhe, ainda, melhor avaliar as suas chances de êxito e a conveniência de um acordo. (BENEDUZI, 2015, p. 9).

Beneduzi, na obra citada, discorre largamente e com brilhantismo sobre o instituto, e, apesar de ainda tecer críticas quanto ao seu funcionamento, reconhece que a legislação brasileira avançou, mas ainda de modo insuficiente. O porquê de tal opinião se dá em face da análise comparatística que faz com os sistemas da Alemanha e Inglaterra e será objeto de análise mais detida infra, quando será apreciada a existência de um “vanguardismo” ou não do novo CPC no tratamento deste tema.

Note-se que, na sentença de homologação da prova produzida, o magistrado não examina a ocorrência ou inoocorrência de quaisquer fatos, nem, muito menos, se debruça sobre as eventuais consequências jurídicas pretendidas por qualquer das partes. Deve, destarte, apenas proceder à afirmação da regularidade da prova produzida antecipadamente. Ademais, como já restou claro, poderá ocorrer de sequer existir valoração sobre aquela prova, já que a ação poderá, até mesmo, nem chegar a ser proposta.

Revela-se, assim, que o novo tratamento dado pelo legislador brasileiro acerca do tema da antecipação de provas faz com que o instituto revista-se de características próprias de um direito autônomo do requerente em produzir, de modo antecipado, determinada prova, consoante bem ensina Yarshell⁴.

Não é imprescindível a existência de uma ação em curso ou a ser manejada, revelando, assim, traços marcantes de jurisdição voluntária, na qual não se observam necessariamente contornos de lide

⁴YARSELL, *ob.cit.*, p. 18: “Quer se demonstrar, enfim, que existe um direito à prova não necessária e diretamente vinculado à declaração do direito e que, nessa medida, apresenta-se como um direito autônomo”.

com pretensão resistida (tradicionalmente conhecida), mas, apenas, uma potencialidade de embate. Aqui já se observa uma grande diferença em relação ao sistema espanhol, conforme se demonstrará infra.

Vê-se que, em princípio, o legislador brasileiro acertou em ampliar e alterar fundamentalmente o tradicional regime de produção antecipada de prova⁵, deixando de limitar o tipo de prova que pode ser antecipada, bem como ao retirar a necessidade da comprovação da urgência para que haja o deferimento da produção pretendida, o que não deixa o sistema imune a problemas e críticas, sobre os quais aqui se buscará debruçar.

Desde já, pode-se questionar se tal preceito legal levará a uma judicialização de processos, acabando por inflar ainda mais os nossos já insuficientes e abarrotados tribunais. Tal crítica ou receio se dá em direção oposta à intenção do legislador, que buscou, claramente, desafogar o Judiciário favorecendo a autocomposição e o acesso à prova antes mesmo da existência da lide com pretensão resistida. O objetivo não é outro senão o de fomentar que eventual ingresso em juízo só se dê com base em provas robustas, de modo a respaldar fundamentadamente a sua pretensão.

Talamini resume bem:

Embora o direito à prova assuma relevância autônoma, sua proteção em processo próprio e específico justifica-se sempre sob a perspectiva de uma possível pretensão (ou defesa) relativa a outro direito. Promove-se a medida de antecipação da prova: (I) por razões urgentes, para ser usada em uma possível subsequente ação de qualquer natureza (referente a outra pretensão); ou (II) para auxiliar na solução extrajudicial de um conflito (referente a outra pretensão); ou (III) para permitir a avaliação das possibilidades de promover-se uma ação (referente a outra pretensão). Essa pretensão pode ser futura e meramente eventual, mas é indispensável sua indicação para que se ponha a proteção autônoma do direito à prova. (TALAMINI, 2016, p. 3).

Percebe-se igualmente, e como também será tratado adiante, que o legislador brasileiro abriu flancos indesejáveis e perigosos no que tange às regras expostas nos §§ 1º e 4º do art. 382. Ora, os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau

⁵No CPC de 1973, conhecido como Código de Buzaid, as regras sobre a produção antecipada de provas estavam dispostas nos arts. 846 a 851, e de sua análise extraia-se que não havia a antecipação de provas sem o requisito da urgência (caráter claramente cautelar), bem como a restrição à possibilidade de antecipação a espécies limitadas e pré-estabelecidas de prova (interrogatório, inquirição de testemunhas e prova pericial). A apresentação de documentos estava no rol das ações cautelares.

de jurisdição estão sobremaneira ameaçados. Não sendo desta maneira, *data maxima venia*, que se conseguirá atingir um dos escopos basilares do novo CPC de 2015, qual seja, o de promover a duração razoável do processo.

Na mesma esteira, indaga-se sobre a falta de previsão expressa de punição àquelas partes que abusarem do direito à produção antecipada de prova, acabando por invadir e perturbar a honra, a privacidade ou o sigilo de outrem indevidamente. A estas partes afetadas pelo abuso do direito na produção antecipada de prova restaria a busca pela reparação nos termos gerais.

Afinal, ainda em relação ao mau uso eventualmente feito no manuseio do instituto, ensina Yarshell que:

[...] Mais que isso, ainda que reconhecidas as diferentes e relevantes funções que a produção preliminar de prova tem para o sistema processual, isto não pode servir de pretexto para que a descoberta e registro de certos fatos sirvam de instrumento para a consecução de fins repudiados pelo direito e pela ética. (YARSHELL, 2009, p. 195).

No CPC de 2013, o legislador lusitano não fez relevantes mudanças na sistemática da produção antecipada de prova. O CPC de 1961 continha as mesmas previsões que se verificam no código atual, com a correspondência quase que inalterada entre os arts. 419 a 422 e os antigos 520 a 522-A. Nota-se uma mínima e singela alteração na redação dos citados artigos ao identificar-se que a expressão “arbitramento” foi alterada pelo termo “perícia”⁶.

Em Portugal, ao contrário do que ocorreu no Brasil, o legislador optou por manter o requisito da urgência como essencial à efetivação do instituto. Na mesma esteira observa-se que também houve a manutenção de um rol restrito de tipos ou modalidades de prova passíveis de serem produzidas antecipadamente.

Outro ponto digno de nota no regramento português, afeto à produção antecipada de provas, diz respeito à clara preocupação e zelo pelo contraditório e pela ampla defesa na efetivação do procedimento, razão pela qual, neste particular, há de se aplaudir o legislador luso.

Desta forma (ainda que a análise pormenorizada dos detalhes do instituto seja feita mais adiante), já há elementos claros a confirmar que a produção antecipada de provas em Portugal possui mais afinidades com anterior Código de Processo Civil brasileiro (de 1973) do que, propriamente, com o atual.

⁶NETO, Abílio. **Novo código de processo civil anotado**. 2. ed. Lisboa: Ediforum, 2014, p. 512.

Em Espanha, o legislador da LEC (**Ley de Enjuiciamiento Civil**) de 2000 trouxe, como uma das maiores novidades em relação à anterior LEC de 1881, os institutos da antecipação da prova e do asseguramento de prova. Não que no regramento anterior tais possibilidades não existissem, mas eram de tal modo restritivas que se pode qualificar de novidades as atuais disposições⁷.

Digno de nota, também, é o instituto das diligências preliminares, no qual a parte que tenha dúvidas acerca de questões processuais (portanto adjetivas) essenciais relativas à ação que pretende intentar (legitimidade, representação ou capacidade, por exemplo) pode requerer auxílio judicial, a fim de esclarecer estas questões fundamentais, sem o que, correria o risco de mover uma ação com grande probabilidade de erro quanto à legitimidade ou capacidade. Normalmente tais descobertas eram trabalho e encargo exclusivo das partes e advogados, contudo, hoje, o Estado, através do Judiciário, promove este auxílio.

Apesar de apaixonante, o tema das diligências preliminares não poderá ser tratado com profundidade neste relatório. É que se trata de assunto tão vasto e complexo que mereceria um trabalho totalmente dedicado à temática. Importa, todavia, esclarecer que o instituto das diligências preliminares não se confunde com a antecipação ou asseguramento de provas, posto que aquele ajuda a definir questões processuais relevantes referentes à eventual futura demanda a ser intentada (referentes à legitimidade, capacidade ou objeto do litígio), enquanto estes visam preservar ou promover as provas relativas ao direito substantivo em jogo, em demanda futura ou já em curso.

Outras diferenças essenciais se prendem aos fatos de que as diligências preliminares têm rol taxativo (constantes do art. 256.1 da LEC), enquanto que as medidas de antecipação e asseguramento de prova preveem a sua utilização em todos os meios de prova admitidos no processo civil espanhol.

Nas diligências preliminares o requisito da urgência não é indispensável para o deferimento do pedido, bastando que o requerente comprove ser justo o seu intento e que tem interesse legítimo naquele procedimento (também deverá prestar caução a fim de prevenir eventuais danos ou prejuízos causados às contrapartes). Convém também salientar que não é obrigatório o manejo da ação respectiva após o cumprimento das diligências preliminares, posto que um dos objetivos deste artifício será saber se há ou não legitimidade, capacidade, representação ou mesmo se determinado conteúdo de algum documento (em poder da contraparte/requerida) permite-lhe avançar com uma ação posterior.

⁷CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* **Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil**. V. I. 2. ed. Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2011, p. 1355.

Nas medidas de antecipação ou asseguração de prova, por sua vez, a demonstração da existência de urgência é fundamental para que se defira o pleito. É dizer, deverá restar evidente que aquela prova a ser produzida ou garantida corre risco de perecer caso tal medida não seja tomada com brevidade. Outra diferença assaz importante se refere ao fato de que nas medidas de antecipação de prova a LEC (art. 295.3) determina que a parte terá dois meses, após a efetivação da produção da prova, para promover a ação (salvo motivo justificado ou força maior), sob pena de perda do valor probatório daquela prova produzida.

Nos casos de asseguração de prova, a LEC (art. 297.4) estabelece prazo de vinte dias para interposição da demanda, contados da adoção da medida, sob pena de condenação em custas e responsabilização por danos e prejuízos causados àquele contra quem foi determinada a medida.

Apenas para que não restem dúvidas, convém esclarecer que as medidas de produção antecipada de provas e de asseguração são diferentes entre si. Ora, na produção antecipada de provas o que se antecipa é o momento temporal da própria produção da prova (por óbvio), enquanto que nas medidas de asseguração o que se visa é assegurar que, no momento processual devido, determinado meio de prova possa ser utilizado ou aferido.

Outra diferença entre os dois institutos diz respeito ao fato de que no procedimento de produção antecipada de provas, tanto as pessoas quanto as coisas podem ser objeto da medida, enquanto que nos casos de asseguração, tão somente objetos materiais ou estado das coisas (art. 297.1) poderão ser alvo de tal medida. Ou seja, a LEC excluiu a possibilidade das pessoas serem alvo de uma medida de asseguração de prova.

Desde já se pode afirmar que o legislador espanhol avançou de modo razoável sobre a temática. O instituto das diligências preliminares é fantástico, contudo sofre com o mau uso dos jurisdicionados e advogados, seja pelo desconhecimento, seja pelos abusos cometidos, o que leva os magistrados a não deferirem facilmente os pedidos que lhes chegam, desencorajando o uso do instituto. Padecendo agora, na vigência da lei atual, de obstáculo diferente daquele que existia na vigência da lei de 1881, qual seja, a falta de “incentivo” a que as partes cooperassem com o cumprimento daquelas determinações, posto que as sanções eram demasiadamente brandas.

Na mesma esteira, pode-se dizer que as medidas de antecipação e asseguração de prova deixaram de avançar por ainda preverem a necessidade do requisito da urgência para o seu pleito, contudo, achou-se bem no que tange ao rol de medidas, que é amplíssimo

(admite a produção antecipada de todos os meios de prova e não tem limitação nas medidas que garantem a posterior produção de prova - caráter inominado).

De igual sorte deve-se elogiar o tratamento dado pelo regramento espanhol no que concerne ao respeito pelo contraditório, à ampla defesa, e nas medidas de desestímulo ao mau uso de tais medidas (preventivas - cauções e/ou repressivas - multas e custos). No entanto, deixou de avançar ao determinar a obrigatoriedade do manejo da ação judicial após a produção da prova, salvo motivo justificado ou de força maior (aqui, desde já, vale indagar se o fato de as partes terem chegado a um acordo através de uma mediação, por exemplo, constituiu-se motivo justificado para não se ter ingressado com a ação? - parece óbvio que sim).

2.1 Natureza jurídica

Tradicionalmente (e, como se verá, ocorre ainda hoje em Portugal e Espanha) a produção antecipada de prova era tratada como medida cautelar, que visava à assecuração da prova nos casos em que a prova pudesse desaparecer, seja pelo transcurso do tempo, seja por qualquer outro motivo independente da vontade do interessado, que pudesse impedir a produção da prova na altura prevista para tanto, qual seja, a fase de instrução probatória do processo principal.

No CPC de 1973, para o manejo da medida, que vinha prevista nos arts. 846 a 851, era indispensável a demonstração inequívoca dos tradicionais *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, ou seja, do perigo da demora na tomada, garantia ou asseguramento daquela prova e na razoabilidade do pedido (sinal do bom direito ou ainda fumaça do bom direito).

Já no NCPC de 2015, conforme inspiração de Yarshell, a produção antecipada de prova é vista como processo autônomo, de cariz satisfativo (satisfaz o direito à produção de prova), cuja natureza contenciosa dependerá da existência ou não de litígio quanto ao plano de fundo em eventual (não necessário, portanto) processo futuro⁸.

Diante desta clara autonomia do processo de produção antecipada de prova, imperioso se faz reconhecer a não obrigatoriedade do manejo de ação futura (ao contrário do que é previsto, por exemplo, em Espanha). Aliás, a intenção do legislador brasileiro foi mesmo esta, qual seja, a de desestimular a judicialização das demandas, fomentando e incentivando, ao mesmo tempo, a autocomposição.

Em outras palavras, a nova concepção da produção antecipada de prova no Brasil não determina que, obrigatoriamente, ocorra

⁸YARSHELL, *ob. cit.*, p. 317-ss.

uma demanda futura. Justifica-se, pura e simplesmente, pela intenção, busca ou necessidade de qualquer das partes de documentar algum fato ou relação jurídica, sem caráter necessariamente contencioso. Decretou-se o fim do que antes era tratado, de modo generalizado e sem direito a exceções, como medida cautelar.

O código luso de 2013 não dá margem a dúvidas quanto ao caráter cautelar da providência, mormente quando se analisam os dizeres do art. 419:

Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação.

Ora, ao manter a necessidade de comprovação da urgência para fins de deferimento da providência, o legislador português optou por não alterar o regime que vigorava desde 1961 no que diz respeito à antecipação de provas, tendo, neste particular, deixado de avançar de modo mais efetivo.

Todavia, em que pese não ter retirado o caráter cautelar do instituto, Ferreira de Almeida crê que:

[...] Pode mesmo (na eventualidade da prova antecipada ser decisiva para a sorte da lide) a sua produção funcionar como meio preventivo de litígios, já que a parte contrária tenderá a enveredar mais facilmente pela solução da lide por via autocompositiva ou negocial. Em todo caso, o aproveitamento da prova antecipada não vincula o requerente (seu beneficiário) a propor a ação respectiva dentro de determinado prazo. (ALMEIDA, 2015, p. 255).

Na LEC o legislador espanhol manteve o caráter cautelar das medidas de produção antecipada de provas e de asseguramento de provas, na medida em que, em ambos os casos, condicionou o deferimento à existência de sério perigo de que uma prova não se possa praticar se sujeita às ordinárias disposições temporais, ou ainda da comprovação do “**temor fundado**” (arts. 293.1 e 297.1)⁹.

Em brilhante artigo, Ismael Clemente Casas faz excelente análise sobre os institutos em comento e relata, em relação à produção antecipada de provas e medidas de asseguramento de provas, que:

⁹OLIVA SANTOS, Andres de la; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Curso de derecho procesal civil II**. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 140-141.

Puede sostenerse que estas medidas, desde um punto de vista procedimental, presentan cierta similitud com las medidas cautelares. Y ello porque, en uno y otro caso, el solicitante deberá acreditar tanto el riesgo de que estas pruebas, de esperar al momento ordinario de su práctica, no podrian practicarse (esto es, uma especie de *periculum in mora* si bien em un sentido más amplio, siendo suficiente um juicio de probabilidad) como la pertinencia y la utilidad de la prueba (para lo cual será necesario uma cierta exposición del litigio en el que la dicha prueba habria de resultar relevante, lo que conlleva en cierto modo la acreditación de um *fumus bonis juris*). (CLEMENTE CASAS, 2005, p. 94).

Lorca Navarrete reforça e confirma o caráter cautelar da produção antecipada de prova na LEC ao afirmar:

La justificación de la anticipación de la prueba no es otra que neutralizar la dimensión temporal de la practica de la prueba que pueda tener lugar entre el momento en que surge la fuente o fuentes de prueba y el instante em que há de procederse a la práctica del objeto sobre el que reca ela prueba. (LORCA NAVARRETE, 2014, p. 95).

No entanto, tal característica não se verifica nas diligências preliminares. Aqui não há que se falar em caráter cautelar, já que o requisito da urgência não é necessário, bastando, para deferimento do pleito, a demonstração do interesse legítimo e da justeza da causa, além da caução respectiva, a fim de responder aos gastos que sejam ocasionados às pessoas que tenham que intervir nas diligências, além de eventuais danos ou prejuízos¹⁰.

2.2 Interesse em agir e requisitos da petição inicial

Quanto ao interesse de agir, Yarshell (2009, p. 339) ensina que:

No direito à prova o interesse de agir aparece sob a forma do que se poderia chamar de interesse de provar - e, mais que isso, de provar antecipadamente. Tomando-se a ideia que sintetiza o interesse procesual, é preciso, em suma, que a produção antecipada de prova se revele útil. E, sabido que a utilidade tem como indicadores a necessidade e a adequação, convém examinar o tema sob esse prisma. Além disso, convém examinar esses dois aspectos, à luz de dois elementos que, embora indissociáveis integram o direito sob exame: a antecipação e a prova propriamente dita.

¹⁰CLEMENTE CASAS, *ob. cit.*, p. 93.

É imprescindível e fundamental que a petição inicial, que contenha o requerimento de produção antecipada de prova, demonstre as razões e motivos que justificam tal medida. Deverá ser clara e objetiva em relação aos fatos que se pretende provar, de tal modo que, ao final, se alcance o entendimento de que existe realmente legitimidade, interesse e utilidade por parte do autor da ação.

Note-se que a legitimidade ativa, no entender de Talamini,

[...] recai sobre todo aquele que justifique a utilidade da produção da prova à luz de uma possível e eventual pretensão ou defesa. Para legitimar-se ativamente para a produção antecipada, é irrelevante a posição que o sujeito ocuparia no eventual e futuro processo em que usaria a prova: autor, réu, terceiro interveniente. (TALAMINI, 2016, p. 9).

Araken de Assis segue o mesmo entendimento:

O juiz deliberará sobre o cabimento da pretensão com base em juízo de verossimilhança. Para o fim de assegurar, produzir e constituir prova, parece óbvia a necessidade de o interessado precisar os fatos que deseja comprovar em juízo, desde logo, relacionando-os, se for este o caso, com a causa pendente ou futura. O juiz não poderá aquilatar a utilidade e pertinência da prova sem essas indicações. (ASSIS, 2016, p. 20).

A aferição criteriosa do juiz acerca do pedido do requerente é fundamental para que o instituto se consolide e ganhe aplicabilidade na vida prática, visto que, caso seja feito ou utilizado sem o devido cuidado, o seu consequente mau uso pelas partes (ladeadas pelo juiz não criterioso) trará ou acarretará a abertura de brechas indesejadas pelo legislador, o que culminará com o desuso da norma. Assim, imprescindível é a atenção redobrada do juiz no deferimento da medida antecipatória, bem como será essencial a boa-fé das partes ao manusearem o instituto. Araken de Assis, a este respeito, resume bem:

Em suma, a verossimilhança do direito à prova, ou à sua antecipação, pode e deve ser objeto de controle judicial, evitando a perturbação da paz jurídica do réu sem razão plausível. (ASSIS, 2016, p. 33).

Afinal, como já restou demonstrado, o porquê ou a razão de ser do instituto tal qual imaginado pelo legislador brasileiro é o de dar às partes a possibilidade de conhecer a “verdade” dos fatos (espelhada na prova antecipada), a fim de alicerçar a sua demanda em base sólida, evitando-se, entre outras consequências indesejadas, a ocorrência da litigância de má-fé e causas sem fundamento.

Perceba-se ainda que a lei busca fomentar (não só neste dispositivo, mas em vários outros no NCPC) o estímulo à autocomposição como forma de evitar ações demoradas, caras e desgastantes, e, ao mesmo tempo, evitar que sejam intentadas ações infundadas ou aventureiras que tanto contribuem para assoberbar os nossos tribunais.

Ainda a este respeito, diante da nova concepção acerca da natureza do instituto, não só o possível autor (de uma eventual demanda futura) tem legitimidade para buscar promover a produção antecipada de prova, mas também o hipotético réu tem tal legitimidade.

É dizer, não só o interessado em produzir a prova para fins de manejo de ação terá interesse no esclarecimento de determinado fato, mas também aquele que pretende se defender poderá requerer a produção da prova em procedimento autônomo, a fim de assegurar que, em caso de demanda futura contra si, terá determinado fato devidamente provado. Note-se ainda que no próprio bojo do instituto de produção antecipada de prova a lei brasileira prevê que o interessado ou contraparte requeira no mesmo procedimento (desde que tenha conexão fática com o pedido principal e não acarrete demora excessiva na elaboração da prova) uma espécie de contraprova ou prova conexa, o que amplia a legitimidade para se manusear o instituto¹¹.

Na concepção de Paulo Pimenta:

O interesse em agir consiste na indispensabilidade de o autor recorrer a juízo para a satisfação da sua pretensão. Pode-se dizer que o autor só tem interesse em agir quando não dispõe de quaisquer outros meios (extrajudiciais) de realizar aquela pretensão. E isso acontece, ora porque tais meios, de fato não existem, ora porque, existindo, o autor os utilizou e esgotou sem sucesso. (PIMENTA, 2015, p. 81).

Em Portugal o legislador igualmente permitiu que tanto o provável autor quanto o eventual réu pudessem lançar mão do instituto, no entanto, condicionou o deferimento do pedido à justificação sumária da necessidade da antecipação (fundado receio da impossibilidade ou dificuldade) e a enunciação, com precisão, dos fatos sobre que há de recair, bem como a identificação das pessoas a ouvir, quando se trate de depoimento de parte ou testemunhas¹².

¹¹NCPC brasileiro. Art. 382, § 3º: “Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.

¹²ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 255.

O requerente deve indicar sucintamente o pedido e os fundamentos da demanda e especificar a pessoa contra quem se pretende fazer uso da prova, a fim de que ela possa ser pessoalmente notificada para os efeitos de audiência contraditória¹³.

Na legislação espanhola há níveis diferentes de exigência para fins de demonstração satisfatória do interesse em agir, consoante se trate das medidas de produção antecipada de prova ou asseguramento da prova ou, ainda, das diligências preliminares.

Ora, para deferimento de um pedido de diligências preliminares, a parte requerente deverá demonstrar ao juízo a efetiva necessidade de obtenção de dados necessários e imprescindíveis para o fim de poder decidir se moverá ou não uma ação, ou ainda, a fundada dúvida acerca de contra quem e em que condições haverá de mover a futura demanda.

Quanto à produção antecipada de prova, o interesse em agir deverá estar demonstrado no requerimento a ser feito ao juízo, através da clara menção acerca do temor fundado de que, por causa das pessoas ou pelo estado das coisas, determinados atos probatórios não poderão ser realizados no momento processual geralmente ou normalmente previsto¹⁴.

O futuro autor tem legitimidade para mover esta medida antes da existência do processo, sendo certo que o legislador espanhol não previu esta possibilidade ao demandado, diante da obrigatoriedade de mover a ação em até dois meses da realização da produção antecipada da prova. Ora, por óbvio, o demandado não poderia se comprometer com este requisito, já que o manejo da ação não depende da sua vontade¹⁵.

Contudo, quando o processo já está em curso, tanto o autor quanto o réu poderão, se demonstrarem as exigências para tanto, obter o deferimento da produção antecipada de prova ou da medida de asseguramento da prova.

Na Espanha, uma das maiores críticas aos institutos (seja de produção antecipada de prova, de asseguramento de prova ou ainda de diligências preliminares) se prende no fato de que há imenso desconhecimento acerca dos mesmos, além da sua má utilização, justamente por se tornarem em demasiadas ocasiões instrumentos de constrangimento, chantagem ou extorsão em face da contraparte, além de estarem a sobrecarregar os tribunais. Esta é uma das razões pela qual os juízes estão, cada vez menos, deferindo a adoção de tais medidas¹⁶.

¹³ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 255.

¹⁴CORDÓN MORENO, *ob. cit.*, p. 1356.

¹⁵CORDÓN MORENO, *ob. cit.*, p. 1356.

¹⁶CLEMENTE CASAS, *ob. cit.*, p. 91-92.

2.3 O direito autônomo à produção de prova

Como já restou claro, o multicitado Professor Flávio Luiz Yarshell, em obra de referência sobre o assunto aqui tratado, desenvolveu uma teoria a respeito da desnecessidade do requisito da urgência para a produção antecipada da prova baseado na premissa da existência de um direito autônomo à prova, teoria esta que foi recepcionada pelo legislador do novo CPC brasileiro de 2015¹⁷.

Ressalte-se, desde já e mais uma vez, que o objetivo da medida é a produção antecipada da prova e não sua valoração pelo magistrado, a qual ocorrerá somente em caso de eventual ajuizamento de demanda judicial, ou seja, a produção da prova (em teoria) não assume caráter contencioso.

Medina ensina que:

A produção antecipada de prova tem por finalidade preservar os elementos de prova, a fim de que os mesmos sejam admitidos e avaliados em outro processo. Está-se aqui, pois, diante de consectário de direito à prova [...]. (MEDINA, 2017, p. 81).

E acrescenta:

O CPC/2015 reconhece expressamente, pois, que o direito à prova é exercitável através de ação autônoma. Não se trata de ação cautelar, diversamente da disciplina procedimental que lhe dava o CPC/1973. (MEDINA, 2017, p. 82).

Quanto ao CPC português, verifica-se que não foi recepcionada plenamente a mesma concepção do Dr. Yarshell no que consiste à existência de um direito autônomo à produção da prova. Isto se observa através do fato de que não há, no referido diploma processual, a autorização de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência na quase totalidade das situações. Neste aspecto, deixou de avançar o legislador luso.

Abílio Neto¹⁸, ao analisar a questão da urgência para deferimento da providência antecipatória, relembra importante julgado¹⁹ que considerou:

[...] Tal normativo não permite esta diligência com a única finalidade de garantir a comodidade do seu requerente, tendo em vista, pelo contrário, evitar a

¹⁷YARSHELL, *ob. cit.*

¹⁸NETO, *ob. cit.*, p. 512.

¹⁹Ac.RL, de 25.2.1993; Proc. 00770922.dgsi.Net.

perda ou grande dificuldade futura de produção de certa prova, devido ao facto de terceiro, caso de força maior ou acção do tempo.

A Professora Doutora Maria José Capelo²⁰ ensina que no CPC de 2013 a ação de exibição de coisas ou documentos (arts. 1.045 a 1.047) tem caráter similar ao da antecipação de prova, sem o caráter de urgência concebido pelo Jurista Yarshell (clara exceção à regra que predomina no sistema), já que se consubstancia, em última análise, em ato preparatório (ou não), posto que determinará a tomada de decisão fundamentada na direção do ajuizamento de uma ação judicial (ou não). Aqui se percebe, também, e mais uma vez, que o destinatário da prova não será em primeiro plano o juiz, mas, fundamentalmente, as partes.

Por óbvio, deve-se ressaltar que o juiz (apesar de não ser o destinatário direto daquele direito substancial que se busca ver aferido) terá papel fundamental no deferimento da almejada exibição, posto que deverá medir a relevância do pedido e o grau da inevitável invasão à privacidade ou sigilo de um terceiro (proporcionalidade, necessidade e adequação). Do sopesar destes vetores antagônicos é que nascerá a decisão sobre o deferimento ou não da ação que busca a exibição daquela coisa ou documento.

Em interessante abordagem sobre o tema a ilustre Professora Capelo traz à tona esta face de autonomia do direito à antecipação de prova plasmada na citada ação exhibitória do código de ritos português de 2013, ou seja, num sistema em que predomina a produção antecipada de provas com caráter cautelar, podem-se encontrar ações (como as citadas) que divergem quanto à sua natureza ao trazerem, em seu bojo, um autêntico direito autônomo à produção de prova.

Por fim, a multicitada Professora brinda-nos com a indagação sobre o porquê da escolha legislativa lusitana em tratar a ação exhibitória (aqui mencionada) sistematicamente entre as demais matérias de prova, ou, à inspiração do NCPC brasileiro, enquadrá-la entre as medidas de antecipação de prova²¹.

Em Espanha, claramente o legislador manteve o caráter cautelar nas medidas de produção antecipada de prova e de asseguramento de prova, posto que continua a exigir o requisito da urgência para o seu deferimento.

O traço da falta de autonomia destas medidas em Espanha é de tal modo marcante que o legislador obriga as partes requerentes

²⁰CAPELO, Maria José. Principais novidades sobre provas no novo código de processo civil português. In: SILVA, João Calvão da; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães (Org.). **Processo civil comparado**: análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017, p. 183 a 187, principalmente.

²¹CAPELO, *ob. cit.*, p. 187.

a manejar obrigatoriamente a ação principal em dois meses da efetiva produção antecipada de prova²² ou em vinte dias da medida de assecuramento de prova²³, sob pena de, não o fazendo, ocorrer a perda do valor probatório da medida, além de repercussões pecuniárias negativas.

Deve-se salientar, no entanto, que em relação às diligências preliminares, o caráter de autonomia da medida está presente (independe de urgência e não obriga a propositura de uma ação), no entanto, não se pode considerar que seja efetivamente um direito autônomo à prova, tendo em vista que o que se busca através destas diligências é apenas e tão somente uma verificação de uma questão relativa à legitimidade, capacidade ou certificação do *status* de um documento ou objeto, a fim de clarificar eventual demanda a ser proposta.

3 DISCUSSÕES ACERCA DO CONTRADITÓRIO

Um ponto importante e que já está a levantar imensa polêmica é que o art. 382, § 4º, do NCPC de 2015 não admite (em primeira análise) o oferecimento de defesa e recurso, à exceção dos casos em que for totalmente indeferida a produção da prova pretendida pela parte requerente.

A não previsão do oferecimento de defesa ou recurso no procedimento de antecipação da prova tem espeque no fato de que a prova não será valorada, mas apenas produzida. No entanto, e como se verá, tal justificativa não poderá ter o condão de afastar o exercício do contraditório garantido constitucionalmente (ressalvados os casos de extrema urgência, é claro).

Araken de Assis dá a medida exata do problema:

[...] Porém, o art. 382, § 4º, pré-exclui defesa e recurso no procedimento da produção antecipada de prova, salvo quando o juiz indeferir totalmente (*v. g.*, o juiz admitiu a audição da testemunha F, mas rejeitou a de G, porque residente em outra comarca, caso em que o deferimento é parcial) a produção da prova. Essa disposição, tirada da disciplina anterior da justificação (art. 865 do CPC de 1973), ou se aplica unicamente a esses domínios e, ainda assim, comporta exceções (*v. g.*, a inadmissibilidade da pretensão), ou é flagrantemente inconstitucional. O assunto comporta distinções e esclarecimentos. (ASSIS, 2016, p. 31).

Aliás, uma análise sistemática do novo regramento conduz ao entendimento de que há algum descompasso ou desacerto entre os

²²OLIVA SANTOS, *ob. cit.*, p. 141.

²³OLIVA SANTOS, *ob. cit.*, p. 141.

§§ 1º e 4º do art. 382 do NCPC. Ora, o § 1º dá conta do fato de que o juiz, mesmo de ofício, poderá determinar a participação dos interessados na produção antecipada de prova (salvo se inexistente caráter contencioso, em seu sentir), ao passo que no § 4º a lei não prevê a possibilidade de defesa ou recurso (salvo em casos de indeferimento total do pleito).

Ora, parece que o legislador, neste particular, poderia ter seguido no § 4º a mesma linha de raciocínio demonstrada no § 1º, ou seja, facultando aos interessados que não só se manifestem, mas também se defendam quando se verifique algum aspecto que lhes possa ofender a privacidade, a honra ou o sigilo justificado, ou mesmo questões processuais atinentes ao interesse de agir, legitimidade, capacidade... etc.

Conforme se depreende do bojo do art. 382 e seus parágrafos, ainda que o requerente silencie acerca da necessidade de participação dos interessados, deverá haver a participação destes na produção da prova ou no fato a ser provado, através de citação, que poderá ser determinada até de ofício pelo juiz.

Todos os interessados devem participar, e é precisamente tal fato que dará azo à futura utilização da prova, pois somente a prova produzida com respeito ao princípio do contraditório poderá ser aproveitada em eventual processo judicial futuro. Sem a participação de todos os interessados, a produção da prova mostrar-se-á anulável pelo desrespeito ao princípio do contraditório, e, por consequência, potencialmente inútil²⁴.

Ressalvem-se, mais uma vez, as hipóteses de urgência, que não são, neste momento, o objeto de análise. Ainda que, ressalte-se, há posições que defendem a participação do réu ou interessados mesmo em casos de urgência, quando isto for possível e não prejudicar a colheita da prova²⁵.

Esta é a razão pela qual se justifica a intervenção atípica de outros potenciais participantes do processo principal, de modo a salvaguardar, concomitantemente, o contraditório, a ampla defesa e o direito à prova, exercido livremente.

Certo é que casos envolvendo essa controvérsia ainda não chegaram aos tribunais, de modo a fazer com que ainda parem imensas dúvidas sobre a interpretação que se dará a este controverso ditame legal. Razão pela qual o acompanhamento deste assunto revela-se indispensável.

²⁴No mesmo sentido, Talamini, *ob. cit.*, p. 9: "Deve ser incluído no polo passivo, como réu, todo aquele contra o qual se possa pretender futuramente, de algum modo, utilizar a prova. Por mais incerto e eventual que seja o uso futuro da prova em outro processo, cabe observar esse parâmetro. A prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor, não sendo admissível no processo subsequente".

²⁵Neste sentido, Assis, *ob. cit.*, p. 31: "Ora, o processamento da produção antecipada de prova unilateralmente, em virtude de urgência excepcional (*v. g.*, o prognóstico médico indica que a testemunha não sobreviverá além de vinte e quatro horas), é excepcional. Existem urgências que se harmonizam perfeitamente com o interrogatório e as formalidades da defesa do réu".

Note-se, todavia, que, em que pese não exista prazo legal e especificamente estabelecido para apresentação de defesa ou manifestação, não poderá o interessado ser tolhido em sua pretensão de se manifestar acerca daquela produção de provas, especialmente nos casos em que haja risco de violação da intimidade, privacidade ou sigilo dos interessados ou de terceiros, ou ainda, que sejam inadmissíveis por serem ilícitas.

Diante da ausência de prazo legalmente previsto para que seja apresentada defesa ou manifestação, poderá o interessado utilizar-se da regra geral prevista no art. 218, § 3º, do NCPC. O referido dispositivo determina que diante da inexistência de preceito legal ou prazo específico determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte, de modo idêntico ao que já se previa no CPC de 1973 em seu art. 185²⁶.

3.1 Indagações sobre a constitucionalidade do instituto

Talamini tem firme posição sobre este tema e o define nos seguintes termos:

No Código de Processo Civil de 2015, o tratamento dado ao tema é ainda pior que o do diploma anterior. O seu art. 382, § 4º, estabelece que 'não se admitirá defesa' no processo de produção antecipada. Tal dispositivo exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade (CF (LGL\1988\3), art. 5º, XXXVI, LIV e LV). Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro. (TALAMINI, 2016, p. 12).

Muito interessante é a posição do Dr. Rodrigo da Cunha Lima Freire²⁷. Entende o professor que se houver urgência no requerimento, não há que se falar em quebra do contraditório, e muito menos na inconstitucionalidade do dispositivo. No entanto, na hipótese de requerimento

²⁶Com entendimento diverso: Novo CPC anotado OAB-RS: "Nesses casos, não havendo prazo legal, utiliza-se analogicamente o prazo de quinze dias da contestação no procedimento comum" (p. 315).

²⁷Posição externada no II Colóquio Luso-brasileiro de Direito Processual Civil realizado em 22.11.2017 no auditório da FDUC, Coimbra.

para a produção antecipada de prova sem o requisito da urgência, acredita o professor que haveria necessidade de se respeitar o contraditório, dando azo, assim, à discussão acerca da constitucionalidade desta previsão legal.

Ainda a respeito da possibilidade de defesa, esta deverá ser garantida, ainda mais se estiverem em discussão questões como ilegitimidade, competência, não demonstração do real interesse na produção da prova, bem como quanto à forma ou maneira como foi determinada a produção da prova.

Eduardo Talamini lembra, em atenção ao princípio do contraditório que:

Mesmo quando o escopo da produção antecipada não for o de assegurar ou pré-constituir a prova, mas sim o de incentivar a autocomposição ou permitir a avaliação de chances de eventual demanda, é relevante a participação do adversário: sua presença no procedimento probatório antecipado qualifica a prova, ampliando as chances de que ela cumpra essas funções. A antecipação da prova há de fazer-se no mesmo ambiente que se faria se não fosse antecipada, ou seja, sob o crivo do contraditório. Se, por um lado, se reconhece o direito autônomo à prova (essa é a base das novas hipóteses expressas de antecipação), cabe reconhecê-lo em sua plenitude, i. e., em sua dimensão bilateral, intersubjetiva. (TALAMINI, 2016, p. 9).

Contudo, deve-se mais uma vez salientar que, nos casos em que se demonstre o risco de perda da oportunidade de produção da prova (efetiva urgência) poderá ser permitida a sua elaboração sem a prévia citação dos interessados, bem como quando se comprovar que a citação dos interessados inviabilizará a realização da prova (objetivo de garantia da prova).

Ademais, há outra questão bastante discutida no que concerne à admissibilidade de recurso apenas nos casos de indeferimento total da produção da prova. Ora, da leitura da “letra fria da lei”, depreende-se que se a parte requerer a antecipação de duas provas distintas e apenas uma for deferida, não poderá recorrer do indeferimento da outra.

Com a devida *venia*, observa-se que tal ditame legal não se mostra razoável e certamente será tema de muitas e acirradas discussões. Já há quem defenda a possibilidade de interposição de agravo de instrumento, nos casos de indeferimento parcial da antecipação de prova, sob o fundamento de que se trata de decisão interlocutória que versa sobre o mérito do processo.

Ocorre, repise-se, que o § 4º do art. 382 reza que não haverá defesa ou recurso, salvo contra a decisão que indeferir totalmente a

produção da prova requerida. Como cediço, em tese, por ser sentença, caberia apelação, todavia, se se entender que se trataria de decisão interlocutória, abriria ensejo à possibilidade de utilização do agravo de instrumento. Isto na hipótese, que se deixe bem claro, de requerimento que pleiteie a antecipação de mais de um meio de prova e um deles seja indeferido.

Tal posição, inclusive, foi defendida pelo Dr. Marco Antônio Rodrigues em recente exposição realizada em Coimbra no âmbito do **II Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Processual Civil**²⁸.

Eduardo Talamini defende que a via correta para demonstração da irresignação de qualquer das partes neste procedimento seria a do mandado de segurança²⁹.

3.2 Como Portugal e Espanha tratam o tema

Em Portugal o legislador tratou muito bem desta matéria. Consequência disto é o fato de que não há qualquer repercussão, crítica ou discussão (que existe em profusão no Brasil) quanto ao possível ferimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito da produção antecipada de prova.

Ferreira de Almeida, sobre o contraditório, ensina que:

Princípio geral estruturante do processo civil, reconhece-se-lhe também um matriz constitucional, enquanto integrador e enformador do princípio do Estado de direito democrático e do acesso à justiça e aos tribunais, como tal incluído no cerne da previsão dos arts. 2º e 20º da CRP: reconhecimento (àquele contra quem é dirigida uma pretensão) do direito de se defender antes de o tribunal a apreciar - *audiatur et altera pars*. (ALMEIDA, 2010, p. 248).

Ainda, na mesma obra, Ferreira de Almeida reforça o entendimento quanto à importância fundamental do respeito ao contraditório:

Relativamente às questões de direito, o princípio conclama que, antes de ser proferida a sentença ou qualquer outra decisão judicial interlocutória ou incidental, seja facultada às partes a decisão efectiva de todos os fundamentos de direito em que a mesma se baseie. Gozando, embora, o tribunal da plena liberdade de dizer e aplicar o direito, o direito de audiência visa prevenir as chamadas decisões surpresa. (ALMEIDA, 2010, p. 250).

²⁸Exposição realizada no âmbito do **II Colóquio Luso-brasileiro de Direito Processual Civil**, em 22.11.2017, no auditório da FDUC em Coimbra.

²⁹TALAMINI, *ob. cit.*, p. 15.

Os arts. 415 e 420 do CPC luso, em análise combinada, demonstram o cuidado em preservar-se, indubitavelmente, o direito ao contraditório na produção da prova, seja ela produzida de forma antecipada ou não.

O art. 415 proíbe, salvo disposição expressa em contrário, a produção de provas sem a audiência ou manifestação da contraparte. Na mesma esteira, o art. 420 autoriza, de modo excepcional, que a prova seja produzida sem a intimação prévia da parte contrária, no entanto, com a necessária intimação do Ministério Público ou um advogado nomeado pelo juiz, de acordo com cada uma das situações trazidas no citado artigo.

Da análise dos ditames dispostos acima, vê-se, claramente, que está assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa, especialmente se se levar em consideração que o exercício da produção antecipada de prova nada mais é do que exercício do direito de ação ligado ao direito subjetivo de produzir provas.

Na Espanha, assim como em Portugal, o legislador foi muito cuidadoso com o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Navarrete³⁰ ensina que a LEC deseja assegurar que na prática de prova antecipada exista o contraditório, e, para tanto, prevê três regras básicas: (i) quem propõe a prática deve designar a pessoa contra quem deve demandar, para que esta seja citada pelo juízo, a fim de exercer o contraditório sobre a prova a ser produzida; (ii) o meio de intervenção de cada parte envolvida na produção antecipada de prova será exatamente o mesmo que se aplicaria numa hipótese de colheita normal daquele meio de prova, e (iii) a prova colhida antecipadamente poderá ser novamente produzida, caso seja possível fazê-lo, e alguma das partes envolvidas faça o requerimento. Nesta última hipótese, caso haja resultados diferentes provenientes das provas produzidas (uma antecipadamente e outra no momento processual ordinário), o juiz deverá valorar cada uma consoante *la sana critica*.

Digno de nota é o fato de que a **Ley 19/2006** acrescentou os apartados 4 a 8 ao art. 298 da LEC, a fim de garantir em todos os casos o respeito ao contraditório e à ampla defesa também nas medidas de asseguramento de prova.

4 QUE PROVAS PODEM SER ANTECIPADAS

O art. 381 do NCPC brasileiro prevê as hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova, separando-as em três grupos: a) perigo de perecimento da prova (inciso I); b) produção da prova que

³⁰LORCA NAVARRETE, *ob. cit.*, p. 97-98.

possa viabilizar autocomposição (inciso II), e c) possibilidade de que a produção da prova justifique ou evite o ajuizamento da ação.

Depreende-se da leitura dos termos do artigo e, sobretudo, em razão da vagueza dos termos utilizados, que é possível a produção antecipada de prova nas mais variadas hipóteses. Agora, como já se deixou claro e ao contrário do que previa o Código de Buzaid, não é mais indispensável a comprovação da urgência na asseguuração da prova.

No artigo subsequente, mais uma vez, se observa que o legislador deixou de especificar quais provas poderiam ser antecipadas, ou, nos dizeres de Araken de Assis:

O art. 382, *caput*, absteve-se de indicar a espécie de prova passível de antecipação. Essa omissão significa, naturalmente, a admissibilidade de qualquer meio de prova. (ASSIS, 2016, p. 10).

A intenção do legislador foi, ao que parece, dar azo à possibilidade de produção antecipada de qualquer prova, desde que se demonstre a sua utilidade e adequação no sentido de viabilizar ou desencorajar o ajuizamento de uma ação, ou, ainda, incentivar que se encontre uma solução consensual para o conflito através da autocomposição.

Não é mais imprescindível, repise-se, a demonstração do perigo de perecimento da prova (*periculum in mora*). Tal mudança de rumo acarretou a óbvia ampliação da utilização do instituto, que, conforme já se registrou, poderá, se bem utilizado, ser um elemento catalisador da tão desejada e necessária transformação da realidade dos nossos tribunais.

Em outras palavras, se as partes tiverem acesso pleno às informações relativas às provas antes de promoverem as suas ações, somente irão ajuizar as demandas efetivamente viáveis com a robustez das provas pré-constituídas. Tal advento promoverá, diante da análise prévia acerca das provas que envolvem determinado fato jurídico, a opção pelo acordo, ou mesmo a desistência da distribuição da ação.

Talamini, a este respeito, diz que:

Além disso, o elenco do art. 381 não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. É apenas exemplificativo. Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuir interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381. Os mesmos fundamentos que justificavam a extensão do emprego da produção antecipada a situações não urgentes, no Código de 1973, justificam agora sua utilização em hipóteses que não se enquadram no rol legalmente estipulado: reconhecimento do direito autônomo à prova;

garantia da universalidade da tutela jurisdicional; economia processual - e assim por diante. (TALAMINI, 2016, p. 4).

Desta forma, pode-se resumir que o novo CPC brasileiro de 2015 não determinou limitações em relação às provas que poderiam ser produzidas antecipadamente, tendo feito a opção por permitir a antecipação de todo e qualquer meio de prova. Bem diferente do que ocorria sob a vigência do antigo código, que admitia tão somente a antecipação do interrogatório das partes, da inquirição de testemunhas ou exame pericial.

As opções consagradas em Portugal e Espanha

Portugal restringiu a produção antecipada de provas ao depoimento pessoal das partes ou testemunhas e à verificação de certos fatos por perícia ou inspeção³¹.

Claramente deixou de avançar mais neste particular, em que pese, conforme muito bem observado pela Doutora Capelo em obra citada, os arts. 1.045 a 1.047, que dispõem sobre a apresentação de coisas ou documentos, também se constituem em espécies de produção antecipada de prova, em que pese estejam dispostos no CPC em parte diversa.

Na Espanha o legislador tratou de modo diferente os três institutos aqui analisados. Nas diligências preliminares fixou as hipóteses possíveis taxativamente, conforme disposto no art. 256.1 da LEC. Na produção antecipada de provas determinou que todos os meios de prova previstos na LEC poderiam ser utilizados na medida antecipatória, enquanto que, finalmente, as medidas de asseguramento não são típicas e sim inominadas, devendo ser utilizadas aquelas úteis à consecução do fim pretendido, qual seja, garantir que no momento apropriado a produção da prova será possível.

5 A SOLUÇÃO BRASILEIRA. VANGUARDA?

Diante da indagação presente no título deste capítulo, e, “bebendo da fonte” do excelente artigo de Beneduzi³², convém, desde já, perceber que o sistema brasileiro de produção antecipada de provas, apesar de ter avançado em relação ao código anterior, ainda está distante de satisfazer as necessidades da busca por um processo célere, justo e relativamente barato.

³¹NETO, *ob. cit.*, p. 512.

³²BENEDUZI, *ob. cit.*, p. 4 a 10.

Óbvio que os desafios estão presentes em todos os sistemas, e não há um único sequer que esteja livre de críticas. Aliás, Adrian Zuckerman, em seu excelente estudo sobre a crise da justiça civil, explica que:

It would appear, therefore, that most systems experience serious problems in the administration of civil justice. In every country represented here have been made to improve the benefits that the administration of civil justice provides for the community. The varying measures taken in different are suggestive not only of different problems but also of different perceptions of cause and effect and of different priorities. (ZUCKERMAN, 1999, p. 14).

Beneduzi, brilhantemente, faz um percurso pelos ordenamentos de Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra de maneira que é possível entender as principais valências e problemas ali diagnosticados, e nos faz pensar sobre os caminhos ainda a serem trilhados, não só pelo Brasil, mas também por Portugal e Espanha. A seguir, e à guisa de enriquecimento do estudo, sempre com base na obra de Beneduzi, tratar-se-á de analisar sucintamente aspectos dos três sistemas (especialmente o inglês) em vigor, há pelo menos 18 anos, nos citados países, a fim de, ao final, poder-se responder ao questionamento sobre o caráter inovador ou não do tratamento brasileiro ao tema da produção antecipada de provas.

Na Alemanha, o instituto da produção antecipada de prova é algo excepcional, que tem como objetivo assegurar *ad perpetuam rei memoriam* quando houver razão plausível para tanto. Ela é possível desde a reforma de 1990, sem a necessidade do requisito de urgência e do risco de que a prova possa vir a perecer. Funciona como um instrumento de informação para aquele juridicamente interessado na obtenção de esclarecimentos relativos a determinados fatos.

A regra 495 do ZPO alemão é bastante similar ao art. 381 do CPC brasileiro, e diz que:

Para os fins deste dispositivo, haverá interesse quando a realização da prova puder servir de algum modo para evitar um litígio, independentemente da relevância potencial da prova para o eventual processo e também independentemente das aparentes chances de êxito deste eventual processo.

Como visto, continua Beneduzi, esta sugestão, aplicada na Alemanha desde o início da década de 1990, veio salutarmente a ser acolhida pelo legislador brasileiro, conforme expresso no art. 381 do Código de Processo Civil de 2015. Mas, no entender do brilhante e multicitado jurista, é pouco.

Como ilustra a experiência alemã, esta solução, infelizmente, acaba por não produzir os resultados práticos esperados (sobretudo em razão da complexidade procedimental que dela decorre). Faz mais sentido, no sentir de Beneduzi, em litígios complexos, envolvendo altos valores, mas esta duplicidade não seduziria um *uomo della strada* e não o convenceria a utilizá-la em situações mais corriqueiras (num caso de responsabilidade civil médica, ou de responsabilidade civil pelo defeito de um produto, por exemplo)³³.

Nos Estados Unidos, a característica de ser o processo construído progressivamente e com a ampla *discovery* processual, faz com que seja menos importante para o processo norte-americano, comparativamente ao brasileiro ou ao alemão, a revelação pré-processual de informações relevantes para o julgamento de uma eventual demanda.

O que a regra n. 26 das FRCP (vigente desde 1993) faz é estabelecer um verdadeiro dever de revelação processual instrumentalizado mediante o mecanismo de *discovery* denominado *initial disclosures*. Mas se trata de uma obrigação processual, exigível no processo, não antes dele, o que o afasta dos modelos brasileiro e alemão, sobremaneira.

Ademais disso, os altos custos, a grande complexidade procedimental e a imensa demora no desenvolvimento do instituto nos Estados Unidos desencorajam a utilização desta plataforma como exemplo a ser seguido, não sem inúmeras ressalvas.

O sistema inglês

Beneduzi crê que a solução inglesa desenhada por Lord Woolf e que entrou em vigor em 1999 seria a mais razoável, e explica o porquê desta opinião. Na Inglaterra os *pre-actions protocols* servem para dar às partes, mesmo antes do processo, melhores meios de avaliar as suas chances de vencer e, por consequência, para lhes permitir tomarem uma decisão informada sobre a conveniência de uma solução consensual para o litígio.

Neil Andrews, sobre os *pre-action protocols* discorre:

The CPR introduced an important set of pre-action protocols. These establish a framework of responsibilities for prospective parties and their legal representatives. The protocols are intended to enable each side to know the strengths and weaknesses of his opponent's case. (ANDREWS, 2008, p. 38).

³³BENEDUZI, *ob. cit.*, p. 9-10.

Existe o dever pré-processual geral de cooperação (constante do *overriding objective*³⁴) que exige também a troca de documentos relevantes, mesmo que favoráveis ao adversário, o que acaba por conceder às partes a possibilidade de avaliar, antes do processo, suas chances de êxito.

Adrian Zuckerman resume bem o dever de revelação:

Although the CPR have introduced a few notable changes to discovery, the objective remains the same as before: to afford litigants access to relevant documentary materials in the possession of their opponents or in the hands of non-parties. (ZUCKERMAN, 2013, p. 718).

Ora, adverte Beneduzi, o fato do autor saber antecipadamente se terá condições de reunir um substrato probatório suficiente para o ajuizamento de uma *claim* minimamente substanciada, e, ao mesmo tempo, permitir ao réu saber, ao se defender, do que exatamente deve se defender, acaba por estimular e facilitar a realização de um acordo entre as partes.

Em caso de resistência injustificada de uma das partes em cooperar nesta fase pré-processual, a parte prejudicada teria ainda à sua disposição o direito de pedir a sanção em custos do adversário ou, observados os requisitos estipulados pela **Rules of Civil Procedure**, também a *pre-action disclosure*, que se constitui na determinação legal para que a parte recalcitrante revele ou dê acesso a determinado fato ou documento.

Após a entrada em vigor do CPR inglês o que se viu foi uma notável melhora no sistema como um todo, principalmente pelo grande número de acordos (através de sessões de mediação ou conciliação) fomentados pela ciência das partes das fraquezas e virtudes das inúmeras facetas de suas demandas. Ora, os *pre-actions protocols* foram fundamentais para que tal advento se perfizesse.

Diante deste “passeio” por três ordenamentos de referência, cujas legislações vigoram há muito mais tempo que a brasileira (1990, 1993 e 1999, se comparado a 2016), pode-se afirmar que o Brasil avançou, mas não o suficiente, e, na mesma esteira, não se pode qualificar de vanguardista a solução brasileira.

Ora, certo é que o CPC de 1973, como já se disse, admitia apenas a antecipação do interrogatório, da inquirição de testemunha ou

³⁴ANDREWS, *ob. cit.*, p. 5. Segundo este prestigiado autor, o novo CPR inglês está alicerçado em três grandes pilares: a proporcionalidade, o foco na questão crucial da demanda e a busca pela celeridade.

do exame pericial. O novo CPC de 2015 não trouxe semelhante limitação. A produção antecipada de prova, portanto, teve o seu espectro de incidência ampliado, de modo a permitir a antecipação de qualquer meio de prova.

Na mesma esteira deixou de ser exigível o requisito da urgência para o deferimento da medida antecipatória, o que também se constitui num inegável avanço, mas há imensos desafios por superar, entre eles, as mal concebidas questões relativas ao contraditório, à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, o que poderá fazer com que o instituto não exerça o papel para o qual foi projetado. Além do sempre temido risco de asoeramento ainda maior dos tribunais pátrios, em face do ajuizamento das ações autônomas de antecipação de prova.

É exatamente neste contexto, no sentir de Beneduzi³⁵, que a bem sucedida experiência inglesa dos *pre-action protocols* poderia inspirar o processo brasileiro. Fazer com que as partes antecipem seus argumentos, que ponderem acerca da hipótese de mediação, que revelem documentos essenciais ao deslinde do feito (mesmo que favoráveis à parte contrária), tudo isso antes do processo, daria azo ao estímulo para a solução prematura de litígios, minimizando custos. Quando restasse infrutífera a sua solução extrajudicial, contribuiria esta fase pré-processual, ao menos, para facilitar o acesso das partes às informações relevantes para a substanciação da demanda e da defesa, e para uma avaliação mais precisa dos riscos envolvidos e das chances de êxito.

6 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, pode-se afirmar, diante de tudo quanto foi aqui dito, que a produção antecipada de prova no CPC brasileiro de 1973 tinha como escopo antecipar a produção de alguns determinados meios de prova, tendo em vista que a parte não teria condições de aguardar a instrução do processo principal, momento normalmente previsto para a sua produção. Como visto, o deferimento de tal medida dependia da urgência e, portanto, possuía natureza cautelar, que poderia ter caráter preparatório ou incidental.

Com o advento do novo CPC brasileiro de 2015 ocorreu uma significativa reformulação do instituto. Não é mais necessário o pré-requisito da urgência para o seu deferimento, tampouco restou de pé a imperatividade do manuseio da ação principal. Desta forma, desenhou-se um verdadeiro direito autônomo à prova, não só em casos

³⁵BENEDUZI, *ob. cit.*, p. 10.

de urgência, com o principal objetivo de fomentar a autocomposição, evitar demandas infundadas, ou mesmo construir melhor e com mais robustez a decisão de mover uma ação.

Como pontos de atenção destacam-se a fragilidade da previsão de ausência de contraditório e as restrições à recorribilidade, bem como a falta de uma previsão específica de punição para aqueles que abusem do direito no manuseio do instituto (o que pode ensejar o mau uso e o desencorajamento da utilização do instrumento).

Com relação ao CPC português de 2013, vê-se que o legislador lusitano manteve a necessidade da urgência para o deferimento da medida, ou seja, deixou de possibilitar a admissão da produção antecipada da prova autonomamente, o que denega ao jurisdicionado a chance de utilização do instituto para viabilizar a autocomposição ou mesmo o prévio conhecimento cabal dos fatos, a fim de justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Também andou mal ao continuar a restringir os meios de prova passíveis de antecipação, embora tenha tratado muito bem as questões do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à legislação espanhola, tem-se a aplaudir a iniciativa das diligências preliminares que podem ser manejadas sem o requisito da urgência e servem para evitar que ações sejam intentadas com falhas graves relativas à legitimidade, capacidade ou dados substantivos essenciais (embora haja o risco de assoberbamento dos tribunais, dado o mau uso pelas partes e advogados). As previsões de contraditório efetivo e caução, que desacreditem condutas abusivas, são de se aplaudir.

Na mesma esteira, digna de elogios é a opção espanhola de não limitar os meios de provas passíveis de produção antecipada ou asseguração, contudo, deixou de avançar no que concerne à manutenção do requisito da urgência para o seu deferimento.

Desta forma, comparando-se os três ordenamentos objetos de análise, tem-se que o sistema brasileiro é talvez o mais avançado, em que pese, consoante sobejamente demonstrado, haja pontos de atenção a serem repensados.

Como visto, o legislador brasileiro foi muito influenciado pelo sistema alemão, que desde 1990 já admitia a produção antecipada de prova sem o requisito da urgência, contudo, deixou de acompanhar o que seja talvez o melhor exemplo de resolução desta problemática, que é o sistema inglês vigente desde 1999. Os seus *pre-action protocols* constituem excelente meio de se descortinar as questões envolvidas da lide de modo a encorajar fortemente a escolha pela mediação (ou outro meio autocompositivo), levando a julgamento efetivamente aqueles casos em que não é possível outra solução.

REFERÊNCIAS

- AA.VV. **La prueba en el proceso civil**. Pamplona: Thomson Reuters/ Aranzadi, 2016.
- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. **Direito processual civil**. V. I. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. **Direito processual civil**. V. II. Coimbra: Almedina, 2015.
- ANDREWS, Neil. **The modern civil process**. Tubingen: Mohr Siebeck, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. V. II. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [Em *e-book*, baseado na 2. ed. impressa].
- BENEDUZI, Renato Resende. *Substantiierung, notice-pleading e fact-pleading: a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, jul. 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPELO, Maria José. Principais novidades sobre provas no novo código de processo civil português. In: SILVA, João Calvão da; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAPELO, Maria José; THOMAZ, Osvir Guimarães (Org.). **Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017.
- CLEMENTE CASAS, Ismael. Diligencias preliminares y medidas de anticipación y aseguramiento de prueba. **Actualidad Jurídica**, Madrid: UriaMenéndez, n. 12, 2005. Disponível em: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1477/documento/foro7.pdf?id=2074>. Acesso em: 5 dez. 2017.
- CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* **Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil**. V. I. 2. ed. Pamplona: Thomson Reuters/ Aranzadi, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**. V. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. **Análisis jurisprudencial de la prueba em el proceso civil**. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2014.

MACEDO, Elaine Harzheim; MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (Org.). **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB-RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/noticias/baixe-gratuitamente-livro-ldquonovo-cpc-anotadordquo/19705>.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. [Em *e-book*, baseado na 3. ed. impressa].

NETO, Abílio. **Novo código de processo civil anotado**. 2. ed. Lisboa: Ediforum, 2014.

OLIVA SANTOS, Andres de la; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Curso de derecho procesal civil II**. 3. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016.

PIMENTA, Paulo. **Processo civil declarativo**. Coimbra: Almedina, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, out. 2016.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di *civil law* e di *common law*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v36i0.1780>.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZUCKERMAN, Adrian. **Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

ZUCKERMAN, Adrian. **Zuckerman on civil procedure: principles of practice**. 3. ed. London: Sweet & Maxwell, 2013.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO

THE INSTITUTE OF MEDIATION IN THE LUSO-BRAZILIAN LEGAL CONTEXT

ALMEIDA FILHO, Roberto Nóbrega de*

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

Palavras-chave: Mediação. Meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Autonomia da vontade. Princípios. Pacificação social.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the institute of Mediation in portuguese and brazilian legal systems and its characteristic as an alternative public policy for the resolution of disputes, their convergence and their own purposes, in view of the crisis of insufficiency of the

*Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas/SP. Mestre em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito de Coimbra.

Judiciary to discipline and solve the conflicts arising from life in society, especially exacerbated by the delay in finalizing the processes. Emphasis will be placed on the private (civil) mediation procedure within the two countries. In this dissertation we intend to present to the legal community an overview of the mediation laws in Portugal and Brazil, especially the procedures developed outside the public system, and their effects in private litigation, whose legal framework translates a new legal modality of consensual method of resolution of conflicts in a simpler, cheaper and faster way, besides contributing explicitly and beneficially to the dissemination of the culture of social pacification, without the need of intervention of the Judiciary Power. In the present investigation we applied the method of bibliographic research, obtained from legal journals and texts made available in electronic media and books related to the topic at hand.

Keywords: Mediation. Extrajudicial ways to solve conflicts. Autonomy of the will. Principles. Social pacification.

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

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

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

Transcrevemos a seguir o conceito de Mediação disposto nas legislações portuguesa (Lei n. 29/2013, de 19 de abril) e brasileira (Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015), respetivamente.

Na lei portuguesa n. 29/2013, de 19 de abril, art. 2º, temos as seguintes definições:

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

- a) 'Mediação' a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;
- b) 'Mediador de conflitos' um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio. (PORTUGAL, 2013).

A lei brasileira n. 13.140, de 26 de junho de 2015, art. 1º, dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública:

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (BRASIL, 2015b).

Na Constituição lusa, os meios não judiciais de resolução de litígios têm previsão no art. 202º, n. 4: "A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos" (PORTUGAL, 1976).

No Brasil, a constitucionalidade da mediação afere-se logo pela leitura do próprio preâmbulo da Carta Magna, que proclama, dentre outras diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas, a mensagem de solução pacífica das controvérsias, nos seguintes termos:

Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988) (grifamos).

A referida exortação deve ser interpretada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário a responsabilidade exclusiva para solução

de todas as controvérsias e, partindo desse fundamento essencial e institucional, fica claro que além da jurisdição estatal não está excluída a opção de resolução dos conflitos pelos métodos alternativos, cujos objetivos primordiais são a solução e/ou prevenção de litígios e a promoção da paz social.

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

As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. (BRASIL, 2015a).

Por sua vez, o art. 334 do aludido CPC determina:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (BRASIL, 2015a).

Da mesma forma, o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), conforme seu art. 851 - “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que possam contratar”, já indicava a preocupação do legislador brasileiro na busca por instrumentos extrajudiciais para solução de controvérsias a serem dirimidas pelos próprios interessados.

Também se faz necessário nos referirmos à Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, que instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, e prescreve expressamente no parágrafo único do seu art. 1º:

Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada

mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (BRASIL, 2010) (redação dada pela Emenda n. 2, de 8.3.2016).

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

Expostas as normatizações legais do instituto em questão em ambos os ordenamentos, pedimos vênia, antes de continuarmos a discorrer sobre o mesmo assunto, para fazermos uma breve referência histórica ao termo Mediação. Outrora em sinonímia com “conciliação”, desde 1603 essa possibilidade já constava do código legal português - **Ordenações Filipinas** - cuja vigência no Brasil perdurou até a proclamação da independência em 1822, e essa sábia premonição está consagrada nas disposições constantes no Livro III, Título 20, § 1º. Vejamos:

E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despezas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa he sempre duvidoso [...]. (ALMEIDA, 1870, p. 587).

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

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

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

²Art. 20º - 1: “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”. Art. 5º: “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

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

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

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

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

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

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

Os princípios da mediação na lei portuguesa estão assentados no art. 3º e discriminados do art. 4º até o 9º, designadamente a voluntariedade (4º), confidencialidade (5º), igualdade e imparcialidade (6º),

independência (7º), competência e responsabilidade (8º) e executoriedade (9º). Na legislação do Brasil estão elencados no art. 2º, I a VIII: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

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

Em ambas legislações verificamos essa premissa comum da voluntariedade³, no caso brasileiro traduzida na autonomia da vontade (art. 2º, V, c/c § 2º)⁴, que corresponde à liberdade dos interessados na escolha (espontânea) do processo de mediação para, desse modo, resolverem suas pendências da forma que melhor lhes convier dentro dos limites legais e sem qualquer intervenção impositiva de terceiros. Também lhes é franqueada a possibilidade de desistência desse sistema a qualquer momento, sem consequências negativas⁵. Ressaltamos, ainda, a garantia assegurada de livre acesso ao Judiciário se essa for a opção, mesmo durante o transcorrer do procedimento.

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

No ordenamento brasileiro as hipóteses vocacionadas à auto-composição são aferidas nos termos do art. 3º da Lei n. 13.140/2015, ou seja,

Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. [...]

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

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

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

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. (BRASIL, 2015b).

Essa adequação se dá a partir da perspectiva de que a mediação será a melhor alternativa ou a mais ajustada, rápida e prática para a solução consensual dos conflitos, de tal sorte que, preenchidos os citados critérios de mediabilidade, a insistência na judicialização direta implicará na opção mais inadequada.

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

Prosseguindo sobre os princípios consagrados em ambas legislações ora estudadas, fazemos referência ao princípio da confidencialidade, previsto nos arts. 5º e n. 3 do 18º da Lei n. 29/2013⁸, e arts. 2º, VII, e 30, § 1º, da Lei n. 13.140/2015⁹, e art. 166, § 1º, do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), *verbis*:

A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso de procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa disposição das partes. (BRASIL, 2015a).

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

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

⁸Art. 5º: “1 - O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem; 2 - As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu conhecimento, às restantes partes envolvidas no procedimento [...]”; Art. 18º, n. 3: “Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade”.

⁹Art. 2º: “A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...] VII - confidencialidade; [...] 30 - Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação; § 1º - O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação”.

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

Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. (BRASIL, 2015a).

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

Na Lei brasileira n. 13.140/2015, essa obrigação também está presente no art. 30, § 1º, já transcrito, e no acima reproduzido § 2º do art. 166 do Código de Processo Civil. Ambos vedam a exposição pública de fatos, temas e propostas discutidos durante a mediação, inclusive a divulgação em processo arbitral e/ou judicial, a não ser que as partes expressamente decidam levantar o indigitado sigilo, ou quando decorrer de imposição legal ou, ainda, se for necessário para o cumprimento do acordo celebrado em mediação.

Repetimos, *ad nauseam*, o citado § 1º e seus incisos I a IV do art. 30 da Lei n. 13.140/2015, e o § 2º do art. 166 do Código de Processo Civil brasileiro, tal qual a norma portuguesa similar (arts. 5º, n. 1 e 2, 18º, n. 3, e 28º), são expressos em estender o dever de confidencialidade a todos os atores que participaram da mediação (mediador, partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que, direta ou indiretamente, tenham participado do procedimento), e essa obrigação alcança não só as informações conhecidas, mas também todo o conteúdo das sessões, nomeadamente:

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

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

[...] os documentos trocados, as palavras dirigidas pelas partes e pelo mediador, as propostas de solução formuladas no seio das sessões. (LOPES; PATRÃO, 2014, p. 41).

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

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

Privacidade, indubitavelmente, é um aspecto relevantíssimo no mundo atual dos negócios, na economia globalizada em geral ou no mercado financeiro, especialmente nos casos de conflitos empresariais de alta repercussão econômica. A impressão transmitida será de segurança, solidez e estabilidade dos litigantes, quer sejam pessoas naturais, quer sejam empresas, mesmo estando em curso o indigitado procedimento.

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

¹²Art. 5º, n. 3, da Lei n. 29/2013: "O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses".

¹³Art. 6º: "O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes". Art. 7º: "O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador".

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

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

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

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

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

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

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

especial, seja atribuída força executiva'. Apesar de o acordo assim alcançado ter força executiva, as partes têm a faculdade de submeter a acordo a homologação judicial, nos termos do art. 14º, apresentando o pedido conjuntamente em qualquer tribunal competente em razão da matéria.

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

Oportunamente, ressaltamos, ainda, que os contendores poderão submeter à homologação judicial o acordo obtido em mediação - já dotado de executoriedade nos termos do art. 9º, n. 1, "a" a "e", e n. 4 da Lei n. 29/2013 -, conforme a norma disposta no verbete 14º, n. 1, *verbis*:

Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial. (PORTUGAL, 2013).

Na legislação brasileira adotou-se o mesmo critério de conferir eficácia executiva aos acordos de mediação, como se constata pelas disposições contidas no parágrafo único do art. 20, ratificado pelo art. 515, II e III¹⁶, do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), cujo inciso III é dirigido aos casos de acordos celebrados em mediação extrajudicial. Caso não haja homologação, o termo final do acordo constituir-se-á título executivo extrajudicial, nos termos do parágrafo único do art. 20 da Lei n. 13.140/2015.

O art. 10º¹⁷ da Lei n. 29/2013 especifica que os litígios mediáveis em Portugal são aqueles de natureza civil e comercial, com exclusão dos litígios passíveis de mediação familiar, laboral e penal, que são regulados por legislações específicas sobre tais matérias.

No Brasil o art. 1º da Lei n. 13.140/2015 define o conceito legal da mediação "como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração

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

¹⁷Art. 10º: "Âmbito de aplicação. 1 - O disposto no presente capítulo é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal".

pública”. Por sua vez, o art. 3º da mesma lei de regência dispõe: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, enquanto o parágrafo único do art. 42 prescreve: “a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”. Diante dessas balizas legais, podemos concluir, então, que as questões de caráter civil, comercial, administrativo e fiscal estão inseridas no âmbito de aplicação da lei brasileira, excetuando-se as de natureza laboral.

Por oportuno, ressaltamos uma diferença importante entre a legislação lusa - que exclui do seu âmbito de aplicação a apreciação das causas de natureza administrativa e fiscal - e a congênere brasileira (Lei n. 13.140/2015), que dedicou o Capítulo II, Seções I e II, arts. 32 a 40 para disciplinar as condições que regem a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

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

Genericamente, entende-se por direito indisponível aquele que é relativo a um interesse público, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade, ou seja, são direitos indisponíveis aqueles aos quais os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. A partir dessa premissa, inferimos que o comando contido no § 2º do art. 3º da Lei brasileira viabiliza, em caso de consenso entre partes sobre direitos indisponíveis, porém transigíveis, a submissão da avença ao crivo do juiz, com oitiva do Ministério Público.

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

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

¹⁸Art. 3º, § 2º, Lei n. 13.140/2015: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

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

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

O principal efeito (negativo temporário) processual que decorre da indigitada convenção está previsto no n. 4²², especificamente a suspensão da instância, exceção dilatória a ser invocada pelo réu que pretenda constituir o procedimento em questão até o momento da apresentação da sua primeira impugnação. Desse modo, caso alguma das partes despreze a convenção e resolva recorrer diretamente aos tribunais, caberá ao réu suscitar à exceção em tela e assim bloquear a competência do tribunal judicial para conhecer do litígio, que deverá ser redirecionado para o procedimento de mediação.

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

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

Convém salientar, ainda, que na legislação adjetiva lusa também encontramos a previsão de suspensão de instância, por ordem do juiz, em qualquer estado da causa, nas situações em que ele julgar mais conveniente, a não ser que haja oposição de uma das partes; caso não haja,

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

²¹Art. 12º, n. 3: “É nula a convenção de mediação celebrada em violação do dispositivo nos números anteriores ou no artigo anterior”.

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

o acordo alcançado será homologado em consonância com os termos do art. 273º, n. 1 a 5, do Código de Processo Civil lusitano.

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

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

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

Suspendem-se os prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos. (BRASIL, 2015a).

A mesma prescrição consta do parágrafo único do art. 694 do CPC, que refere-se a ações de família, porém extensível a outras circunstâncias:

A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. (BRASIL, 2015a).

Por oportuno, fazemos referência às determinações constantes do art. 20 que disciplinam o encerramento da mediação a partir da lavratura do termo final nas seguintes hipóteses: celebração de acordo, ou quando não houver mais justificativas em envidar novos esforços

²³Art. 17, parágrafo único: “Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional”.

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

para se obter o consenso dos mediados. Tais situações poderão ser certificadas por declaração do mediador ou a requerimento de qualquer das partes. Registramos, novamente, que o termo final de mediação, havendo acordo, valerá como título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial (parágrafo único do art. 20 da Lei n. 13.140/2015).

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

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

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

Interessante destacar também que no preceito em pauta, diferentemente do disposto no art. 9^o, n. 1, "e", não se previu a necessidade de inscrição do mediador na lista do Ministério da Justiça, razão pela qual podemos concluir que naqueles casos de procedimento de mediação em que não tenha participado mediador registrado na lista, ou, ainda, em acordos que não seguiram o regramento específico da Lei n. 29/2013, restará às partes que pretendam imprimir a respetiva eficácia executiva submeter a avença ao crivo judicial.

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

No sistema brasileiro de mediação o ato de homologação está inserido no retrocitado parágrafo único, *fine*, do art. 20 da Lei n.

²⁵Art. 14^o, n. 1: "Nos casos em que a lei não determina a sua obrigação, as partes têm a faculdade de requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial".

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

13.140/2015, c/c o art. 515, incisos II e III²⁷, do Código de Processo Civil. Nestas hipóteses serão reputados título executivo judicial; se dispensada a homologação considerar-se-á título executivo extrajudicial em combinação com o art. 784, IV, do CPC²⁸.

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

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

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

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

Já o art. 17 da Lei n. 13.140/2015 estabelece o *dies a quo* da mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião, e o seu parágrafo único prevê a suspensão do prazo prescricional durante o

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

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

²⁹Art. 17º, n. 1: “Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos”.

procedimento. Na legislação portuguesa essas regras estão inscritas nos arts. 16º, 2, e 13º, 2.

O art. 18 da Lei brasileira dispõe sobre a necessidade de anuência das partes para as reuniões posteriores ao início da mediação, e o art. 19 estabelece o âmbito de atuação do mediador, que poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, e pedir informações que julgar úteis para facilitar o entendimento dos contendores, previsões que também constam dos arts. 16º, n. 3, “f”, e 26º, “c”, *fine*³⁰, da Lei n. 29/2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O art. 46º estabelece a aplicação da Lei n. 29/2013 aos conflitos coletivos de trabalho, apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos arts. 526º a 528º do Código de Trabalho. Por se tratar de um tema que envolve certas especificidades da legislação laboral lusitana, optamos por destacar suas singularidades próprias de acordo com o entendimento de Lopes e Patrão (2014, p. 214-215), que preconizam a possibilidade de a mediação suceder em qualquer lugar ou momento, por acordo das partes ou por iniciativa de uma delas, mediante comunicação escrita à outra.

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

informações recebidas no decurso do procedimento que não sejam conhecidas da outra parte.

Derradeiramente, e retornando à legislação brasileira (Lei n. 13.140/2015), julgamos necessário abordar o parágrafo único do art. 42, nas disposições finais, que exclui a possibilidade de aplicação da lei de mediação nas relações de trabalho, e que será objeto de lei específica.

Sem embargo dessa questionável restrição, é fato que essa lei acabou sutilmente reinterpretada pela própria justiça especializada, a qual, em virtude da Resolução n. 125, de 29.11.2010, do Conselho Nacional de Justiça, e do advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), houve por bem regular recentemente o procedimento judicial de mediação por meio da Resolução n. 174, de 30.9.2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas, cujo objetivo primordial é a necessária e imprescindível “pacificação social”, expressa nos termos do seu art. 4º:

O CSJT organizará programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. (BRASIL, 2016).

A Resolução n. 174 conceitua a mediação nos seguintes termos:

[...] é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa - magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado - a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio. (BRASIL, 2016).

Pois bem, verifica-se que o sentido da norma em questão coincide com os pressupostos gerais da Lei da Mediação n. 13.140/2015, todavia, no âmbito da mencionada Resolução n. 174, só haverá lugar para a mediação judicial quando a lide já estiver instaurada. As sessões serão realizadas na presença e sob fiscalização do juiz, que poderá atuar como conciliador ou mediador e, ainda, supervisionar as atividades dos demais intervenientes - na condição de conciliadores e/ou mediadores - os quais serão sempre servidores públicos ativos ou inativos ou magistrados togados ou aposentados (art. 6º, § 1º).

O § 8º veda a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam

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

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

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

A redação dos artigos citados da indigitada Resolução n. 174 representa um contrassenso social e jurídico, por estar na contramão da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, promulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 125/2010), órgão máximo de controle administrativo e financeiro do Judiciário brasileiro (art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal), cujas atribuições compreendem, dentre outras, o planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias e a ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social. A Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho propõe política pública que exceciona a possibilidade de as partes optarem pela modalidade de mediação extrajudicial para resolução de conflitos de origem laboral - em clara dissonância com a proposição do Conselho Nacional de Justiça, que não restringe tal alternativa. A partir desse momento estaremos, no mínimo, diante de um inegável retrocesso oriundo de uma restrição indevida à autonomia e à participação ativa das partes, que são princípios fundamentais da lei de mediação (art. 2º, V), e que compreendem a possibilidade conferida aos interessados de escolher livremente o procedimento que melhor lhes convier. Também não se pode esquecer que a vedação sob comento inibe a propagação dos outros reflexos benéficos que o procedimento de mediação, judicial ou privada, propicia, notadamente a redução da excessiva judicialização dos conflitos.

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Creemos serem essas as premissas mais relevantes no contexto jurídico luso-brasileiro. Sua noção comum é de que o procedimento será conduzido por terceiro imparcial, que goze da confiança das partes, desprovido de poder decisório, e detentor de capacidades suficientes para auxiliar, facilitar e incentivar os envolvidos a solucionarem voluntariamente a controvérsia, da forma que melhor atenda seus interesses. O objetivo das legislações em pauta não é só resolver a crise de eficácia da justiça, alimentada pelo crescente e contínuo acervo processual dos tribunais, mas, primordialmente, disponibilizar aos interessados um tratamento adequado aos seus conflitos de interesses.

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

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

No atual contexto, cremos que a probabilidade de êxito desse meio extrajudicial de resolução de conflitos é maior em Portugal, tendo em vista tratar-se de uma política legislativa emanada da União Europeia, de abrangência transfronteiriça, circunstância que poderá incentivar a

aplicação do procedimento em questão no âmbito interno. Ademais, percebemos em Portugal uma capilaridade mais densificada no que tange à organização dos sistemas públicos de mediação por conta das disposições previstas na Lei n. 29/2013 (arts. 30º e seguintes), nos Julgados de Paz, na Lei n. 78/2001, alterada pela Lei n. 54/2013, e nos Centros de Resolução de Conflitos de Consumo (Lei n. 144/2015), além da forte presença das entidades que prestam serviços de mediação privada (*ad-hoc*), e obviamente essa diversidade de sistemas proporcionará maiores opções aos cidadãos para recorrerem à mediação.

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

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

Para encerrar, concluímos que em ambas as legislações estudadas detectamos um *deficit* de efetividade relacionado à falta de previsão legal de uma etapa, ou impulso, prévia de mediação, sem desconsiderar o princípio básico da voluntariedade que permeia referidas leis e o da inafastabilidade da jurisdição, que não serão afetados, pois a opção à via judicial continuará disponível no caso de insucesso na mediação. Todavia, a imposição dessa etapa prévia - como requisito indispensável à propositura da ação - onde as partes deveriam demonstrar ao Juízo que tentaram se compor é factível e, inclusive, já encontra eco no NCPC, como se verifica no art. 139, V, *verbis*:

O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. (BRASIL, 2015a).

No ordenamento luso também já existe essa previsão, de acordo com os termos do art. 15º da Lei n. 23/1996 (alterada pela Lei n. 10/2013). Aliás, a citada Diretiva 2008/52 CE também consagra a hipótese versada em seu art. 3º, portanto, o invocado filtro anterior à judicialização, como condição de procedibilidade, inegavelmente serviria para reequilibrar o sistema de justiça tradicional disponibilizado às partes e, dessa forma, racionalizaria a prestação jurisdicional evitando o recurso desmesurado ao Poder Judiciário em Portugal e no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações filipinas**. V. 1-5. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>.

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça CNJ. **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho CSJT. **Resolução n. 174**, de 30 de setembro de 2016. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Brasília, 5 out. 2016. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95527>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. **DOU**, Brasília, 29 jun. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.

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

GARCIA, Maria Olinda. Gestão contratual do risco processual: a mediação na resolução de conflitos em direito civil e comercial. *In*: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade**. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, nov. 2015. Disponível em: ij.fd.uc.pt/publicações_grupo3_001.html.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

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

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. **Ação declarativa à luz do código revisto**. 3. ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011.

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

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? *In*: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 25 de abril de 1976. **Diário da República**, Lisboa, n. 86, 1ª série, 25 abr. 1976. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

PORTUGAL. Lei n. 29/2013, de 19 de abril de 2013. Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. **Diário da República**, Lisboa, n. 77, 1ª série, 19 abr. 2013. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/260394/details/maximized>.

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

TUTELA INIBITÓRIA: a eficácia da jurisdição pela superação da perspectiva monetizante

PROHIBITORY INJUNCTION: the effectiveness of jurisdiction over the prospect of monetization

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta*

Trata-se de uma forma de tutela jurisdicional do direito imprescindível dentro da sociedade contemporânea, em que se multiplicam os exemplos de direitos que não podem ser adequadamente tutelados pela velha fórmula do equivalente pecuniário. A tutela inibitória, em outras palavras, é absolutamente necessária para a proteção dos chamados novos direitos.
(Luiz Guilherme Marinoni)

Um espírito malicioso definiu a América como uma terra que passou da barbárie à decadência, sem conhecer a civilização.
(Claude Lévi-Strauss)

Resumo: O artigo em questão analisa a necessidade de se acompanhar as exigências da sociedade contemporânea, apresentando um ordenamento jurídico que retoma a ligação das técnicas processuais com o direito material, a fim de implementar uma prestação mais efetiva da tutela jurisdicional, rápida e eficiente, garantindo a pacificação social com a ação preventiva de combate ao ilícito e a decorrente salvaguarda dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Tutela inibitória. Obrigação de fazer. Obrigação de não fazer. Ato ilícito.

*Desembargadora do TRT da 15ª Região, Campinas-SP, com Doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP, Pós-graduação *stricto sensu*. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Cadeira 70.

Abstract: The article in question analyzes the need to keep up with the contemporary society demands by presenting a legal system, that resumes the link between procedural techniques and substantive law, in order to implement a more effective provision of jurisdictional injunction, fast and efficient, guaranteeing the social pacification with the preventive action to combat the illicit and the consequent safeguard of the fundamental rights.

Keywords: Inhibitory injunction. Obligation to do. Obligation not to do. Illicit act.

1 INTRODUÇÃO

As exigências quanto à intensidade do ritmo e desempenho das atividades laborais têm aumentado de forma exponencial, provocando o crescimento significativo dos riscos à saúde, integridade física e mental do trabalhador.

As soluções propostas até então, pautadas pela perspectiva meramente monetizante de conferir pagamento pela exposição ao risco ou por danos provocados, têm revelado-se cada vez mais insuficientes para oferecer respostas, colocando em cheque a eficácia da jurisdição.

Para enfrentar esses novos desafios, que crescem de volume e expressão na seara trabalhista, é preciso revisitar a matéria com foco nos princípios constitucionais.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Carta de 1988 conferiu aos princípios constitucionais a condição de reitores do sistema jurídico, entre os quais podem ser destacados como basilares:

1 - segurança jurídica: estabelecida no *caput* do art. 5º da CF/1988, passou a ser operacionalizada sob várias vertentes, entre as quais o novo modelo de precedentes, com a vinculação das decisões à jurisprudência dominante, como prevê o art. 927 do CPC/2015, aplicável por compatível com o processo do trabalho;

2 - devido processo legal: previsto no inciso LIV do art. 5º da CF/1988, o devido processo legal passa a ter conotação procedimental revestida de melhor sistematização. Nesta esteira, prioriza a atuação instrumental do processo, com o reconhecimento da importância do contraditório, a valorização da boa-fé (subjetiva e objetiva), e a cooperação, que deixa de ser mera faculdade e passa a ser tida como dever legal;

3 - razoável duração do processo: escorada no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/1988, a razoável duração do processo ganha ênfase significativa com o reconhecimento da importância do acesso efetivo à justiça, como um dos pilares de sustentação da República brasileira, a fim de impedir a “justiça com as próprias mãos”, que se apresenta perigosamente tentadora nos momentos de elevada conflitualidade, como estamos vivendo;

4 - eficiência: consignada de forma expressa no *caput* do art. 37 da CF/1988, vem abrindo novas perspectivas para o ordenamento como um todo, em correlação com a segurança jurídica e o acesso à justiça, além da inequívoca conotação substantiva que confere ao próprio princípio da legalidade, que deixa de ser analisado sob o prisma estático para assumir dimensão dinâmica, como aconselha a melhor doutrina, assim criando uma sinergia que vai atuar como força motriz da eficácia da jurisdição.

Tanto é assim que o CPC/2015 tratou o princípio da eficiência com destaque especial, conforme evidenciam os arts. 4º e 8º, aplicáveis por compatíveis com o processo trabalhista, *in verbis*:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, **incluída a atividade satisfativa**. [...]

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e **a eficiência**. (BRASIL, 2015).

Nesta senda, oportunas as reflexões de Guilherme Guimarães Ludwig (2016, p. 135-141) ao ressaltar que não há como entender a “funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito (e consequentemente o seu direcionamento à consecução do interesse público)”, sem considerar o princípio da eficiência, pois:

A segurança jurídica exige que não sejam frustradas as expectativas da sociedade, tanto em relação ao cumprimento dos comportamentos regrados, quanto na atuação do Estado de forma eficiente.

Neste contexto, abre a possibilidade de o juiz “considerar as consequências sistêmicas de sua decisão, pela jurisdicização de considerações práticas, sem que tal recurso de argumentação seja reputado de natureza extra-jurídica”, concluindo que:

[...] no âmbito das decisões jurisdicionais o princípio da eficiência direciona os órgãos judiciais do Poder

Judiciário a potencializar, pela via interpretativa e aplicativa, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os procedimentos e técnicas idôneas a obter a solução ótima à consecução do pleno acesso à justiça e a concretização dos direitos fundamentais. (LUDWIG, 2016, p. 144).

Conforme já pontuei em artigo escrito em coautoria com Daniel Gemignani:

Se num primeiro momento a agregação da ideia de eficiência ao conceito de acessibilidade causou espécie aos adeptos da processualística clássica e cientificista, logo se revelou imprescindível para qualificar a eficácia da prestação jurisdicional, bandeira de proa desfraldada pelos defensores da instrumentalidade do processo. (GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2016a, p. 294).

Não se pode desconsiderar que o descortínio de nova perspectiva via de regra provoca reação, o que torna compreensível a resistência suscitada na seara trabalhista logo após a promulgação do CPC/2015.

Porém, imperioso atentar para a importância de implementar a mudança alicerçada em novos horizontes, como bem alerta Dinamarco (2007, p. 21-23), ao ponderar que:

Doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.

Por isso, é preciso que “os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos” sem, entretanto, “receber um culto fetichista que desfigura o sistema”. Daí a imperiosidade de “ler os princípios por um prisma evolutivo”.

A questão central dos debates contemporâneos refere-se à eficácia destes marcos constitucionais, seguindo na senda aberta por Dworkin¹, ao demonstrar a importância de levar os direitos a sério para preservar a vida em sociedade no Estado Democrático de Direito.

¹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 313-ss.

3 OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO

Sensível a este desafio e aos princípios reitores traçados pela Constituição Federal de 1988, o novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015, abre seu Livro I instituindo uma Parte Geral, com o título “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”, contendo dois capítulos.

O primeiro, do art. 1º ao 12, prevê logo no início que o processo “será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição” (BRASIL, 2015).

Assim, estabelece não só que a principiologia constitucional deve balizar o novo ordenamento, mas também que, ante as especificidades de cada caso concreto, deve ocorrer uma articulação contínua entre os diversos princípios constitucionais, na formação da base de sustentação de aplicação das normas processuais. Tal se dá porque o novo ordenamento processual explicitou de maneira inequívoca a natureza instrumental do processo, como meio de efetivação do direito material e implementação da justiça das decisões, o que se coaduna com a própria gênese do processo trabalhista.

O segundo, dos arts. 13 a 15, indica que as referidas regras processuais serão aplicadas “supletiva e subsidiariamente” na insuficiência ou “ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos”, a fim de aumentar o arsenal de ferramentas que poderão ser usadas para conferir efetividade à função instrumental do processo.

Neste sentido, as judiciosas observações de Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 54), ao ressaltar que “acesso à justiça” não significa apenas a possibilidade de “representação judicial”, ou seja, que um direito seja “levado para apreciação do Estado-juiz”. Este escopo, garantido constitucionalmente como intrínseco à cidadania republicana, só é obtido quando a atuação jurisdicional possa tutelar “adequada e eficazmente” o direito material.

Destarte, ao invés de limitar-se à referência estática e segmentada, o CPC/2015 fez clara opção pela aplicação dinâmica dos princípios constitucionais, articulando-os de forma dialógica em vários de seus institutos, visando conferir uma unidade ao sistema, como “condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas”.

Assim, ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 85, 91 e 93), o “direito ao processo justo” apresenta-se multifuncional, articulando a “função integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora”, assim impondo “deveres organizacionais ao Estado” para que seja “idôneo à tutela dos direitos”, possibilitando que em prazo razoável seja obtida “a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, nos termos do art. 4º do CPC/2015, assim inserindo o princípio da eficiência como parte integrante da prestação jurisdicional dotada de efetividade.

4 COMPATIBILIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS DO CPC/2015 COM O PROCESSO DO TRABALHO

Os princípios constitucionais traçaram novos eixos diretivos que nortearam o Código de Processo Civil de 2015, entre os quais podemos destacar:

- 1 - a coesão sistêmica do ordenamento processual;
- 2 - a otimização do princípio da duração razoável do processo;
- 3 - a eficiência e simplificação do procedimento para possibilitar o efetivo e substancial acesso à justiça.

A intensidade e crescente complexidade do conflito trabalhista na sociedade contemporânea evidenciam que as regras postas pela CLT para disciplinar o processo trabalhista, com a possibilidade apenas da aplicação subsidiária prevista em seu art. 769, têm revelado-se insuficientes para oferecer respostas, tornando necessária também a aplicação supletiva das normas estabelecidas pelo CPC/2015, que neste sentido expressamente estabeleceu:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas **supletiva e subsidiariamente**. (BRASIL, 2015) (grifo acrescido).

A abertura desta senda reveste-se de especial importância, pois em conformidade à nova processualística, que passa a considerar a prestação jurisdicional sob a perspectiva “substantiva”, como ressalta Daniel Amorim Assumpção Neves², diretriz flagrantemente compatível com o processo trabalhista, em que a tutela jurisdicional rápida e eficiente revela-se imprescindível para a satisfação dos créditos de natureza alimentar, a fim de garantir a efetiva pacificação social.

Embora muita celeuma tenha sido suscitada acerca do sentido e alcance deste dispositivo, não se pode desconsiderar que o § 2º do art. 1.046 do CPC/2015 expressamente preserva as “disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis”, enquanto o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assegura que a lei geral posterior (CPC/2015) não revoga a lei especial anterior (CLT).

Assim sendo, a melhor doutrina vem entendendo que não há nenhuma colisão entre o disposto no art. 15 do CPC/2015 e o art. 769 da CLT, de sorte que a aplicação das normas estabelecidas no CPC/2015, tanto de forma supletiva quanto subsidiária, ocorrerá quando houver

²NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**. Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. São Paulo: Método, 2016, p. 14-15.

lacuna e omissão, colmatadas com observância do critério da compatibilidade com os princípios próprios que regem o processo trabalhista.

Com a finalidade de conferir operacionalização a estes critérios de aplicação, o TST expediu a Instrução Normativa n. 39 (Resolução n. 203, de 15.3.2016) que, de forma exemplificativa, separou as inovações do CPC/2015 em 3 (três) grupos principais:

1 - os preceitos do CPC/2015 que não são aplicáveis ao processo do trabalho;

2 - os preceitos do CPC/2015 aplicáveis ao processo do trabalho com determinadas adequações;

3 - os preceitos do CPC/2015 totalmente aplicáveis ao processo do trabalho, entre os quais inseriu expressamente, no inciso XI de seu art. 3º, a referência aos arts. 497 a 501, que tratam da tutela específica.

Explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015a, p. 91-101) que a “legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação” e concretização do direito ao processo justo:

O direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa. Ele é o meio pelo qual se exerce pretensão à tutela dos direitos. Esse é o seu objetivo central dentro do Estado Constitucional.

Esse direito, posto como fundamental pela Constituição Federal de 1988, milita em favor não só dos envolvidos na controvérsia, mas também em prol de toda a sociedade, já que a prestação efetiva da tutela jurisdicional é indispensável para garantir a pacificação social, que se constitui em um dos mais importantes valores republicanos.

5 A TUTELA INIBITÓRIA

No cenário atual, em que há uma exigência crescente para que as pessoas se adaptem às formas e à intensidade dos ritmos dos novos modos de trabalhar, mesmo que comprovadamente provoquem adoecimento físico e mental, a consideração destes riscos sob a perspectiva de contraprestação monetizante apresenta-se claramente insuficiente, desafiando a implementação de novas tutelas, conforme ressaltai em artigo que escrevi sobre a matéria³.

³GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A jurisdição trabalhista constitucional no século XXI: novas tutelas. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 9, n. 51, p. 131-144, maio 2013; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho, precaução e prevenção: princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 636, p. 14-22, nov. 2016.

Neste contexto, pondera Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 26-27), a sentença declaratória, “porque não determina um fazer/não fazer, é impotente para permitir a prevenção do ilícito e, principalmente, a tutela dos direitos não patrimoniais”, enquanto na tutela meramente ressarcitória pelo equivalente, “a técnica subrogatória tem condições de atuar de forma completamente independente da natureza do direito material tutelado”, o que precariza a satisfatividade garantida de forma expressa pelo ordenamento processual, tornando imperioso um novo tipo de tutela, que possa prevenir a ocorrência do próprio ilícito.

Com efeito, se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e o decreto indenizatório tem nítido escopo meramente reparatório da lesão já ocorrida, tal situação “revela uma total incapacidade do processo civil clássico de lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea”, notadamente quando se considera que a CF/1988, fundada na dignidade da pessoa humana, garante o direito de acesso à justiça diante de “ameaça a direito, o que implica na necessidade de elaborar um modelo de tutela jurisdicional adequado ao tempo presente”.

Esta nova perspectiva adquire importância ainda mais significativa quando se trata de preservar a vida, a saúde, a integridade física e mental do trabalhador, pois não há dúvida de que a prevenção da lesão reveste-se de maior carga satisfativa do que a mera indenização/ressarcimento de um dano já ocorrido. Assim sendo, a sentença que concede a tutela preventiva visa não só evitar “a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”, mas também “combater o ilícito em si, independentemente do dano que possa provocar”.

Esse novo tipo de tutela oferece melhor resposta às demandas atuais, ao reconhecer que “o ilícito, *de per se* e *in re ipsa*” provoca malefícios “nas relações pessoais, contratuais e institucionais, solapando a atuação idônea e de boa-fé, que deve pautar o comportamento de cada cidadão”.

Portanto, o direito processual vive um novo momento.

Explica Marinoni que no Século XX houve a necessidade de implementar a autonomia do direito processual, o que conduziu ao “esquecimento de sua umbilical ligação com o direito material” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 478-ss.). O efeito nefasto que produziu tornou necessária alteração significativa do nosso sistema processual neste início do Século XXI, no sentido de reconhecer a estreita ligação entre técnica processual e tutela dos direitos, adotando um “discurso engajado na retomada dos esquecidos laços entre direito e processo”.

Esta perspectiva implica em “antes de qualquer coisa pensar primeiro nas situações de direito material que se pretende proteger por meio do exercício da ação para, somente depois, cogitar das técnicas processuais adequadas para a sua efetiva proteção”, porque o processo passa a ter sua “estrutura formatada com base nos direitos fundamentais

constitucionais”, a fim de conferir concretude aos direitos agasalhados pela Lei Maior e garantir sua efetivação pela tutela jurisdicional adequada e tempestiva, mediante um processo justo, conforme expresso nos incisos XXXV, LIV e LXVIII do art. 5º da CF/1988, perspectiva seminal quando se trata de preservar as condições de vida, a integridade, a saúde física e mental de quem trabalha.

Nessa configuração, em que ficam cada vez mais explícitos “os exemplos de direitos que não podem ser adequadamente tutelados pela velha fórmula do equivalente pecuniário”, a tutela inibitória passa a se revestir de considerável importância, porque os desafios da sociedade contemporânea tornam imprescindível a atuação preventiva, destinada a “impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação”, o que implica na reconstrução do próprio conceito jurídico do ilícito, que não pode mais ser compreendido apenas “como sinônimo de fato danoso”.

Portanto, ressalta Marinoni, se a configuração do ilícito “independe do dano, deve haver uma tutela contra o ilícito em si, e assim uma tutela preventiva que tenha como pressuposto apenas a probabilidade do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito”, de sorte que o princípio geral de prevenção “é imanente a qualquer ordenamento jurídico preocupado em efetivamente garantir - e não apenas em proclamar - direitos”, porque o escopo é “evitar a violação do direito material”, seja de forma omissiva ou comissiva, como deixou patente o novo CPC/2015, ao dispor em seu art. 497:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (BRASIL, 2015).

Assim sendo, ressalta Marinoni, é colocada em cheque a perspectiva da monetização, que confunde o ilícito com o ressarcimento, pois:

Como o valor da lesão era passível de aferição em pecúnia, entendia-se que os direitos podiam ser adequadamente tutelados por meio do ressarcimento em dinheiro. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 478-ss.).

Esse modelo era baseado na concepção de que a “tutela pelo equivalente entregue ao lesado” apresentava-se perfeita e justificada, dentro

da lógica “do direito liberal clássico”, pautada pela ótica eminentemente patrimonialista de que “você pode fazer o que quiser, desde que pague por isso”, contexto em que a sentença (decisão) é pensada apenas pelo lado do ressarcimento do dano (efeito), e não pelo lado do direito material a ser tutelado com a prevenção do ilícito (ato que viola a ordem jurídica).

Curiosamente, os primeiros passos na percepção da necessidade de tutela contra o ilícito, que levou a doutrina a evidenciar a necessidade de distinção entre ilícito e dano para efeito de tutela jurisdicional adequada, ocorreu por ocasião dos questionamentos surgidos com a concorrência desleal, quando a doutrina italiana evidenciou a ineficiência da tutela meramente ressarcitória.

Leciona Marinoni que quando o modelo liberal entrou em declínio e o Estado assumiu novas atribuições, reconhecendo a necessidade de proteção do meio ambiente, saúde, educação,

[...] além de um enfoque dos direitos da personalidade à luz da evolução das técnicas de comunicação, surgem normas que, objetivando tutelar estas situações de direito substancial, passam a impor condutas positivas e negativas. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 478-ss.).

Neste contexto, o desafio de edificar uma rede de garantia aos direitos fundamentais atuou como fator decisivo para traçar a distinção entre ato contrário ao direito e dano, para configuração de uma tutela jurisdicional adequada.

Com efeito, se o ordenamento jurídico deve proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas e, por esta razão, são editadas normas de direito material, é necessário que o processo seja estruturado de modo a lhes conferir efetividade e eficácia, abandonando “a indevida associação entre ilícito e dano, que até hoje faz pensar que a tutela contra o ilícito futuro é tutela contra a probabilidade de dano e a tutela contra o ilícito passado é tutela ressarcitória”, considerando que a lei, “por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito”, o que deixou de ser juridicamente sustentável.

Esta nova perspectiva tomou corpo e musculatura quando entraram em cena os direitos fundamentais, que atuaram como divisor de águas.

6 A TUTELA INIBITÓRIA E O PROCESSO DO TRABALHO

Embora de forma fragmentada, não se pode deixar de pontuar a atuação pioneira do direito trabalhista no que se refere à concessão

de tutela específica, conforme previsto nos incisos IX e X, acrescentados em 1975 e 1996 ao art. 659 da CLT, concedendo ao juiz do trabalho a atribuição de:

[...] IX - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação. (Incluído pela Lei n. 6.203, de 17.4.1975).

X - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador. (Incluído pela Lei n. 9.270, de 1996) (BRASIL, 1943).

Trata-se de inequívoca tutela inibitória, por ter o evidente escopo de imputar uma obrigação de não fazer quanto à vedação da transferência determinada ao arrepio da lei, o que se reveste de muito mais eficácia do que apenas imputar o pagamento de uma indenização posterior por sua ocorrência, quando o ato ilícito já produziu efeitos muitas vezes irreversíveis para a condição pessoal e familiar do empregado.

Assim também no caso de dirigente sindical, em que a tutela inibitória visa impedir a violação do direito de representação, ato ilícito que não pode ser elidido pelo simples pagamento de uma indenização.

Este caminho agora é retomado de maneira mais assertiva, ante o reconhecimento da relevância de tutela inibitória que, por sua própria natureza e conceito, se revela plenamente compatível com o processo trabalhista, notadamente nos casos de assédio moral e organizacional, dano existencial, necessidade de garantir meio ambiente de trabalho seguro e saudável, quando prevenir, inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito implica em conferir maior eficácia aos direitos fundamentais do que simplesmente imputar o pagamento de uma indenização depois de sua ocorrência.

6.1 A aplicação da tutela inibitória no caso de imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público

A discussão acerca da imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público que atua como tomador, contratando empresas prestadoras de serviços, tem sido recorrente no Judiciário trabalhista. Decisões proferidas pelo STF na ADC 16 e no Recurso Extraordinário 760931 (com repercussão geral) têm revelado-se insuficientes para oferecer respostas satisfatórias ao conflito, que permanece como fratura exposta em inúmeros processos trabalhistas.

Isto porque o grande argumento reiteradamente utilizado pela defesa tem sido a alegação de que o ente público tomador não agiu

com culpa nem dolo, quando o *punctum litis* da controvérsia é outro, pois consiste em aferir se praticou, ou não, ato ilícito, ou seja, em desconformidade com o direito posto.

Em um dos processos em que atuei como relatora⁴, esta questão ficou bem explícita. Trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, em que foi deferida a concessão de tutela inibitória para imputar ao ente público a obrigação de fazer, consistente na observância dos preceitos contidos na Lei n. 8.666/1993 e Instruções Normativas n. 2/2008 e 6/2013 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos procedimentos licitatórios destinados a contratação de prestadores de serviços terceirizados.

A *ratio decidendi* para a concessão da tutela inibitória consistiu na necessidade de conferir eficácia à garantia dos direitos trabalhistas e também proteger o patrimônio público, por evitar a formação de um passivo para a administração pública. Isto porque o mero ressarcimento, muitas vezes tardio, de um dano já ocorrido, tem revelado-se insuficiente para oferecer respostas à sociedade contemporânea, que exige cada vez mais a implementação da prevenção, nos termos do parágrafo único do art. 497 do CPC/1973.

A defesa do requerido não foi acolhida porque a concessão da tutela inibitória independe da comprovação da ocorrência do dano, pois visa coibir a prática do ilícito em si, conferindo efetividade à prestação jurisdicional e ao ordenamento jurídico como balizador de conduta no Estado de Direito. Destarte, contribui para reduzir o número das lides trabalhistas individuais no futuro por torná-las desnecessárias, haja vista que, ao observar as regras legais referidas, o procedimento licitatório consegue selecionar o concorrente mais idôneo e com melhor lastro para prestar serviços para o ente público.

Coibir a prática de condutas contrárias ao direito constitui decorrência lógica da atuação protetiva estatal para a justa organização social. É exatamente o caso das normas de proteção aos direitos fundamentais trabalhistas, em relação aos quais não há como sustentar a inércia em coibir a prática do ilícito, como se a jurisdição não tivesse o dever de atuar, também preventivamente, para garantir a eficácia do direito material, resignando-se à função de mera reparação aos danos já ocorridos, mentalidade reducionista claramente superada pelo novo código processual.

6.2 A tutela inibitória e o meio ambiente de trabalho

Na seara trabalhista a possibilidade de concessão da tutela inibitória representa avanço considerável também quando se trata de questões

⁴Processo 0010958-65.2014.5.15.0049. Ação Civil Pública. Relatora Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani, 1ª Câmara, 1ª Turma. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Data de julgamento: 26.7.2017. Data da publicação: 4.8.2017.

afetas ao meio ambiente de trabalho, em que a proteção está voltada para preservar a saúde, a integridade física e mental do trabalhador, quando a prevenção da prática do ato ilícito apresenta-se dotada de carga maior de efetividade do que a mera indenização pelo dano já ocorrido, ante a inequívoca constatação de que “remover o ilícito é secar a fonte dos danos”.

Com efeito, imperioso destacar o indesejável número elevado de acidentes de trabalho e doenças profissionais, que têm provocado efeitos danosos para a saúde, a integridade física e mental dos empregados, com afastamentos previdenciários e aposentadorias por invalidez concedidas a indivíduos ainda jovens, que sofrem com o comprometimento da qualidade de sua vida futura, conforme ressaltai em artigo que enfrentei o tema em coautoria com Daniel Gemignani⁵.

A par disso, o valor das indenizações também tem criado um expressivo passivo para as empresas, fatores que têm levado a uma conscientização maior quanto à importância da adoção do comportamento preventivo.

Neste contexto, ante a inequívoca compatibilidade, revela-se plenamente aplicável o disposto no art. 497 do CPC/2015, que veio atender a demanda social pela concessão de tutela inibitória, prevendo cominação da obrigação de fazer/não fazer nos seguintes termos:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (BRASIL, 2015).

Indicou a lei expressamente que, no caso da inibitória, a prioridade é a concessão de tutela específica de natureza preventiva, destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação do ilícito.

Esta nova perspectiva está intimamente atrelada à eficácia da jurisdição. Com efeito, conceder uma tutela inibitória determinando que a empresa cumpra obrigação de fazer específica no sentido de cumprir as normas técnicas quanto aos necessários dispositivos de segurança dos maquinários utilizados na produção trará benefícios a todos os envolvidos, pois evitará a ocorrência de acidentes e também o passivo trabalhista em desfavor do empregador. Assim sendo, não será possível a defesa alegar, por exemplo, que a máquina utilizada no local de trabalho, embora em desconformidade com as especificações exigidas pelas NRs do MTE quanto aos dispositivos de segurança, ainda não provocou nenhum acidente de trabalho. Basta a constatação de que está sendo utilizada em

⁵GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho, precaução e prevenção: princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 636, p. 14-22, nov. 2016.

desconformidade com as regras exigidas para justificar o deferimento de uma tutela inibitória, determinando uma obrigação de fazer (cumprir as regras da norma técnica) ou não fazer (deixar de ser utilizada na produção), de sorte que a cognição judicial e a instrução probatória estão circunscritas exclusivamente à questão de saber se houve, ou não, violação da norma em si.

Como bem observa Marinoni, este novo tipo de tutela revela-se imprescindível nas sociedades contemporâneas, em que há demanda crescente pela configuração de um novo direito, pautado por alterações importantes, não só conjunturais, mas também estruturais, pois se assim não fosse, o violador da norma poderia adotar como excludente de sua conduta ilícita a singela alegação de que não provocou dano, fragilizando a base de edificação do sistema de direitos fundamentais.

Neste caminhar, prestigiando a necessária higidez das relações sociais, em boa hora a lei veio ampliar as possibilidades de imputação da responsabilidade objetiva, considerando que para inibir a prática, reiteração, continuação ou remoção do ilícito, também é irrelevante a existência de culpa ou dolo, assim dispondo expressamente no parágrafo único do art. 497 do CPC, *in verbis*:

Art. 497. [...]

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, **é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.** (BRASIL, 2015) (grifo acrescido).

Em obra primorosa sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni⁶ dissecou a questão, ressaltando a evolução do CPC de 2015 ao distinguir clara dissociação entre ato contrário ao direito e fato danoso, deixando claro que a concessão da tutela inibitória não tem como pressuposto o dano e os critérios para a imputação da sanção ressarcitória, ou seja, a culpa e o dolo.

6.3 A tutela inibitória e o ato ilícito extrapatrimonial

A prática de atos ilícitos, que violam os direitos de personalidade, tem se intensificado na sociedade contemporânea, assim também ocorrendo no ambiente de trabalho.

O assédio moral/sexual praticado por superiores hierárquicos e também entre colegas de trabalho, o assédio organizacional e a gestão por injúria praticados pelo empregador, precarizando as

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 35-43.

condições de vida do trabalhador, condenando-o a longos períodos de ofensiva ociosidade, ou exigindo o cumprimento de longas jornadas que sonégam seus tempos de descanso e excluem a possibilidade de desenvolver atividades particulares de estudo, lazer e relacionamento social e familiar, configuram a prática de atos ilícitos, que até hoje têm levado ao pagamento de indenizações compensatórias pelos danos individuais e coletivos provocados⁷.

Porém, prevenir a ocorrência do ato ilícito, em cumprimento à obrigação de fazer que institui melhores práticas organizacionais, contribui de maneira mais efetiva para a eficácia da jurisdição do que apenas deferir o pagamento compensatório pelo dano moral/existencial que já ocorreu.

Conforme já ressaltai em artigo que escrevi sobre o tema⁸, a violação dos direitos de personalidade no meio ambiente de trabalho provoca consequências que desbordam os limites de uma relação meramente contratual, espalhando seus efeitos para todo o entorno social, além de comprometer a credibilidade das instituições judiciais quanto à eficácia de sua atuação, o que pode ser evitado com o manejo das tutelas inibitórias previstas no CPC/2015.

7 A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO PROVISÓRIA DA TUTELA INIBITÓRIA

Dependendo da urgência que reveste o caso concreto, a inibitória pode ser concedida como tutela provisória, antes da sentença. Nestes casos, a decisão poderá ser questionada em mandado de segurança, em decorrência da inexistência de recurso próprio no processo trabalhista. Tal diretriz foi expressamente agasalhada no inciso II da Súmula n. 414 do TST, ao dispor:

MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA. I - A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do art. 1.029, § 5º, do CPC de

⁷Ação Civil Pública. P. 0174000-02.2007.5.15.0095. Gestão por injúria. Abuso do poder patronal diretivo. Relatora Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani, 1ª Câmara, 1ª Turma. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Data do julgamento: 6.5.2014. Data da publicação: 16.5.2014.

⁸GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. O desafio do acesso à justiça no século XXI: as tutelas de prevenção e precaução. *In*: OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **Direito do trabalho em movimento**. São Paulo: LTr, 2017, p. 175-ss.

2015. II - No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. III - A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão ou o indeferimento da tutela provisória. (BRASIL, 2017).

8 AS PECULIARIDADES DA EXECUÇÃO NA TUTELA INIBITÓRIA

No que se refere à execução da tutela inibitória, Marinoni (2013, p. 48) faz importante reflexão ao asseverar que “a doutrina que forneceu as bases teóricas do Código Buzaid encontrava-se fundada no mito da *nulla executio sine titulo*”, ou seja, na impossibilidade de qualquer espécie de execução antes do trânsito em julgado.

Sob esta perspectiva, a tutela lastreada em cognição sumária era admitida apenas como cautelar, e assim considerada somente como uma “tutela do processo e não como uma tutela do direito”.

O CPC de 2015 repele expressamente a ideia de que apenas as sentenças transitadas em julgado podem ensejar a execução das inibitórias. Na sistemática atual, tanto a cognição sumária como a cognição exauriente podem dar lugar à prática de atos executivos (arts. 515, 520 e 523 e seguintes), seja mediante tutelas provisórias (cognição sumária), seja mediante tutelas definitivas (cognição exauriente).

Essa característica que o novo ordenamento processual conferiu à dinamicidade da execução, considerada em conjunto com o disposto na Lei n. 13.256/2016, é plenamente compatível com o processo do trabalho, notadamente quando se trata de assegurar a eficácia das tutelas inibitórias, fazendo cessar a prática do ato ilícito, o que se reveste de especial importância nos casos de assédio com violação dos direitos de personalidade e também quando se trata de garantir condições de saúde física e mental no meio ambiente de trabalho.

Explica Marinoni (2013, p. 45) que isso ocorre porque não se trata de mais um processo de “simples conhecimento, em que o juiz se limita a dar razão a uma das partes diante de um litígio”, pois pode antecipar a concessão da tutela em caráter provisório, como preveem os arts. 294 e seguintes, “o que pressupõe uma decisão que contenha ao mesmo tempo cognição e execução”, assim desenvolvendo de maneira concomitante a “atividade executiva referente ao cumprimento da sentença”.

No mesmo sentido as ponderações de Nelson Nery⁹, ao ressaltar que a inibitória, por sua natureza, autoriza a emissão de mandado para execução da tutela específica, pois tem “eficácia executivo-mandamental”.

⁹NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1279.

Visando o cumprimento das obrigações de fazer, ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias para a implementação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Para tanto, independente do requerimento da parte, poderá estabelecer a imposição de multa, em montante suficiente para compelir ao cumprimento da obrigação. Neste sentido, explica Nelson Nery¹⁰ que mesmo sendo omissa a sentença, na fase de execução o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, fixar a multa por dia de atraso. Entretanto, neste caso deverá ser observada a diretriz prevista na Súmula n. 410 do STJ, pois a prévia intimação do devedor constitui condição necessária para a cobrança da multa.

Percuciente a lúcida observação de Dinamarco (2009, p. 471-ss.), ao ponderar que o preceito que autoriza o juiz a impor medida capaz de compelir ao cumprimento da obrigação de fazer/não fazer “constitui uma remodelação realista do sistema de meios executivos e abre caminho à revisão da própria noção clássica de execução forçada”, em consonância com a nova mentalidade que formata um “processo civil de resultados”.

Neste cenário, a imposição de multa visa conferir eficácia à tutela concedida, devida desde o dia do descumprimento da decisão, sendo seu valor revertido ao exequente.

A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Entretanto, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda, ou excluí-la, caso verifique que:

I - tornou-se insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

Mas não é só.

Além da imposição de multa, o juiz também pode determinar busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva e, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver arrombamento. Tais preceitos são aplicáveis ao processo trabalhista, notadamente quando houver risco à vida e à integridade física e mental do trabalhador.

Ademais, quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, o executado incidirá nas penas de litigância de má-fé, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

¹⁰NERY JUNIOR, obra citada, p. 1285.

Interessante ressaltar outra especificidade importante da tutela inibitória: enquanto o art. 492 veda a proferição de decisão de natureza diversa, ou em quantidade superior ao pleiteado na inicial, o art. 537 do CPC/2015 segue na esteira do art. 84, § 4º, do CDC, ao permitir que o juiz imponha multa de ofício e exare determinação necessária para o cumprimento da tutela específica, ou seja, sem que tenha havido requerimento da parte.

Além disso, importante pontuar que o art. 536 do CPC/2015 também trilhou a senda aberta pelo art. 84 do CDC, facultando ao juiz o emprego de “medidas necessárias” para efetiva implementação da tutela concedida, de sorte que não há falar em *numerus clausus* quanto ao rol de medidas que podem ser adotadas para impelir o executado ao cumprimento da obrigação.

Tal ocorre porque o escopo é garantir a obtenção da tutela adequada à satisfação do direito material pleiteado (ex.: impedir de imediato as condições de assédio moral/sexual/organizacional no ambiente de trabalho, as situações precarizantes do meio ambiente de trabalho quanto às normas de segurança e saúde do trabalho), assim conferindo maior eficácia à jurisdição, pautada pelo binômio “adequação/necessidade”.

Assevera Marinoni que o objetivo é evitar o esvaziamento da tutela efetiva do direito material, reduzindo a condenação a um simples ressarcimento em pecúnia. Assim, se o juiz constatou a prática do ilícito,

[...] e a tutela requerida não é suficiente para impedir seu prosseguimento, negar a possibilidade da concessão da tutela adequada ao caso concreto é subtrair da jurisdição a possibilidade de impedir a transformação do direito em pecúnia. São os direitos à adequação e à efetividade da tutela jurisdicional, portanto, que iluminam as normas que deferem ao juiz a possibilidade de conceder tutela diversa da pedida, para que um direito possa ser efetivamente tutelado. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 483).

Neste sentido, resta clara e inequívoca a importante distinção, como bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 41):

A diferenciação entre ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com a probabilidade de dano, mas apenas com a probabilidade de ato contrário ao direito (ilícito).

Trata-se de movimento notável por reverter a lógica de monetização dos riscos, que até então pautava a solução que o direito vinha oferecendo.

Importante registrar que, entre os Enunciados aprovados em agosto de 2017, na **I Jornada de Direito Processual Civil** promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), consta o de número 96, *in verbis*:

Os critérios referidos no *caput* do art. 537 do CPC devem ser observados no momento da fixação da multa, que não está limitada ao valor da obrigação principal e não pode ter sua exigibilidade postergada para depois do trânsito em julgado.

Assim, coloca-se nas mãos do juiz um arsenal mais amplo, mesmo que não pleiteado pelo autor, para que haja a cessação da conduta ilícita, evitando a perniciosa possibilidade de sua continuação mediante o pagamento de um valor em dinheiro.

Com efeito, fazer cessar o assédio moral/sexual/organizacional e as condições adversas quanto à saúde e segurança no ambiente de trabalho reveste-se de muito mais eficácia do que simplesmente determinar o pagamento de uma indenização compensatória ou o ressarcimento do dano provocado.

Além de preservar a saúde física e mental do trabalhador, traz vantagens ao empregador, pois evita os custos decorrentes do trabalho inseguro, beneficiando também a sociedade como um todo, ao reduzir o número de concessão de benefícios previdenciários e aposentadorias precoces a indivíduos ainda jovens, comprometendo sua empregabilidade e melhores condições de vida no futuro.

Em relação a tal questão, afirma Marinoni que a tutela inibitória tem natureza “genuinamente preventiva” e pode ser concedida sob duas modalidades distintas: executiva e mandamental. A sentença que defere uma tutela inibitória, via de regra tem natureza mandamental. Porém, considerando uma perspectiva de funcionalidade, é possível admitir que em alguns casos seja concedida com natureza executiva, a fim de evitar “a prática, a repetição e a continuação do ilícito - ou para evitar a ocorrência ou a repetição de um inadimplemento contratual com eficácia instantânea” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 484-485).

A concessão da tutela inibitória pode ocorrer também nas ações que tratam de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (ação civil pública), assim atraindo a aplicação do art. 84 do CDC (Lei n. 8.078/1990) ao estabelecer que nas ações que tenham por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, quando relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

A valorização da tutela específica, em detrimento da tutela pelo equivalente monetário, deixa evidente o escopo de conferir funcionalidade

harmônica e mais eficiente ao sistema. Nesta senda, o art. 499 do CPC 2015, também aplicável ao processo trabalhista, dispõe que:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (BRASIL, 2015).

Esta nova configuração do modelo de tutela vai provocar efeitos também na fase de execução, cabendo fazer a seguinte distinção:

1. Em relação às obrigações de fazer: dispõem os arts. 815 a 821 do CPC/2015 que quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o executado será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe designar, se outro não estiver determinado no título executivo. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, em valor a ser apurado em liquidação, hipótese em que se converterá em indenização, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.

A valorização da exigência da prestação de obrigação específica revelou-se incontestado no novo ordenamento, que passou a admitir até mesmo seu cumprimento por “terceiro”, concedendo ao juiz a possibilidade de assim autorizar, a requerimento do exequente, “à custa do executado”.

Neste contexto, realizada a prestação, o juiz ouvirá as partes no prazo de 10 (dez) dias e, não havendo impugnação, considerará satisfeita a obrigação. Porém, se o terceiro contratado não realizar a prestação no prazo, ou se o fizer de modo incompleto ou defeituoso, poderá o exequente requerer ao juiz que o autorize a concluí-la ou a repará-la à custa do executado.

Coerente com a valorização da tutela específica, a lei processual garantiu o direito de preferência do exequente, estabelecendo que, se quiser executar ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e os trabalhos necessários à realização da prestação, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, em relação ao terceiro.

2. Em relação à obrigação de não fazer: o disposto no CPC/2015, aplicável por compatível com o processo trabalhista, prevê em seu art. 822 que se o executado praticou ato a cuja abstenção estava obrigado, o exequente requererá ao juiz que assine prazo ao executado para desfazê-lo. Se houver recusa ou mora do executado, o exequente requererá ao juiz que mande desfazer o ato à custa daquele, que responderá por perdas e danos. Somente se não for possível desfazer o ato, a obrigação resolver-se-á em perdas e danos, caso em que, após a liquidação, será observado o procedimento de execução por quantia certa.

9 OS EMBARGOS À EXECUÇÃO NA TUTELA INIBITÓRIA

Inicialmente, imperioso pontuar que, não obstante tratar-se de tutela específica, permanece a exigência quanto à garantia do Juízo como requisito imprescindível para que o executado possa opor embargos à execução, em cumprimento ao preceito trabalhista, *in verbis*:

Art. 884. **Garantida a execução** ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação. (BRASIL, 1943) (grifo acrescido).

Importante registrar que a Lei n. 13.467, sancionada em 13.7.2017 com *vacatio legis* de 120 dias, acrescentou o § 6º ao referido dispositivo legal, excluindo a exigência dessa garantia apenas em relação às entidades filantrópicas.

Assim sendo, mesmo em relação à tutela inibitória **não se aplica ao processo trabalhista** o disposto no *caput* do art. 914 do CPC/2015, quando permite a oposição dos embargos à execução “independentemente de penhora, depósito ou caução”, porque a existência de regra própria afasta a aplicação supletiva e subsidiária desta norma processual comum.

Quanto à matéria de fundo, em decorrência das especificidades próprias da inibitória, cabe ao juiz conceder a tutela específica da obrigação ou determinar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Assim sendo, a conversão da obrigação em perdas e danos só será admissível se por elas optar o autor, for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Nestes casos, a indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa imposta para o cumprimento da obrigação dentro de um prazo estabelecido. Além da imposição de multa, a lei processual também prevê a possibilidade de o juiz determinar busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Nesse contexto, na fase de execução a matéria a ser suscitada nos embargos, pelo executado, tem abrangência sensivelmente reduzida, ante as amarras postas pelo ordenamento quando se trata de tutela inibitória.

Porém, não há como afastar o disposto no § 5º do art. 884 da CLT, ao estabelecer expressamente que:

[...] § 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. (BRASIL, 1943).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é demais ressaltar que o desenvolvimento sustentável de um país sempre tem relação direta com a erradicação do ilícito e observância dos marcos legais, necessários para conferir segurança e estabilidade à sociedade.

A antiga visão que tolerava a prática do ilícito, desde que houvesse o ressarcimento pelo dano provocado, levou à equivocada suposição de que o bem juridicamente protegido era apenas o dotado do valor de troca.

Porém, deixou de ser sustentável ante sua insuficiência para oferecer respostas aos novos conflitos da sociedade contemporânea, quando a emergência dos direitos fundamentais e o reconhecimento da importância dos bens extrapatrimoniais passam a ser imprescindíveis para recompor o tecido social, assim demonstrando que a simples prática do ilícito viola a ordem jurídica, independentemente de provocar, ou não, um dano.

Esta nova perspectiva, que configura a violação da ordem jurídica, por si só, como transgressão passível de imediata correção, apresenta-se cada vez mais justificável na sociedade atual, em que tutelar determinados bens, mesmo que não sejam passíveis de troca, revela-se imprescindível para garantir a organização social, ante a constatação de que o pagamento de indenização é insuficiente para preservar a ordem jurídica pautada pelo Estado de Direito.

Trata-se de mentalidade que beneficia a saúde e segurança não só dos trabalhadores, mas também das próprias empresas, em que há uma conscientização cada vez maior quanto à importância da adoção dos sistemas de *compliance*, ante a inequívoca constatação de que permitir impunemente o descumprimento da lei por alguns é favorecer quem tem acesso a determinadas oportunidades por vias transversas e produz com custo menor, transferindo encargos indevidos para a sociedade, que arca com as consequências da sonegação de impostos e utilização do trabalho precário, que gera adoecimentos e necessidade de pagamento de benefícios previdenciários a indivíduos ainda jovens, o que implica em socialização dos custos e privatização dos lucros nas mãos de poucos, em concorrência desleal com as demais forças produtivas da nação.

Nesse contexto, gratificante reconhecer que o nível de intolerância da sociedade brasileira com a prática do ilícito vem aumentando de maneira significativa. Com efeito, a conotação permissiva anterior, que admitia esse comportamento como um derivativo do “jeitinho”, aos poucos desvelou a falácia deste argumento, que servia apenas para favorecer a prática do ilícito, fragilizando o *enforcement* do direito.

Aceitar que alguns possam acintosamente descumprir a ordem jurídica, arcando apenas com o pagamento ressarcitório, implica em menosprezar o ordenamento posto como balizador de conduta e

admitir a violação explícita do princípio constitucional da isonomia, um dos pilares de sustentação da República Democrática Brasileira.

Em suas andanças pelo Brasil, Claude Lévi-Strauss (2005, p. 91) chegou a registrar que um “espírito malicioso definiu a América como uma terra que passou da barbárie à decadência, sem conhecer a civilização”.

Propugnar pela valorização da norma consagrada pelo direito posto e pela eficácia da jurisdição para garanti-la é lutar para que a profecia não se concretize no Brasil.

Conseguiremos?

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 414. Mandado de segurança. Tutela provisória concedida antes ou na sentença (nova redação em decorrência do CPC de 2015). Res. 217/2017. **DEJT**, Brasília, 20 abr. 2017. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-414.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil I**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil IV**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Litisconsórcio e intervenção de terceiros: o novo CPC e o processo trabalhista. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016a.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho, precaução e prevenção: princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista Bonijuris**, Curitiba, n. 636, p. 14-22, nov. 2016b.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A jurisdição trabalhista constitucional no século XXI: novas tutelas. **Revista Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 9, n. 51, p. 131-144, maio 2013.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. O desafio do acesso à justiça no século XXI: as tutelas de prevenção e precaução. *In*: OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **Direito do trabalho em movimento**. São Paulo: LTr, 2017.

JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2017, Brasília. **Enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, ago. 2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil>.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes trópicos**. Tradução de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. O princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva do novo código de processo civil. *In*: MIESSA, Élisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

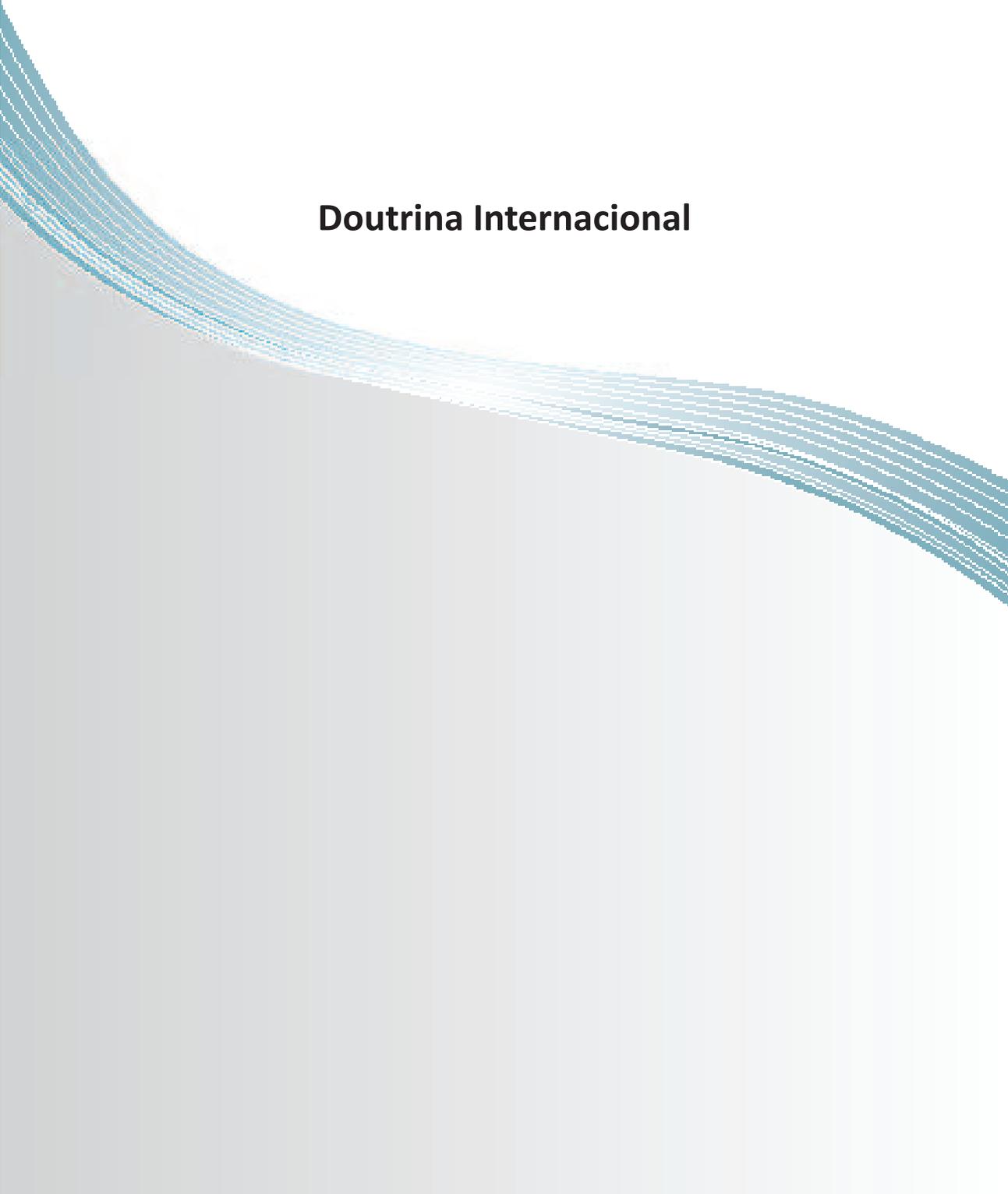
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**. Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. São Paulo: Método, 2016.



Doutrina Internacional

OS MENORES NO DESPORTO

THE MINORS IN SPORT

BARBOSA, Mafalda Miranda*

1 INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 122º CC, é menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade. A menoridade que assim se estabelece é fundamento de uma incapacidade de exercício de direitos. Embora os menores sejam titulares de um círculo mais ou menos amplo de direitos e obrigações, isto é, embora tenham capacidade de gozo de direitos, eles não são suscetíveis de atuar juridicamente por ato próprio e exclusivo, adquirindo e exercendo direitos, contraindo e cumprindo obrigações. A movimentação da sua esfera jurídica opera-se por via da atuação dos seus representantes legais, em regra os titulares do poder paternal (modernamente convertido em responsabilidades parentais), que agem em nome do menor.

A simplicidade enunciativa do que aqui vai dito não deve, porém, esconder delicados problemas que surgem quando lidamos com os menores. Em primeiro lugar, há toda uma panóplia de atos para os quais se reconhece, excecionalmente, a sua capacidade, podendo dizer-se que o ordenamento jurídico espelha a progressiva maturação da criança e adolescente, fazendo-a corresponder a uma também progressiva autonomização. Em segundo lugar, importa não esquecer que determinados direitos, pela sua natureza, não podem ser senão exercidos pelo menor - falamos, designadamente, nos direitos de personalidade, incindíveis da

*Doutora em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro integrado do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra. Diretora da **Revista de Direito da Responsabilidade**.

pessoa do seu titular, em relação aos quais, neste contexto, é importante estabelecer uma cisão entre o exercício do direito propriamente dito e a limitação ao direito, que já reclamará uma intervenção daquele representante legal, nos termos dos critérios que têm vindo a ser desvelados pela doutrina quanto ao tema. *In fine*, lembremo-nos que o regime geral, enunciado de forma (propositadamente) abreviada, sofre desvios, quando confrontados com nichos dogmáticos específicos. É o que acontece, a título de exemplo, ao nível do direito do trabalho. Mas, também e para o que agora nos ocupa, ao direito do desporto, que com aquele mantém uma relação estreita, quando perspectivado sob a ótica dos contratos de trabalho desportivo que são celebrados entre os atletas e os clubes.

Pensar nos menores no desporto ou no desporto e nos menores não é pensar, unicamente, no aspeto lúdico que as atividades desportivas convocam. Pelo contrário, é pensar, *mutatis mutandis*, em nervuras problemáticas que não distam sobremaneira das linhas traçadas anteriormente.

Em forma de anúncio, podemos aventar três nichos problemáticos sobre os quais procuraremos refletir.

Em primeiro lugar, somos levados a refletir - uma vez mais - sobre a relação entre a titularidade e o exercício dos direitos de personalidade pelos menores. Em segundo lugar, há que enfrentar, necessariamente, problemas atinentes à responsabilidade civil. Por último, serão as relações contratuais estabelecidas a propósito do desporto que se questionam.

Antes, porém, uma ressalva: os nichos problemáticos que elegemos para guiar as nossas reflexões não esgotam o âmbito de relevância jurídica da relação entre os menores e o direito. A sua eleição resulta não de uma pretensão de exaustividade, mas de uma intenção de acompanhamento das diversas etapas de desenvolvimento dos menores, na sua relação com o desporto, encarado do ponto de vista profissional, para-profissional ou lúdico. Para as iluminarmos, começaremos por traçar as coordenadas básicas da disciplina legal em matéria de capacidade dos menores para a prática desportiva.

2 A CAPACIDADE PARA CELEBRAR CONTRATOS DE TRABALHO DESPORTIVO E CONTRATOS DE FORMAÇÃO DESPORTIVA

2.1 O anterior regime e os problemas que suscitava: a Lei n. 28/1998, de 26 de junho, e a capacidade para celebrar contratos de trabalho de praticantes desportivos e contratos de formação desportiva

A Lei n. 28/1998, de 26 de junho, estabelecia o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo e contrato de

formação desportiva. O primeiro era considerado pelo legislador (art. 2º, “a”), Lei n. 28/1998) o contrato pelo qual o praticante desportivo se obrigava, mediante retribuição, a prestar atividade desportiva a uma pessoa singular ou coletiva que promovesse ou participasse em atividades desportivas, sob a autorização e a direção desta. Já o contrato de formação desportiva vinha definido, no art. 2º, “c”), Lei n. 28/1998, como o contrato celebrado entre uma entidade formadora e um formando, nos termos do qual aquela se obrigava a prestar a este a formação adequada ao desenvolvimento da sua capacidade técnica e à aquisição de conhecimentos necessários à prática de uma modalidade desportiva, ficando o formando obrigado a executar as tarefas inerentes a essa formação.

A capacidade requerida por lei para a celebração de cada um dos tipos contratuais referidos não era a mesma. Tratando-se de um contrato de trabalho desportivo, o art. 4º, Lei n. 28/1998, dispunha que só podem celebrá-lo os maiores de dezasseis anos de idade, que reunissem os requisitos exigidos pela lei geral do trabalho.

O Código do Trabalho dispõe, no seu art. 70º, que é válido o contrato de trabalho celebrado por menor que tenha completado dezasseis anos de idade e tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação, salvo oposição escrita dos seus representantes legais. Fora das situações em que o menor tenha completado dezasseis anos, tenha concluído a escolaridade obrigatória e esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação, o contrato de trabalho pode ser válido mediante autorização escrita dos representantes legais. Ao menor é ainda reconhecida capacidade para receber a retribuição devida, salvo oposição escrita dos seus representantes legais.

No que respeita à admissão do menor ao trabalho, dispõe o art. 68º, 1, CT, que só pode ser admitido a prestar trabalho o menor que tenha completado a idade mínima de admissão, ou seja, dezasseis anos (nos termos do n. 3 do mesmo preceito), que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação e disponha de capacidades físicas e psíquicas adequadas ao posto de trabalho. De acordo com o n. 3 do art. 68º, 1, CC, o menor com idade inferior a 16 anos que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação pode prestar trabalhos leves que consistam em tarefas simples e definidas que, pela sua natureza, pelos esforços físicos ou mentais exigidos ou pelas condições específicas em que são realizadas, não sejam suscetíveis de o prejudicar no que respeita à integridade física, segurança e saúde, assiduidade escolar, participação em programas de orientação ou de formação, capacidade para beneficiar da instrução ministrada, ou ainda ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral, intelectual e cultural.

Nos termos do art. 69º, 1, CT, o menor com idade inferior a 16 anos que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação mas não possua qualificação profissional, ou o menor com pelo menos 16 anos de idade mas que não tenha concluído a escolaridade obrigatória, não esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação ou não possua qualificação profissional, só pode ser admitido a prestar trabalho desde que frequente modalidade de educação ou formação que confira, consoante o caso, a escolaridade obrigatória, a qualificação profissional, ou ambas.

A conjugação dos diversos preceitos permitia-nos extrair algumas conclusões. A partir dos 18 anos, o desportista podia livremente celebrar contratos de trabalho desportivo. Antes dos 16 anos, o sujeito não tinha capacidade para firmar este tipo negocial. Entre os 16 e os 18 anos, o menor podia ser parte num contrato de trabalho desportivo, contanto que não tivesse a oposição expressa e escrita dos seus representantes legais e desde que tivesse concluído a escolaridade obrigatória ou estivesse matriculado e a frequentar o nível secundário de educação. Caso o menor não tivesse ainda concluído a escolaridade obrigatória ou não estivesse a frequentar o nível secundário de educação, podia celebrar um contrato de trabalho desportivo desde que houvesse autorização escrita dos representantes. Em qualquer dos casos, o contrato de trabalho devia ser igualmente subscrito pelo representante legal, sob pena de anulabilidade, de acordo com os n. 2 e n. 3 do art. 4º da Lei n. 28/1998, o que significava que, em rigor, estando em causa um contrato de trabalho desportivo, a autorização escrita dos representantes legais acabava por se impor independentemente do preenchimento ou não dos restantes requisitos. Por outro lado, obrigando-se o menor a prestar uma atividade desportiva sob a autoridade e organização de uma pessoa singular ou coletiva, que proveria pelo seu desenvolvimento como atleta e pela própria formação desportiva, estaria cumprido, *a priori*, o requisito imposto pelo art. 69º, CT, para as situações em que o menor não tivesse completado a escolaridade obrigatória e não estivesse a frequentar o ensino secundário. Na verdade, a formação profissional a que se refere a norma do Código do Trabalho podia considerar-se cumprida pela formação que era dispensada, através dos treinos e demais preparações, ao atleta.

Acresce que o art. 4º da Lei n. 28/1998 parecia iluminar-nos no tocante à qualificação da incapacidade concretamente em causa. Na verdade, estabelecendo os 16 anos como a idade mínima para a celebração do negócio e impondo que, depois de ultrapassada a barreira etária, o representante legal do menor subscrevesse o contrato, éramos levados a concluir que se lidava, ali, com a capacidade de gozo, primeiro, e com a capacidade de exercício, depois. Dito de um modo mais direto, o menor de 16 anos não tinha capacidade de gozo de direitos para celebrar

contratos de trabalho desportivo. Na verdade, em causa estava a titularidade do direito, ao ponto de não ser possível suprir a incapacidade que se previa. Adquirida a capacidade de gozo, o menor maior de 16 anos continuava a sofrer de uma incapacidade de exercício, já que não podia agir por ato exclusivo, embora pudesse atuar por ato próprio - ao carecer da autorização dos representantes legais que eram chamados a subscrever o contrato, o menor via-se impedido de atuar autonomamente¹.

Já tratando-se de um contrato de formação desportiva, dispunha o art. 31º, 1, da Lei n. 28/1998, que só podiam celebrá-lo como formandos aqueles que tivessem idade compreendida entre os 14 e os 18 anos e desde que tivessem cumprida a escolaridade obrigatória. Tratava-se de requisitos cumulativos, o que enreda o jurista num problema. Com efeito, a Lei n. 85/2009, que estabelece o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar, determina, no art. 2º, 4, que ela cessa com a obtenção de curso conferente de nível secundário ou, independentemente da obtenção do diploma de qualquer ciclo ou nível de ensino, no momento do ano escolar em que o aluno perfaça 18 anos, o que quer dizer que, em regra, antes dos 18 anos, dificilmente um jovem poderia cumprir o requisito imposto pelo art. 31º, 1, “b)”, Lei n. 28/1998. Simplesmente, o outro requisito que com este se cumulava determinava que o contrato só podia ser celebrado até aos 18 anos. Interpretado o preceito na sua literalidade, atento o segmento “tenham cumprido”, que nos apontava para uma ação já concretizada, ele ficaria privado de âmbito de aplicação, implicando a impossibilidade legal de celebração de contratos de formação desportiva.

Impunha-se, portanto, uma correção da norma. A norma não devia ser interpretada no sentido de exigir que tivesse sido cumprida a escolaridade obrigatória, mas que estivesse a ser cumprida a escolaridade obrigatória. É que, sendo a disciplina do contrato de formação desportiva anterior à regulamentação da escolaridade obrigatória, a norma do art. 31º, 1, Lei n. 28/1998 deixava, com a alteração naquela matéria, de ser concretizável.

Em termos metodológicos, havia, no entanto, que tecer algumas considerações que sustentassem a solução. Em face de um menor com 16 anos que frequentasse o ensino secundário, indagava-se se era ou não possível mobilizar a norma em questão no sentido de dela extrair uma resposta positiva para a dúvida. Confrontando analogicamente os dois problemas (o problema do caso e o problema tipificado pela norma), concluía-se que a “relevância material objetivada pelo problema do caso

¹Para uma distinção entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício, cf. PINTO, C. A. da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 221-ss.

jurídico” (NEVES, 1993, p. 180) era atípica “perante a relevância prevista pela norma na sua problemática pressuposição hipotético-material” (NEVES, 1993, p. 180). Por outro lado,

A consideração do caso, com a sua específica intencionalidade problemático-jurídica, [revelava] já uma insuficiência, já uma incoerência normativo-jurídica da relevância material tipificada na norma, relativamente à intencionalidade problemático-jurídica da mesma norma - ou seja, a relevância tipificada [mostrava-se] inadequada (porque insuficiente ou incoerente) à intenção problemática de que deve (no próprio ponto de vista da norma) ser correlativa. Se aquela atipicidade exige metodologicamente a correção, esta inadequação justifica-a normativo-juridicamente - a intencionalidade problemático-normativa da norma só será realizada, ou o seu sentido normativo apenas será cumprido, se for corrigida aquela inadequação, que a consideração do caso veio manifestar. (NEVES, 1993, p. 180).

Tratar-se-ia, no caso, de uma correção ditada por uma atipicidade diacrónica, “[...] i. é, por uma alteração do tempo da realidade histórico-social ou da situação pressuposta pela norma: a realidade ou situação relevante no tempo do caso é diferente da que foi pressuposta no tempo da norma” (NEVES, 1993, p. 181), ainda que do que se tratasse no caso concreto fosse uma realidade juridicamente conformada.

Simplemente, esta assimilação por correção diacrónica, tal como a assimilação por correção sincrónica, apresenta limites: do ponto de vista da relevância do caso, não podemos dela lançar mão quando não estejamos diante de um caso atípico, mas perante uma verdadeira exceção,

[...] do lado da correlatividade entre a relevância e o sentido problemático-normativo da norma, quando o caso jurídico não revelar simplesmente uma inadequação nessa correlatividade, mas se houver antes de concluir pela sua ausência do âmbito possível da relevância da norma - i. é, quando estivermos perante uma norma obsoleta ou uma lacuna. (NEVES, 1993, p. 180).

Na verdade, estando perante uma norma obsoleta, a conclusão a que haveremos de chegar é que ela não permite a assimilação do âmbito de relevância do caso. Tal ocorre quer quando a realidade social a que a norma vai problemáticamente referida se altera, quer quando a

realidade jurídica a que vai normativamente referida se modifica². Ora, se é certo que a realidade jurídica que o art. 31º, 1, Lei n. 28/1998 pressupunha se modificou, não se tratava aqui de um pedaço do ser - ainda que juridificado - a que a norma se havia de aplicar, mas de um pressuposto de aplicação dela que se tornava incongruente com aquele com que se cumulara. Não se estava, portanto, diante de uma hipótese de obsolescência da norma, mas de incoerência normativo-jurídica, já que a inviabilização da celebração de contratos de formação desportiva com base no não cumprimento da escolaridade obrigatória revelaria um choque com a própria intenção problemática da norma, já que impediria os jovens de obterem a devida formação por, para ela, se exigir um pressuposto que seria de todo o modo irrealizável quando conjugado com o outro requisito.

Do exercício interpretativo que expendemos, resultava que os menores com idade inferior a 14 anos não podiam celebrar contratos de formação desportiva. Isto não significava, porém, que estes menores não pudessem ser inscritos em modalidades desportivas, mas tão só que o vínculo que os unia às entidades formadoras seria diverso. De outro modo não poderia deixar de ser, tanto mais que a Constituição da República Portuguesa garante a especial proteção dos direitos económicos, sociais e culturais dos jovens, entre outros aspetos, na educação física e no desporto. No mais, o acesso ao desporto deve ser encarado como uma forma de exercício do direito ao desenvolvimento da personalidade do menor. Quer isto dizer que, se fosse vedada a prática desportiva antes dos 14 anos, estaria a ser violado este direito fundamental, por um lado, e, por outro lado, entrar-se-ia em contradição com a própria lei de bases do desporto e da educação física. Se é certo que a educação física e o desporto escolar devem ser promovidos no âmbito curricular e de complemento curricular, em todos os níveis e graus de educação e ensino, como componentes essenciais da formação integral dos alunos, visando especificamente a promoção da saúde e condição física, a aquisição de hábitos e condutas motoras e o entendimento do desporto como fator de cultura, não menos seguro é que essa incumbência da escola, quer pública, quer privada, não transforma a oferta desportiva em monopólio daquela.

Se é certo que antes dos 14 anos os jovens podem frequentar determinada modalidade desportiva, isto significa que, do ordenamento jurídico, se desentranham determinados tipos de desporto. A saber: a) desporto de recreação; b) desporto de competição, e c) desporto profissional³.

²NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 180.

³A classificação que se propõe tem em conta os diversos vínculos que podem unir o praticante desportivo à sociedade desportiva ou clube em que o mesmo exerça uma determinada modalidade. Desconsideram-se, assim, outras formas de prática desportiva expressamente contempladas na lei, como, por exemplo, o desporto de alto rendimento - cf. art. 44º, Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto (Lei n. 5/2007).

A classificação que se propõe parte da tripartição etária que temos vindo a acompanhar e do tipo de vínculo que une cada um dos praticantes a uma determinada entidade promotora do desporto.

2.2 A Lei n. 54/2017, de 14 de julho, e o regime consagrado

Alguns dos problemas foram tidos em conta pelo legislador português que, ocupando-se do regime do contrato de trabalho desportivo, não hesitou em alterar algumas regras no tocante à capacidade dos menores, não obstante ter mantido o traçado geral da disciplina. A solução a que conseguimos chegar por via metodológico-interpretativa acaba por corresponder às propostas legislativas que foram submetidas a discussão na Assembleia da República. Se o Projeto Lei n. 168, XIII, 1ª, resolvia o problema prevendo, no seu art. 28º, 1, que podiam celebrar contrato de formação desportiva os jovens que tivessem idade compreendida entre os 14 e os 19 anos, o Projeto Lei n. 297, XIII, 1ª, estabelecia no art. 44º que era formando desportivo o jovem praticante que tivesse concluído a escolaridade obrigatória ou estivesse matriculado e a frequentar o nível básico ou secundário de educação, tivesse idade compreendida entre os 14 e os 18 anos e tivesse assinado o contrato de formação desportiva, tendo por fim a aprendizagem ou o aperfeiçoamento de uma modalidade desportiva. Quer isto dizer que o Projeto do PSD eliminava o requisito da escolaridade obrigatória, e que o Projeto do PS, embora continuasse a manter a referência aos 18 anos e à escolaridade obrigatória, estabelecia entre este requisito e a frequência do nível básico ou secundário de educação uma relação de alternatividade. Em qualquer dos casos, a antinomia normativa a que éramos conduzidos seria eliminada. A entrada em vigor da nova lei constitui, portanto, um marco importante nesta matéria.

Nos termos do art. 5º da Lei n. 54/2017, de 14 de julho, só podem celebrar contratos de trabalho desportivo (definido pelo art. 2º, “a”), como aquele pelo qual o praticante desportivo se obriga, mediante retribuição, a prestar atividade desportiva a uma pessoa singular ou coletiva que promova ou participe em atividades desportivas, no âmbito de organização e sob a autoridade e direção desta) os maiores de 16 anos de idade que reúnam os requisitos exigidos pela lei geral do trabalho. A conjugação do preceito com os arts. 68º, 69º e 70º do CT permite-nos dizer que, a partir dos 18 anos, o desportista pode livremente celebrar contratos de trabalho desportivo. Antes dos 16 anos, o sujeito não tem capacidade para firmar este tipo negocial. Entre os 16 e os 18 anos, o menor pode ser parte num contrato de trabalho desportivo, contanto que não tenha a oposição expressa e escrita dos seus representantes legais e desde que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação. Caso o menor não tenha ainda

concluído a escolaridade obrigatória ou não esteja a frequentar o nível secundário de educação, pode celebrar um contrato de trabalho desportivo desde que haja autorização escrita dos representantes. Em qualquer dos casos, o contrato de trabalho deve ser igualmente subscrito pelo representante legal, sob pena de anulabilidade, nos termos do art. 5º, 2 e 3, Lei n. 54/2017, o que significa que, em rigor, estando em causa um contrato de trabalho desportivo, a autorização escrita dos representantes legais acaba por se impor independentemente do preenchimento ou não dos restantes requisitos. Por outro lado, obrigando-se o menor a prestar uma atividade desportiva sob a autoridade e organização de uma pessoa singular ou coletiva, que proverá pelo seu desenvolvimento como atleta e pela própria formação desportiva, parece-nos cumprido, *a priori*, o requisito imposto pelo art. 69º CT para as situações em que o menor não tenha completado a escolaridade obrigatória e não esteja a frequentar o ensino secundário. Na verdade, a formação profissional a que se refere a norma do Código do Trabalho pode considerar-se cumprida pela formação que é dispensada, através dos treinos e demais preparações, ao atleta.

Já tratando-se de um contrato de formação desportiva (o contrato celebrado entre uma entidade formadora e um formando desportivo, nos termos do qual aquela se obriga a prestar a este a formação adequada ao desenvolvimento da sua capacidade técnica e à aquisição de conhecimentos necessários à prática de uma modalidade desportiva, ficando o formando obrigado a executar as tarefas inerentes a essa formação - art. 2º, “b”), dispõe o art. 28º, 1, Lei n. 54/2017, que só podem celebrá-lo como formandos aqueles que tenham idade compreendida entre os 14 e os 18 anos.

Os menores com idade inferior a 14 anos não podem celebrar contratos de formação desportiva, valendo, porém, aqui as considerações que expendemos por referência ao anterior quadro legal, o que significa que podem ser inscritos em modalidades desportivas, embora o vínculo que os une às entidades formadoras seja diferente.

Importa referir, a este ensejo, que, apesar de os menores com idade inferior a 14 anos poderem aceder à prática desportiva, mesmo fora do contexto escolar, não é de todo indiferente a questão da capacidade para celebrar contratos de formação desportiva. Na verdade, uma coisa é a possibilidade de um dado menor praticar um desporto, outra coisa é perceber se existe ou não um contrato entre ele e uma determinada entidade. As consequências prático-normativas desta linha de fronteira não são, aliás, pequenas.

O problema colocou-se já entre nós, tendo sido sobre ele tomada posição no Parecer n. 7/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 18 de junho de 2001. Em causa estava, a esse propósito, a possível ilegalidade das regras regulamentares de certas federações, que impõem, relativamente ao praticante desportivo

com menos de 14 anos, a obrigação de pagamento de uma compensação pela formação a um clube no caso de mudança para esse outro clube. Em causa, portanto, uma tentativa, por via regulamentar federativa, de alargamento do regime previsto no art. 38º da Lei n. 28/1998⁴ aos menores de 14 anos. Independentemente da questão da possibilidade de tal alargamento ser feito por via de um regulamento federativo⁵, o certo é que, face à inexistência de um contrato de formação desportiva, o preceito não se aplica diretamente aos menores de 14 anos. E, indagando-se acerca da possibilidade de extensão teleológica do preceito - ainda que a mesma não seja prevista num regulamento federativo ou que não se colocasse a questão da fixação da compensação por via de uma convenção coletiva⁶ - teríamos de concluir pela sua inviabilidade. É que, ao proibir

⁴Determinava o citado art. 38º que “a celebração, pelo praticante desportivo, do primeiro contrato de trabalho como profissional com entidade empregadora distinta da entidade formadora confere a esta o direito de receber uma compensação por formação, de acordo com o disposto no art. 18º. A este propósito, importa tecer alguns esclarecimentos adicionais sobre o que geralmente vem conhecido por indemnização de transferência. Procuremos, assim, dar a palavra a João Leal Amado. João Leal Amado refere, a propósito do DL n. 305/1995, que “ao elaborar este diploma, o legislador não poderia furtar-se a equacionar o problema das chamadas ‘indemnizações de transferência’. Esta figura, fortemente enraizada nos meios desportivos, consiste, basicamente, no seguinte: nos termos da regulamentação aplicável, normalmente elaborada pelas federações desportivas (nacionais e internacionais), mesmo depois de extinto o contrato de trabalho desportivo entre o praticante e a sua entidade empregadora, esta conserva direitos relativamente àquele, máxime o de ser indemnizada por qualquer novo clube que pretenda contratar o praticante; ou seja, o praticante desportivo só poderia mudar de clube (transferir-se), mesmo após a extinção do anterior contrato, caso encontrasse algum clube disposto a pagar a verba reclamada pela sua anterior entidade empregadora. E então, de duas uma: ou a indemnização era de tal modo elevada que afugentava os clubes potencialmente interessados, deixando ao praticante a opção entre continuar ligado ao anterior clube ou abandonar a profissão; ou surgia algum clube disposto a pagar a referida indemnização e a contratar o praticante, caso em que o encargo representado por tal indemnização não deixaria de incidir negativamente nas condições remuneratórias oferecidas a este último” - cf. AMADO, J. Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as “indemnizações de transferência”. **Questões Laborais**, Coimbra, ano V, n. 12, 1998, p. 227 a 231. Explica o autor que, em face do acórdão Bosman, o legislador nacional sentiu necessidade de adaptar o quadro legislativo vigente à nova realidade, tendo então surgido a Lei n. 28/1998. Sobre esta, considera o autor que “o legislador tentou encontrar uma resposta salomónica para esta questão, dando parcial satisfação aos diversos interesses envolvidos. Destarte, ao abrigo do art. 18º, n. 2, da Lei n. 28/98, admite-se o estabelecimento da obrigação de pagamento de uma indemnização, a título de promoção ou valorização do praticante desportivo (tal como sucedia à luz do diploma de 1995), mas agora tal sistema apenas pode ser estabelecido através de convenção coletiva de trabalho (e não também, como antes sucedia, por regulamento federativo). Ou seja, sim às indemnizações de transferência, mas apenas se criadas através da contratação coletiva e nos exatos termos dessa convenção coletiva” - cf. AMADO, J. Leal. O andebol, o hóquei, o profissionalismo e o trabalho desportivo. **Questões Laborais**, Coimbra, ano VII, n. 15, 2000, p. 47-ss. Reforçando este mesmo ponto, cf. AMADO, J. Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as “indemnizações de transferência”. **Questões Laborais**, Coimbra, ano V, n. 12, 1998, p. 233-ss.

⁵Cf. nota anterior. Veja-se, ainda, a fundamentação do Parecer n. 7/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 18 de junho de 2001. Tenha-se ainda em conta que se exige, agora, que haja aprovação por via de uma convenção coletiva.

⁶Repare-se, contudo, a propósito destas, que a explicação de Leal Amado se prende com o contrato de trabalho desportivo.

a celebração do referido contrato a menores de 14 anos, o ordenamento jurídico pretende, e tendo em conta os deveres que oneram o formando, salvaguardar o seu direito ao ensino, num eventual conflito com o direito ao desporto⁷. Dito de outro modo, o legislador não pretende qualquer vinculação contratual da parte do menor, para que ele possa manter a sua plena liberdade enquanto praticante da modalidade desportiva. E se inexistente tal vinculação, deixa também de haver deveres acrescidos (para além dos que resultam da necessidade de oferecer serviços) por parte da entidade formadora, não se justificando a eventual compensação a que a lei faz referência. Se invertermos os polos da argumentação, veremos que a imposição da compensação determinaria a emergência de deveres de ambas as partes, contornando-se a incapacidade que é ditada pelo próprio legislador.

2.3 A impossibilidade de os menores serem representados por intermediários desportivos

Nos termos do art. 37º, 2, da Lei n. 5/2007 (Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto), os menores não podem ser representados, na celebração de contratos, por um empresário desportivo, ou seja, por um intermediário desportivo (estes não podem agir em nome e por conta daqueles). A mesma regra consta do art. 36º, 3, Lei n. 54/2017, que dispõe que é vedada ao empresário desportivo a representação de praticantes desportivos menores de idade.

Entende-se que assim seja. Na verdade, ao contrário do que podemos constatar ao nível da representação legal (que funciona como uma forma de suprimento da incapacidade de exercício do menor), a representação voluntária corresponde a um meio de manifestação da capacidade do sujeito, pelo que, estando ela ausente, não faz sentido admitir-se o recurso a um instrumento de exercício dela. Por isso, também o Regulamento de Intermediários da FPF contém uma regra análoga, de acordo com o art. 5º, 4, do citado diploma.

Já o **FIFA Regulations on Working with Intermediaries** prevê, no seu art. 7º, 8, que os jogadores e os clubes que recorram aos serviços de intermediação quando estão a negociar um contrato de trabalho desportivo ou uma transferência estão proibidos de efetuar pagamentos ao referido intermediário, quando o jogador seja um menor⁸. Por

⁷Cf. Parecer n. 7/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 18 de junho de 2001.

⁸Resulta daqui uma interessante questão: tendo o intermediário representado não o jogador (dado que entre nós essa hipótese está vedada por lei), mas o clube, poderá efetuar-se o referido pagamento?

seu turno, o art. 19º da **FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players** (2018) determina que as transferências internacionais apenas podem ter lugar em relação a jogadores com idade superior a 18 anos, embora o n. 2 do preceito abra a porta a exceções.

3 OS MENORES, O DESPORTO E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

3.1 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Do que ficou dito podemos extrair uma conclusão: o regime da prática desportiva por parte dos menores acompanha a gradual maturação destes até atingirem a maioridade. Se do ponto de vista contratual a conclusão é segura⁹, não menos certa ela se afigura do prisma do exercício dos direitos de personalidade.

A chamada à colação desta dupla perspetiva justifica-se: de facto, a inserção dos menores no contexto desportivo não pode ser pensada sem o enquadramento personalístico e a tutela que o ordenamento jurídico lhes dispensa.

Desde logo, importa não esquecer o já referido direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, daquele direito que nas palavras de Capelo de Sousa pode vir entendido como “a garantia de meios e condições existenciais e convencionais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver”, ou, e mais concretamente, como “a salvaguarda do poder de autodeterminação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual” (SOUSA, 1995, p. 362). De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, este direito assenta numa conceção da pessoa em que “o ser humano tem o dom, dado por Deus, de poder determinar a sua própria natureza, de ser autoconstituente” (VASCONCELOS, 2006, p. 74-ss.). Poderá, portanto, haver violação do direito em causa se o menor for impedido, contra a sua vontade e a sua vocação, de praticar um determinado desporto. Simplesmente,

⁹Do que ficou dito anteriormente resultou, também, que os menores com idade inferior a 14 anos não se podem vincular contratualmente com uma entidade que promova a prática desportiva, em qualquer uma das suas modalidades. A conclusão deve, contudo, ser compreendida de forma cautelosa. De facto, do que se trata é da impossibilidade de vinculação do menor a uma prestação desportiva. Já não haverá impossibilidade de vinculação contratual naquelas situações em que o menor se inscreve numa associação desportiva, num ginásio ou num clube para a simples prática de uma modalidade, sem se obrigar à prática desportiva e pagando um determinado valor em troca do treino que lhe é proporcionado. Não se trata, aí, de um contrato de formação desportiva. Resta a questão de saber se a parte no contrato é o menor, representado pelos titulares do poder paternal (responsabilidades parentais), ou se são os próprios representantes legais.

haveremos de ser cautelosos, ou dito de outro modo, haveremos de considerar dois aspetos que, em níveis diversos, estabelecem limitações a esse poder de autodeterminação de acordo com a vontade.

Em primeiro lugar, consoante nos explicitam os autores, este direito só subsiste enquanto não colidir com os direitos dos outros, a ordem constitucional e a moral. Pedindo de empréstimo as palavras de Pedro Pais de Vasconcelos,

Quem quiser desenvolver-se e realizar-se com desrespeito pelo outro, seu semelhante, pelos outros que são a sua comunidade, e pelas leis morais será um bruto. (VASCONCELOS, 2006, p. 74-ss.).

Diríamos mais, que só subsiste enquanto não chocar com a axiologia fundamentante do próprio reconhecimento do direito, numa expressão que acaba por ir ao encontro do pensamento do autor citado, que recusa a invocação do direito como argumento para o mais radical egoísmo,

[...] postulando a remoção de todos os regimes jurídicos de proteção geral, desde os mais banais, como a obrigatoriedade de uso de capacete nos motociclos e do cinto de segurança no automóvel, até ao direito ao suicídio. (VASCONCELOS, 2006, p. 74-ss.).

Em segundo lugar, estando em causa um menor, cuja personalidade ainda não se desenvolveu integralmente, em pleno período de maturação do eu, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra limites no exercício do poder-dever de que são titulares os pais. Estes, sendo detentores do poder paternal (ou como modernamente se refere, das responsabilidades parentais), têm a possibilidade de determinar a educação dos filhos menores, estabelecendo proibições ou limitações à prática de determinadas atividades desportivas, desde que, com isso, não ponham de forma arbitrária em causa a própria personalidade do menor. Esta limitação parece, aliás, estar em linha com a própria restrição legal em matéria de capacidade para a celebração de contratos de formação desportiva. Em causa estará, portanto, a necessidade de salvaguardar interesses superiores da criança ou do jovem.

Compreender-se-á, no entanto, que este poder decisório dos pais/representantes legais se vá rarefazendo à medida que a idade do menor aumenta. Capelo de Sousa propõe que, a par de uma análise estática do objeto do direito geral de personalidade, se estabeleça uma análise dinâmica que tenha em conta os diversos “níveis de evolução e

as potencialidades evolutivas humanas como objetos de tutela jurídica específica” (SOUSA, 1995, p. 168-ss.). Ora, a menoridade do sujeito titular dos direitos de personalidade pode conduzir a certas limitações específicas de tais posições jus-subjetivas¹⁰, desde logo porque, enquanto menor, a pessoa está sujeita ao dever de obediência em relação aos seus pais. A específica estrutura deste dever, como contraponto do exercício das responsabilidades parentais, pode implicar, por exemplo, limitações ao direito à privacidade (embora não à sua anulação), ao direito à liberdade de escolha, à liberdade de movimentos, entre outros. Note-se, porém, que os pais devem ter em conta a progressiva maturação do menor, exercendo os seus poderes-deveres em função da crescente autonomização que o amadurecimento potencia e respeitando o integral desenvolvimento da personalidade do filho que, de outro modo, poderia ficar comprometido¹¹. Repare-se, contudo, que isto não é incompatível com a possibilidade que os pais têm de optar por uma de diversas perspetivas educacionais, nem é incompatível com as escolhas dos progenitores que afetam todo o agregado familiar (como, por exemplo, a decisão de mudança de residência; a decisão de participação num evento cultural, religioso ou social etc.). No fundo, há um ponto ótimo no qual se conjugam harmonicamente o poder decisório-educacional dos pais e o respeito pela progressiva autonomização da criança e/ou jovem menor de idade.

O ponto liga-se a uma outra questão problemática, qual seja a de perceber se os menores têm ou não capacidade de exercício quando estejam em causa direitos de personalidade. Em caso de violação ou ameaça

¹⁰Em rigor, não se trata aqui de um limite aos direitos de personalidade (ou ao direito geral de personalidade). Na verdade, a consideração dos estádios evolutivos humanos pode levar, pelo contrário, a um incremento da proteção que é devida ao sujeito. A este propósito, Capelo de Sousa aduz que, “no que toca à dinâmica evolutiva de cada homem, surge-nos desde logo o ser da criança e do jovem menor de idade, enquanto personalidades com uma estrutura física e moral particularmente em formação e, por isso, portadoras de uma certa fragilidade e credoras de respeito e ajuda da família, da sociedade e do Estado, tanto em áreas específicas que o nosso direito tem vindo a identificar como [...] na globalidade do seu ser e com vista ao seu desenvolvimento integral” - cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 168-9. Simplesmente, se a especial vulnerabilidade das crianças pode determinar um recrudescimento da tutela que é dirigida ao ser humano, não menos certo é que os seus direitos de personalidade podem ser confrontados com limitações específicas (cf. p. 171).

¹¹Cf. o art. 1878º, 2, CC: “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. A este propósito, *vide*, igualmente: GUICHARD, Raul. Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, Porto, n. 6, 2005. Nas palavras do autor, “na medida da sua aptidão de discernimento, segundo a sua maturidade, haverá que ouvir - para utilizar a linguagem do Children Act inglês: *wishes, feelings, needs* - as requestas ou desejos, os sentimentos e as necessidades do menor. E há-de ele desempenhar, assim, um papel ativo, de envolvimento nas decisões que o afetem, atendendo-se ao seu desacordo, fazendo-o participar ou até chamando-o a tomar por si tais deliberações”. O autor fala de um **direito de interlocução** e de um **direito à participação na comunidade familiar**.

de violação de um desses direitos, a sua defesa em juízo só se poderá concretizar por intermédio dos representantes legais¹². Por outro lado, os menores podem não ter capacidade para consentir a limitação voluntária dos seus direitos de personalidade¹³. Em regra, serão os representantes legais a prestar o consentimento. Em determinadas situações, os menores podem ser chamados a consentir ao lado dos pais. Para tanto, é necessário que tenham maturidade suficiente para entender o alcance do seu ato¹⁴. Noutros casos, o próprio menor pode prestar o consentimento sem ter de ser acompanhado pelos pais¹⁵⁻¹⁶. Consoante entende a doutrina, os direitos de personalidade são exercidos, em princípio, pelo próprio menor

¹²SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 171.

¹³Esta limitação voluntária dos direitos de personalidade, por via do consentimento, não constitui, ela própria, um limite a esses mesmos direitos. Ao invés, traduz-se num meio de exercício do próprio direito. Esta ideia é corroborada por dois dados. Em primeiro lugar, o consentimento pode ser livremente revogado a todo o tempo. Em segundo lugar, o consentimento só é válido se respeitar os limites da ordem pública e dos bons costumes, o que quer dizer que os mesmos limites que decorrem do fundamento do direito de personalidade se tornam atuantes quando esteja em causa a sua restrição voluntária. Uma última nota para frisar que, por referência a certas situações, poderá não se denotar uma diferença significativa entre o mero exercício de um direito de personalidade e a limitação voluntária dele, por via do consentimento. Pense-se no paralelo entre os dois casos seguintes: “A” tira uma fotografia sua, que publica numa rede social; “B” autoriza “A” a tirar-lhe uma fotografia, para que seja publicada numa rede social. Não se pense, porém, que é indiferente a qualificação das diversas situações. *In fine*, há que referir que, em termos definitórios e consequenciais, o consentimento não se confunde com as situações de autocolocação em risco ou de heterocolocação em risco consentido. Sobre o ponto, por referência aos problemas patenteados ao nível da imputação objetiva no quadro da responsabilidade civil extracontratual, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncípiã, 2013, p. 1009-ss. e demais bibliografias aí citadas, e *infra* o que se dirá.

¹⁴Cf., no ordenamento jurídico austríaco, algumas normas que atribuem ao menor a decisão em determinados aspetos da sua vida pessoal, tendo em conta a sua maturidade, ou que exigem o concurso do seu consentimento ao lado do dos representantes legais. Assim, cf. § 146 “c)” e “d)”, ABGB (consentimento para tratamentos médicos), § 5 RelKEG (decisão sobre a religião, que pertence ao menor a partir dos 14 anos, devendo o mesmo ser ouvido desde os 10 anos) - cf. Raul Guichard (2005, p. 16), onde colhemos estas indicações.

¹⁵Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, policopiado, p. 14-ss., considerando que em relação aos múltiplos atos de exercício dos direitos de personalidade do menor basta apenas a mera capacidade natural de entender e de querer deste.

¹⁶No caso específico do consentimento para a realização de atos médicos, veja-se, *inter alia*, ABREU, Catarina Maria Pedro. **As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores**: o significado da *gillick competence* e a possível adoção da figura em Portugal. 2012. 47f. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal)-Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9511/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Catarina%20Abreu.pdf>. Tratando-se de intervenções médicas em benefício próprio, é necessário o consentimento do representante legal mais do ofendido menor, quando tenha condições de entender o alcance do seu ato. Se o menor recusar a intervenção e ela for feita no seu interesse, o médico não deve aceitar a recusa (deve chamar os pais a consentir ou pedir uma autorização em Tribunal). Os pais não podem recusar o tratamento em benefício do filho, porque não podem privar os filhos do direito à saúde. No caso de intervenções em benefício

através de atos jurídicos extranegociais afirmativos da sua personalidade, “dada a imediata ligação dos bens de personalidade à pessoa do seu titular [...]”¹⁷. Quando se questiona a eventual (in)capacidade do menor para o exercício dos seus direitos de personalidade, estamos a centrar-nos quer nas hipóteses de lesão de tais posições subjetivas, quer nas hipóteses de limitação voluntária dos referidos direitos. Ora, se é certo que o consentimento vinculante, ao implicar a disposição negocial de bens integrantes da personalidade, pressupõe a capacidade a que se refere o art. 123º, CC, as hipóteses de consentimento autorizante e tolerante ficam apartadas do mundo negocial. Não obstante, é possível chamar à colação a lição dispensada pelo art. 127º, CC. O preceito em questão consagra exceções à incapacidade de exercício de direitos do menor. Na verdade, embora este não tenha idoneidade para movimentar a sua esfera jurídica por ato próprio ou através de um representante voluntário (procurador), o legislador pátrio considerou que, em determinadas situações, se deveria reconhecer tal capacidade para atuar no tráfego jurídico. Em causa está uma ideia

alheio, dos representantes legais ou do Tribunal (art. 8º, Lei dos Transplantes), mas só em relação a órgãos regeneráveis, já que os menores estão expressamente proibidos de doar órgãos não regeneráveis (art. 6º). Quanto aos órgãos regeneráveis, admite-se o co-consentimento, caso o menor, ainda que de idade inferior a dezoito anos, tenha capacidade de discernimento e de manifestação de vontade.

¹⁷SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, policopiado, p. 16. Veja-se, ainda, na mesma obra a nota 12: “O exercício dos direitos de personalidade, dada a sua absolutez e eficácia *erga omnes*, processa-se normalmente através de atos materiais ou atos jurídicos, sem caráter negocial. Aliás, o exercício normal, direto e imediato da generalidade dos direitos de personalidade reveste caráter pessoal, cabendo por isso aos menores não podendo tais direitos ser diretamente exercidos pelo representante legal, sem prejuízo da legitimidade deste em matéria de reação de reação a ofensa ou ameaça de ofensa de tais direitos”. A este propósito, veja-se, ainda, MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 57-ss. Afirma a autora que a clareza da separação entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício se perde quando se entra no domínio dos direitos de natureza puramente pessoal. Nas suas palavras, “quando estão em causa direitos que mais não são do que manifestações da própria personalidade, não tem qualquer sentido útil o reconhecimento da idoneidade para a sua titularidade (capacidade jurídica) desacompanhada do reconhecimento da aptidão para os exercitar (capacidade de agir)”. Cremos, porém, que a autora não terá tido em conta a diferença entre a possibilidade de desfrutar do objeto do direito, no caso, a sua personalidade (sendo reconhecido como um ser de uma ineliminável dignidade, nas suas diversas dimensões), e a possibilidade de, por meio do direito, interagir com terceiros, ou porque interferem ilicitamente com o direito, ou porque pretendem limitá-lo em face desses ou outros terceiros. Se a primeira dimensão é incindível da pessoalidade do eu, já as outras duas dimensões podem ser exercidas por intermédio dos representantes legais. V., contudo, o que fica inscrito *infra* (nota 41). Cf., ainda, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 188-ss., considerando que a incapacidade de exercício contida no art. 123º se aplica também aos atos de natureza pessoal; e MARTINS (2007, p. 103-ss.), considerando inadequada a ideia de incapacidade geral de agir por menoridade no plano dos atos pessoais. Na obra da autora, cf., ainda, p. 121-ss., onde fala do critério da capacidade de discernimento proposto por alguns autores como critério de capacidade para agir a esfera de direitos estritamente pessoais e que conduziria ao reconhecimento de uma completa e ilimitada capacidade de agir. Rosa Martins, por seu turno, defende um modelo de escalões de capacidade de harmonia com as fases do desenvolvimento do ser humano, durante o período da menoridade (MARTINS, 2007, p. 123).

de progressiva autonomização do menor, optando-se, desta feita, por um modelo gradualista em que o menor, à medida que vai amadurecendo, passa a poder celebrar validamente certos negócios. Ora, embora afastando-nos do domínio patrimonial, podemos considerar que a mesma ideia de progressiva autonomia do menor determinará que se dispense a solução pensada pelo legislador para o mundo negocial aos problemas patenteados pela limitação voluntária dos direitos de personalidade¹⁸. No fundo, o confronto analógico entre os âmbitos de relevância hipotética da norma e concreta do caso mostra-nos que o caso se deve compreender:

[...] de um modo restrito, como uma modalidade restrita ou uma especificação, relativamente à relevância material típica da norma, já que, não satisfazendo aquela primeira relevância material todos os elementos que caracterizam esta segunda [...], nem por isso a relevância material do caso jurídico deixa de realizar na sua relevância o material núcleo de relevância fundamentalmente justificativo (porque correlativo) do sentido problemático-normativo da norma [...].¹⁹

O que ficou dito mostra que a limitação voluntária dos direitos de personalidade dos menores deve respeitar, tanto quanto possível, a autonomia própria do menor²⁰⁻²¹.

¹⁸Neste sentido, cf. OLIVEIRA, Guilherme de. O acesso dos menores aos cuidados de saúde. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 132, n. 3.898, 1999, p. 19, considerando que a disciplina do art. 127º, 1, “b)”, CC, é aplicável por analogia aos atos de natureza pessoal de pequeno relevo, como por exemplo atos de assistência médica que estejam ao alcance da sua capacidade natural.

¹⁹Cf. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 178. Note-se que, estando em causa uma norma excecional, se poderia duvidar da possibilidade interpretativa a que nos referimos em texto. Na verdade, entendia-se tradicionalmente, à luz do disposto no art. 11º CC, que as normas excecionais não são suscetíveis de aplicação analógica. Simplesmente, tal entendimento corresponde a uma visão aproblemática do problema da realização do direito. As modernas correntes metodológicas mostram que, porque a interpretação de uma norma só é possível no confronto com o caso concreto, ela apresenta sempre um cariz analógico, que, aliás, perpassa todo o esquema metódico. Quer isto dizer que a proibição do art. 11º CC é metodologicamente irrealizável. Acresce que esta é uma matéria para a qual o legislador não tem competência. Por outro lado, há boas razões que determinam o afastamento desta visão do problema. Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. NEVES, 1993, p. 183-ss.

²⁰Cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria geral do direito civil*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 16, nota 19, considerando que o dever de obediência aos pais não é absoluto, nem ilimitado, tendo como limites “a ilicitude ou imoralidade do comportamento exigido e se reporta aos específicos poderes-deveres que os pais detêm no exercício do poder paternal [...]”. Pelo que, face ainda ao direito à intimidade da vida privada e ao direito de autonomia dos filhos na organização da sua própria vida, em função da respetiva maturidade, os adolescentes e até os púberes terão, em princípio, um direito à inviolabilidade da sua correspondência amorosa, mesmo face aos respetivos pais”.

²¹Sobre o ponto, cf. GUICHARD, 2005, p. 12, considerando que as normas gerais sobre a incapacidade não se adequam aos atos dos menores de natureza pessoal, e que “a respetiva extensão e adequação devem ser porém repensadas, alargando prudentemente o espaço de autonomia assegurado”.

O que se diz em geral é perfeitamente compatível com o problema em sede de direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua relação com a prática desportiva. Este é exercido pelo menor, porque incindível do seu ser. Eventualmente, poder-se-ão detetar limitações a este direito por força do dever de obediência em relação aos pais. Por outro lado, quando o exercício do direito implique a celebração de um contrato, embora os menores possam ser chamados a agir autonomamente, devem ser acompanhados, nesse exercício, pelos seus progenitores ou, pelo menos, da não oposição daqueles²². Parece, assim, haver um afastamento em relação à regra em matéria de capacidade negocial.

A este propósito importa considerar um dado de particular melindre no seio da regulamentação desportiva. Na verdade, o art. 19º da **FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players** (2018) determina que as transferências internacionais apenas podem ter lugar em relação a jogadores com idade superior a 18 anos. O n. 2 do preceito abre a porta a exceções: a) se os pais do jogador forem viver no país onde o clube para o qual o jogador se vai transferir está localizado, por razões que não estejam ligadas ao futebol; b) a transferência tenha lugar no território da União Europeia ou da Área Económica Europeia, o jogador tenha uma idade compreendida entre os 16 e os 18 anos e o clube cumpra diversos requisitos (garanta ao jogador uma educação futebolística adequada em linha com os mais elevados padrões nacionais; garanta ao jogador uma educação académica ou vocacional em complemento da sua formação ou treino futebolístico, de modo a permitir ao jogador seguir uma carreira diferente do futebol, caso ele abandone a modalidade; garanta as melhores condições de vida ao jogador; faça prova, no momento da inscrição do jogador, que cumpriu as referidas obrigações); c) o jogador não viva a mais do que 50Km da fronteira e o clube para o qual o jogador se pretende transferir esteja também a 50Km da fronteira, de modo a que a distância máxima entre o domicílio do jogador e a sede do clube seja de 100Km.

São evidentes as questões que a partir daqui se podem suscitar: fará sentido o paternalismo da regulamentação da Fifa, quando o detentor das responsabilidades parentais (e representante legal do menor) dê o seu consentimento para a transferência? Importa, aliás, não esquecer que são os pais quem têm a prerrogativa de definição da educação que querem dar aos filhos.

Não poderemos, em alguns casos, estar diante de uma limitação não justificada por interesses superiores do próprio menor ao seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, até porque a lei já estabelece limites suficientemente firmes para a salvaguarda do menor, em termos de capacidade?

²²A regra no mundo contratual é, porém, a da representação legal, e não a assistência.

Acresce que, dependendo das especificidades do caso concreto, podemos ainda enfrentar, em face do impedimento de transferência, situações de violação do princípio da igualdade (*v. g.* a situação em que o menor, filho de pessoas com abundantes rendimentos que decidem viver noutra país para proporcionar a educação desportiva do filho em comparação com aquela outra situação em que os pais emigram e o menor acompanha-os para o país onde se localiza o clube para o qual se quer transferir), que chocam com os princípios fundamentais do direito e do direito internacional.

É certo que a intencionalidade da norma se parece guiar pelo interesse do menor, evitando esquemas de aproveitamento de jovens, mas para lhes fazer face talvez não seja necessária uma proibição genérica, embora maleabilizada com exceções, antes se contornando tais situações com recurso às regras próprias dos negócios jurídicos e das invalidades que os acompanham²³, tanto mais que a proibição genérica acaba por chocar com princípios fundamentais do ordenamento.

3.2 Outros direitos de personalidade

A prática desportiva pelo menor pode gerar, ainda, problemas ao nível de outros direitos de personalidade. Na verdade, embora a prática desportiva em si mesma não envolva necessariamente lesões da integridade física, é bom não esquecer que elas podem ocorrer.

Ora, operando o consentimento do lesado como expediente de limitação voluntária dos direitos de personalidade, valem aqui as considerações pretéritas. Designadamente, vale por boa a doutrina segundo a qual quem deve prestar esse consentimento são os representantes legais, exceto nas situações em que o menor, atenta a sua maturidade e a capacidade natural para entender o alcance do seu ato, esteja em condições de o fazer, ainda que acompanhado pelos pais.

Contudo, nem sempre se poderá falar a este nível de um verdadeiro e próprio consentimento. Em muitas situações, o jurista lidará, apenas, com o que se designa por assunção do risco ou autocolocação em risco.

As noções de autocolocação em risco e de heterocolocação em risco têm suscitado dúvidas entre os autores²⁴. Tornadas célebres pela

²³Há já notícia de uma demanda judicial, envolvendo um menor de 16 anos e a Fifa, a propósito de uma transferência para um clube espanhol.

²⁴Cf. STOLL, Hans. *Handeln auf eigene Gefahr*. Tübingen: Mohr, 1961; BRÜGGEMEIER, Gert. *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*. Berlin: Springer, New York: Heidelberg, 2006, p. 590-ss., referindo-se às situações em que o lesado, pela sua própria negligência - *mitverschulden* - ou através de um perigo que controla - *mitgefährdung* -, participa na lesão ou amplia danos que são imputáveis, e aproximando-as da chamada conduta em seu próprio risco (*Handeln auf eigene Gefahr*), para as quais olha como “uma forma invertida de

doutrina penalista, relevaram sobretudo para esclarecer em que medida houve ou não, atento o âmbito dele, preenchimento do tipo legal. Razão bastante para não serem amplamente sistematizadas ao nível civilístico e para, quando o são, darem origem a discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais de que importa dar conta. Originariamente, a sua transposição para o quadro da responsabilidade civil operou-se por via da recondução das figuras para o consentimento do lesado, numa orientação jurisprudencial que haveria de receber o repúdio posterior de autores como Larenz²⁵.

responsabilidade objetiva”, por não ser “contestada a decisão individual e racional de se assumir ou não um risco”, embora se deva aí ter particular atenção à posição dos incapazes; DEUTSCH. Die Mitspielerverletzung im Sport. **Versicherungsrecht**, 1974, p. 1054-ss.; ID. **Allgemeines Haftungsrecht**, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl. Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Köln, 1996, p. 375 (considerando que a figura pode ser convocada em três grandes grupos: a) participação em viagens; b) eventos perigosos; c) intromissão em propriedade ou instalações alheias. Para uma análise do *Handeln auf eigene Gefahr* no âmbito da prática desportiva, cf. p. 377-ss.; no âmbito da responsabilidade médica, p. 379. Note-se que o autor propõe a ponderação da analogia com o § 254 BGB, invocando para o efeito a alteração do princípio *Alles-oder Nichts*. Sublinhe-se, ainda, a comparação com o consentimento do lesado - p. 375); ZIMMERMANN. Verletzungserfolg, Spielregeln und allgemeines Sportrisiko. **Versicherungsrecht**, 1980, p. 497-ss.; LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz**. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 642-ss., realçando a diferença que separa a *Handeln auf eigene Gefahr* (ação em seu próprio risco) e a *schuldhafte Selbstgefährdung* (autocolocação culposa em risco) e mostrando que a segunda designação é preferível, ao mesmo tempo que indaga se, por via do *Selbstgefährdung*, se exclui a ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) ou a culpa; DUNZ. Reiter wider Pferd oder Versuch einer Ehrenrettung des Handelns auf eigene Gefahr. **Juristenzeitung**, 1987, p. 63-ss.; TEICHMANN. § 823 BGB und die Verletzung eines anderen im Sport. **Juristische Arbeitsblätter**, 79, p. 293-ss.; MESSER, Herbert. Haftungseinheit und Mitverschulden. **Juristenzeitung**, 34, Heft 11/12, 1979, p. 385-ss. Não se deve confundir a invocação do critério do comportamento no seu próprio risco (*Handeln auf eigene Gefahr*) com a tentativa de explicação de casos de responsabilidade independente de culpa. Cf., a este propósito, COELHO, José Gabriel Pinto. **A responsabilidade civil baseada no conceito da culpa**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 99-ss., em análise do pensamento de Unger, que o erige em fundamento da responsabilidade por um dano causado diretamente por uma pessoa a outra, praticando em relação a esta um ato lícito, da responsabilidade por danos causados por uma pessoa indiretamente a terceiro mediante um ato lícito e da responsabilidade pelos danos causados a um terceiro por uma pessoa que atua no interesse de outra - cf., na obra do jurista português, p. 100. Pinto Coelho evidencia que o critério não explica os danos causados por omissão, nem todos os outros casos em que não se realize uma atividade. Acresce que o critério se confunde com o elemento subjetivo da culpa, uma vez que “proceder arriscadamente ou com perigo não é muito diferente de proceder imprudentemente” (p. 102). De Unger, cf. **Handeln auf eigene Gefahr**: ein Beitrag zur Lehre von Schadensersatz, 3. unveränderte Auflage. Jena: Gustav Fischer Verlag, 1904.

²⁵Cf. LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts I. Allgemeiner Teil**. 14 Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1987, p. 467-ss. Dando conta disso mesmo, v. LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz**. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 641. Cf., também, DEUTSCH. **Allgemeines Haftungsrecht**. 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl. Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Köln, 1996, p. 375. A este propósito, veja-se, ainda, QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. **Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 2010, p. 491-ss. Falando do efeito da vontade na responsabilidade extracontratual, no quadro do que fala do problema da *faute* da vítima, o autor afirma que a aceitação dos riscos e a *faute* da vítima se distinguem por via da noção de causalidade. É que, em rigor, a aceitação dos riscos não constitui uma explicação do prejuízo, ideia central na teoria da causalidade do autor, pelo que se afigura impossível que, através dela, se possa operar a total liberação da responsabilidade por parte do responsável. Numa outra perspetiva, que ali encontramos, a aceitação do risco

Tal ambivalência doutrinal, associada a uma nem sempre clara eficácia das figuras²⁶, arrasta consigo a questão de saber se a operacionalidade delas se derrama em sede de culpa ou de ilicitude²⁷. Estamos em crer que é por via da imputação que deve ser pensado o problema: não é a culpa que surge diminuída por intermédio da atuação do lesado; não é a ilicitude, polarizada no resultado, que se apaga; mas o nexos de imputação ou nexos de responsabilidade, que permite reconduzir aquele resultado lesivo - em que se consubstancia o juízo de desconformidade com o ordenamento jurídico - ao comportamento do lesante, que se exclui. Sendo a atuação de cada um dos sujeitos intervenientes livre, é uma esfera de responsabilidade - sem a qual a autonomia não vai pensada - que é exercitada, sendo mister descobrir, no confronto entre as duas, qual funciona como polo de atração do evento danoso sobrevindo. Para tanto, entram em jogo os deveres conformadores da liberdade positivamente alicerçada - os deveres do tráfego - para, na análise deles em face das circunstâncias do caso concreto, percebermos qual o seu âmbito e finalidade. Ou seja, quando pudermos reconhecer na conduta do lesado um comportamento livre, há que, em simultâneo, determinar se os deveres do tráfego que preenchem a esfera de responsabilidade do lesante se estendem à obliteração da lesão verificada e, concomitantemente, se os deveres que sobre o lesado impendem para proteção da sua própria esfera foram ou não postergados²⁸.

pelo lesado seria apenas uma ocasião do dano. Para Quézel-Ambrunaz, o problema estabelece pontes de analogia com as cláusulas de limitação da responsabilidade no plano contratual. Para ele, "a vítima, ao aceitar os riscos de uma atividade, admite que o risco que se realiza seja entendido como a consequência da sua participação naquela atividade, e não como aquela do facto do criador do risco". Em causa estaria a possibilidade de influenciar, pela vontade, a determinação das causas do prejuízo, designadamente pela aceitação de um risco. Nesta medida, aduz o autor que a aceitação dos riscos só pode relevar em casos de surgimento de um evento incerto aquando da sua realização. Os mecanismos em apreço não são chamados a depor em caso de *faute* ou quando o atentado à vítima é voluntário (o dolo surgiria, pois, como limite de operacionalidade do expediente). Sublinhe-se, *in fine*, que o discurso do jurista se integra no âmbito do problema da determinação do *quantum* da reparação.

²⁶Debate-se, na verdade, sob formulações não coincidentes, se a invocação delas determina a exclusão da responsabilidade do lesante ou dá origem à redução da indemnização, de acordo com a contribuição daquele e do lesado.

²⁷Cf., uma vez mais, LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz**. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 643.

²⁸Sobre o ponto, cf. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. **Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables**. Granada: Comares, 2008, p. 211-ss. Vejam-se, ainda, os exemplos apresentados pelo autor a p. 40-ss. Tratando do problema da **cooperação na autocolocação em perigo dolosa**, Montijano aborda alguns casos: "A" aconselha "B" a atravessar um lago coberto de gelo quebradiço e "B" morre, questionando-se se "A" pode ser responsabilizado; "A" encontra-se em perigo e "B" vai salvá-lo, enfrentando, com isso, o perigo. Note-se como, sob uma epígrafe comum, se acolhem hipóteses eivadas de uma intencionalidade problemática diversa. Sobretudo importa frisar que teríamos aqui de lidar com a cisão por nós traçada em texto, que visa determinar em que medida o comportamento do lesado se pode considerar livre. Oportunidade, ainda, para nos falar da **colocação em perigo alheia consentida**, alertando para o facto de a doutrina maioritária procurar a solução do problema no quadro do consentimento do lesado, o que não deixa de concitar dúvidas, porque quem consente no perigo não consente

O que assim fica dito pressupõe um dado entendimento acerca da questão da causalidade, que não podemos desenvolver pormenorizadamente a este ensejo²⁹. Parece-nos, contudo, essencial aflorar as suas linhas básicas de inteligibilidade.

Tradicionalmente, o nexos de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado. Não obstante, os autores acabam por evidenciar - de forma mais ou menos clara - que este liame era chamado a cumprir uma dupla função: ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização. Fruto da boa influência sofrida de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir, mais recentemente, dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexos de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido³⁰; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico. Distinguem, aí, os autores a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*³¹.

no resultado, fazendo este parte integrante da ilicitude. V. p. 45, onde o autor relata o exemplo do contágio com o vírus do HIV: há responsabilidade quando o infetado não alerta o seu parceiro sexual; deixa de se imputar o resultado àquele se o último tem pleno conhecimento do risco e o aceita. Sublinhe-se, então, para além de uma primeira aproximação a certos conceitos, que para a contemplação deles, o autor procura saber em que medida a atuação do lesado foi ou não livre, mostrando-nos, assim, a íntima relação entre a autocolocação em risco e a titularidade de uma esfera de responsabilidade.

²⁹Para outros desenvolvimentos, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexos de causalidade ao nexos de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncipia, 2013, e **Responsabilidade civil extracontratual**: novas perspetivas em matéria de nexos de causalidade. Parede: Príncipia, 2014.

³⁰Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspetiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

³¹Sobre o ponto, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexos de causalidade ao nexos de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncipia, 2013. Cf. TRAEGER. **Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht**. Malburg: Elwert, 1904, p. 219; ESSER; SCHMIDT. **Schuldrecht I Allgemeiner Teil. Teilband 1**. 8. Aufl. 1995, p. 210 (cf. também p. 521, afirmando que o nexos de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ. **Lehrbuch**. I, p. 432; ENNECCERUS; LEHMANN. **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse**. 15. Aufl. Tübingen: Mohr, 1958, p. 60; MAGNUS, Ulrich. Causation in german tort law. Unification of Tort Law: causation. In: SPIER, J. (Ed.). **Principles of European Tort Law**. V. 4. London: European Centre of Tort and Insurance Law, Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 63; BRÜGGEMEIER, Gert. **Haftungsrecht**, p. 545-ss.; FIKENTSCHER. **Schuldrecht**. 9. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, 1997, p. 290-292 (cf., também, FIKENTSCHER; HEINEMANN. **Schuldrecht**. 10. Aufl. Berlin: De Gruyter, 2006, p. 299-ss.); DEUTSCH, Erwin.

Em segundo lugar, a causalidade deixa de poder ser pensada em termos naturalísticos, ainda que normativizados, para ter de ser compreendida à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. Isto significa que, verdadeiramente, o que nos importa não é uma ideia de ligação causa-efeito, mas uma ideia de imputação para a compreensão da qual se tem de convocar o sentido ético-axiológico do direito, assente na pessoa livre e responsável.

Allgemeines Haftungsrecht. 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl. Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Köln, 1996, p. 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz.** 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 77-ss.; LÖWE, Hennig. **Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine.** Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl, Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Peter Lang. Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, 1999/2000, p. 106, 115, 230-ss.; STOLL, Hans. **Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage.** Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 392-ss.; Cees Van DAM. **European Tort Law**, p. 270-ss.; WINIGER, B.; KOZIOL, H.; KOCH, B. A.; ZIMMERMANN, R. (Ed.). **Digest of European Tort Law.** V. 1. Essential Cases on Natural Causation. Wien, New York: Springer, 2007, p. 7, 593-ss.; KRAMER. Schutzgesetze und adäquate Kausalität. **Juristenzeitung**, 31, Heft 11/12, 1976, p. 338-ss., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER. **Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang.** München: Beck, 1977, p. 101-ss.; LINDENMAIER, Fritz. Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverkehrsbedingungen. **Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht**, Hundertdreizehnter Band (113), 1950, p. 207-ss., em especial p. 214-ss. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); HUBER, Ulrich. Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968. **Juristenzeitung**, 21, 1969, p. 678; CHRISTANDL, Gregor. BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken). Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco. **Persona e Danno** (www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx); KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. **Deliktsrecht.** 11. neu bearbeitete Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2010, p. 59; FORST, Stephan Philipp. **Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität.** Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung. München, 2000, p. 25-26. No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, FRADA, Carneiro da. Contrato e deveres de protecção. **Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1994, p. 337; Teoria da confiança e responsabilidade civil. Lisboa-Porto: Almedina, 2003, p. 304, e **Direito Civil/Responsabilidade civil: o método do caso.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 100; PROENÇA, Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual.** Coimbra: Almedina, 1997, p. 429-430; GONÇALVES, Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**, XII. Coimbra, 1929, p. 441; FARIA, Ribeiro de. **Direito das obrigações.** V. I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 507, reimpressão; CUNHA, Pitta e. **Omissão e dever de agir em direito civil.** Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão. Coimbra: Almedina, 1999, p. 50; SILVA, Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar.** Lisboa, 1944, p. 65-ss.; OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 67, n. 157 (não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela); ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 143, n. 426 (em sentido crítico); e, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.** V. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 640-ss., 924-ss., nota 1834. Considerando

Na construção de um modelo que responda a estas exigências e faça face às aporias em que nos enredamos quando tentamos resolver o problema causal através das doutrinas tradicionais (*conditio sine qua non*, causalidade adequada ou finalidade da norma), assumimos uma perspectiva diversa. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica, o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa **esfera de risco que se assume**. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o eu, componente da sua individualidade, e o **tu**, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a **esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros** que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a **esfera de risco geral da vida**. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa

que a formulação rigorosa dela suscita problemas, a que não é imune a própria relevância da cisão (v. p. 924-925), vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para Paulo Mota Pinto, a quem devemos, aliás, importantes referências bibliográficas na matéria, a “distinção não é uma determinação da natureza das coisas, mas deve ser adotada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos” (p. 927). E deve sê-lo, porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença que separa a previsão do art. 563º - referente à causalidade preenchedora da responsabilidade - da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no art. 483º (cf. p. 928-ss. e n. 2605). Cf., ainda, p. 640, n. 1834.

atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de se verificar a **assunção de uma esfera de risco**, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (**impossibilidade do dano**), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de **aumento do risco**.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (**não criação do risco**), quando haja **diminuição do risco** e quando ocorra um **facto fortuito ou de força maior**. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao **comportamento lícito alternativo**. Em termos

práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indenizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de proteção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições, ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexos de ilicitude que se começava a desenharem com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjetivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que - embora perspetivado na ótica do resultado - o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexos de imputação que estamos a erigir.

Adequadamente compreendida a ação, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexos de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o

carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar a relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do comportamento para a emergência do dano.

Pressuposta que seja a finalidade primacial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir a invocação do comportamento conforme ao direito como expediente de exclusão da imputação que se traça. A este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conexas funcionalmente com a esfera de responsabilidade atualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta. A dificuldade passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar. O julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efetiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de **controlabilidade** do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, excepcionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efetivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspetiva

que as funde no conceito de causalidade. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

Contemplando, *prima facie*, a **esfera de risco geral da vida**, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos - indiferenciadamente - estão expostos?

O confronto com a **esfera de risco titulada pelo lesado** impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirmasse, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar, nestes casos, em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico - mormente o pensamento jurídico transfronteiriço - tenha gizado como critério

guia do decidente o critério da provocação. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido, de que lançamos mão para a compreensão do problema concreto decidido no acórdão em comentário.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda **esfera de risco**, concorrente com aquela, vir **encabeçada por um terceiro**. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento à conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro - independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais - torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito - deveres de evitar o resultado - pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

Compreendida a categoria da autocolocação em risco sob o prisma da imputação, importa sublinhar que, do ponto de vista do direito positivo, este aspeto específico do modelo por nós cogitado recebe

acolhimento ao nível do art. 570º, CC. Na verdade, este preceito não deve ser entendido, segundo a melhor doutrina, em termos de culpa - até pela dificuldade de se falar de culpa em relação a si mesmo - ou em termos de causalidade estrita (sob pena de se tornar incongruente a solução por si consagrada, já que a conduta do lesado ou interromperia ou não o nexo etiológico conducente ao dano, não fazendo sentido falar-se de uma diminuição da indemnização, como consequência daquele comportamento). Pelo contrário, deve ser compreendido à luz de uma ideia de imputação. Por outro lado, se assim é, e tendo em conta a diferença traçada entre o primeiro dano (dano evento ou lesão do direito/interesse, consoante a modalidade de ilicitude concretamente em causa) e o dano subsequente (dano consequência), haveremos de considerar que a conduta "culposa" do lesado releva não só quando em causa esteja o agravamento dos prejuízos sofridos, mas também a potenciação da lesão do direito. Acresce que, embora a solução pensável no quadro da responsabilidade extracontratual - quando concorram várias esferas de risco para a produção do dano - seja a solidariedade obrigacional, estando em causa um concurso entre a conduta do lesado (entendida em termos amplos) e a culpa do lesado, operar-se-á, por via legal, de imediato uma compensação (entendida em termos não técnico-jurídicos), que determinará a possível diminuição da responsabilidade, como alternativa à sua exclusão.

Quer isto dizer que, se adequadamente virmos no comportamento do desportista um caso de autocolocação em risco, a responsabilidade não fica automaticamente excluída. A solução pode ser a sua exclusão ou diminuição, consoante as circunstâncias do caso e o cotejo comparativo da esfera de risco que o lesado assume no confronto com a esfera de risco do lesante.

Já não será assim no caso de consentimento do lesado. Parece ser uma exigência ineludável do direito não considerar desvalioso o comportamento do sujeito que obtém o consentimento deste para agir. Se é certo que nem todas as causas de exclusão da ilicitude podem ser compreendidas neste sentido³², reconduzindo-se algumas a um sentido de imputação que se perde ou se atenua, o consentimento parece reconduzir-se à magna ideia de autorização para agir, não se confundindo com as hipóteses de autocolocação em risco.

Nessa medida, poderá não ser a mesma a solução se, perante um determinado tipo de desporto, se concluir que o lesado efetivamente prefigurou a lesão e aceitou a sua ocorrência. Esta tem sido, aliás, a posição

³²De forma sistemática, podemos dizer que, em geral, se encontram três possíveis fundamentos para as causas de justificação. Assim: 1) excluem o nexo de ilicitude que em concreto se deve erigir, pela transferência do risco para uma esfera diversa da do agente imediato; 2) coenvolvem uma tolerância do ordenamento jurídico; 3) conferem uma verdadeira autorização do ordenamento para agir.

doutrinal e jurisprudencial na matéria, ao cindir o futebol de outras práticas desportivas, como o boxe ou os desportos radicais e motorizados.

Nesse caso, haveria, contudo, de determinar - também consoante as especificidades da situação *sub iudice* - se tal consentimento deveria ou não ser considerado válido.

No tocante aos menores, haveria, portanto, de estabelecer algumas distinções. Estas parecem acompanhar a classificação das modalidades desportivas em causa e as diferenças entre os desportos “lado-a-lado”, os desportos “atletas-contra-atleta” e os desportos “uns-contra-os-outros”³³.

Em primeiro lugar, somos confrontados com os desportos que, pela sua natureza, têm como objetivo a agressão a um adversário, como é o caso do boxe, do *karaté*, do judô, entre outros. Nestas hipóteses, tem entendido a doutrina que deve ser chamado a depor o consentimento do ofendido. Ora, no caso dos menores, este consentimento há-de ser prestado pelos representantes legais, pese embora os menores possam ser chamados a depor na matéria, atendendo ao seu grau de maturidade. Atingida uma determinada capacidade natural para entender o alcance do ato que praticam, devem-se inverter os dados do problema, chamando-se o menor a prestar o consentimento, embora acompanhado pelos pais. Parece ser essa, aliás, a solução que melhor se harmoniza com o problema da capacidade negocial, já que, de outro modo, se criaria uma evidente contradição no sistema. A questão que se coloca é a de saber se, tratando-se de um desporto particularmente violento, tal consentimento pode ser prestado. A invocação das responsabilidades parentais para suprir a incapacidade da criança ou jovem a este nível deve ser balizada pela função pela qual o poder funcional é atribuído. Ou seja, a atuação dos progenitores há-de ter sempre como critério o interesse do menor. Na verdade, nos termos do art. 1877º CC, os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação, competindo então aos pais velar pela sua segurança e saúde, prover pelo seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los ainda que nascituros e administrar os seus bens (art. 1878º, 1, CC). Em causa está, portanto, o exercício, por parte dos pais, de um poder-dever ou poder funcional (direito funcional). Independentemente do debate em torno da natureza da figura, dividindo-se os autores entre aqueles que consideram estarmos diante

³³Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. As lesões corporais (e a morte) no desporto. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 680-ss. Nos desportos “lado-a-lado”, o contacto físico entre os atletas não tem de existir; nos desportos “atleta-contra-atleta”, o desportista visa derrotar o seu adversário por meio de contacto físico com ele, do qual podem resultar lesões; nos desportos “uns-contra-os-outros”, o desporto não se desenrola através da agressão ao adversário, mas o contacto físico acaba por ser inevitável.

de verdadeiros direitos subjetivos e aqueles que consideram que não se integram na categoria em sentido amplo³⁴, o certo é que os poderes a que aludimos não são de exercício livre, num duplo sentido: por um lado, os pais não podem deixar de cumprir o seu poder paternal; por outro lado, o exercício deste é funcionalizado pelo interesse do menor³⁵. Quer isto dizer que, no momento em que prestam, em representação dos filhos, o consentimento para a limitação voluntária dos direitos de personalidade dos menores, os pais devem orientar-se pelo interesse destes e não pelo seu próprio interesse³⁶. Por outro lado, para além dos limites específicos do consentimento do ofendido, há que recordar que, porque os pais devem velar pela segurança dos seus filhos e porque consentem em relação a um ato não próprio, pode haver situações em que a referida forma de limitação do direito à integridade física possa não ser possível.

Em segundo lugar, haveremos de contemplar os desportos que, sendo qualificados lado a lado ou uns contra os outros, não envolvem necessariamente uma lesão, embora pressuponham o risco dela. É por referência a estes que a doutrina tem falado de autocolocação em risco. Não estando em causa a limitação do direito do menor, nem sequer a exclusão prévia da ilicitude da conduta do agente, em caso de lesão do bem jurídico, não se coloca a questão de saber se estamos ou não diante de um comportamento legítimo. Haveremos, sim, de ponderar em que

³⁴Cf., no primeiro sentido, CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral da relação jurídica**. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do segundo ano do curso jurídico de 1980/81. Coimbra: Centelha, 1981, p. 39-ss., e SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 185; e, no segundo sentido, PINTO, C. A. da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 179.

³⁵Cf., em termos normativos, o art. 1882º CC: “os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que elas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adoção”.

³⁶A este propósito, cf. MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 129-ss. A autora sustenta que, no campo dos direitos pessoais, a regra deve ser a da exclusão da representação legal: “esta afirmação não suscita grandes dúvidas quando reportada aos direitos estritamente pessoais tradicionais (v. g. o direito a casar, a reconhecer um filho natural), na medida em que é claro que não pode haver cisão entre a titularidade e o exercício de tais direitos. Existem, todavia, outros direitos pessoais [...] relativamente aos quais a doutrina tradicional admite a representação legal”. Rosa Martins nega tal possibilidade: “tais direitos não podem ser exercidos diretamente pelos pais em substituição do infante e do pré-adolescente, mas reclamam daqueles, como pessoas encarregadas do cuidado destes últimos, uma atuação que tenha por objeto a proteção e promoção dos direitos em causa, muitas vezes sob a forma de atos materiais, simples atos jurídicos ou mesmo negócios jurídicos que se consubstanciam em condições de exercício futuro desses mesmos direitos. A atuação dos pais no interesse do filho encontra o seu fundamento não no direito (estritamente pessoal) deste, mas sim no seu próprio direito-dever de cuidar da pessoa do filho, enquanto e na medida em que este não é capaz de o fazer por si mesmo ou, dito de outro modo, no direito-dever de o educar”. Ora, parece-nos que é também esse poder funcional dos pais que justifica que eles sejam, em primeira linha, os representantes legais dos filhos para a prática de atos de natureza patrimonial. Os arts. 1878º e 1881º CC, depõem nesse sentido. A exclusão contida no art. 1881º CC apenas se refere aos atos puramente pessoais (como, por exemplo, o casamento).

medida ela é ou não apta a afastar ou atenuar a imputação objetiva que se deve estabelecer sempre que emergja um caso de responsabilidade civil. A ponderação a que aludimos só pode ser levada a cabo em concreto. Um dado é, porém, incontornável: atentas as especificidades do desporto em questão e do menor em concreto, deve ser concretizado o dever dos pais de velarem pela segurança dos filhos. É este que determinará uma possível atenuação ou exclusão da responsabilidade. De todo o modo, o que podemos concluir é que a figura opera no quadro de efetivação de uma pretensão indemnizatória.

4 RESPONSABILIDADE DOS MENORES

Se o que ficou dito é bastante para perceber que a prática desportiva por um menor, autorizada pelos seus pais, pode ser de molde a comportar consequências em termos do funcionamento do sistema de responsabilidade civil, importa realçar que, se é certo que o menor pode ser lesado na sua integridade física durante o exercício físico que o desporto em causa envolve, não menos verdade é que o menor pode, também, provocar lesões em terceiros, sejam eles outros participantes na modalidade desportiva, sejam estranhos ao desporto em questão (espectadores, auxiliares, transeuntes etc.).

Não pretendemos, neste ponto expositivo, desenvolver o tópico. Importa, contudo, tecer algumas considerações, que não se dirigem, entendamo-lo, a escarpelizar os problemas referentes à responsabilidade no mundo desportivo, mas a traçar as linhas mestras de compreensão do papel que os menores podem ser chamados a desempenhar a este nível.

Numa hipótese de lesão perpetrada por um menor no âmbito da prática desportiva, haverá, em primeiro lugar, que indagar em que medida o menor é ou não imputável. Sendo-o, haverá responsabilidade, verificados os diversos pressupostos delituais; não o sendo, o menor não será responsável, podendo embora, por motivos de equidade, ser chamado a pagar uma indemnização, nos termos do art. 489º CC³⁷.

Aventa-se, ainda, a possibilidade de os próprios pais serem responsáveis pela lesão gerada pelo menor. O art. 491º CC, estabelece, segundo a doutrina tradicional, uma presunção de culpa³⁸ das pessoas

³⁷Sobre o ponto, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncipia, 2017, e demais bibliografias aí indicadas.

³⁸Pensamos que a interpretação do art. 491º CC, à semelhança do que acontece por referência aos arts. 492º e 493º CC, não nos pode conduzir à afirmação de uma mera presunção de culpa. Em causa estará, pelo contrário, a consagração, nestes preceitos, de um modelo próximo da *faute*. Neste sentido, cf. Mafalda Miranda Barbosa (2017). Sublinhe-se, porém, que, se é verdade que a presunção da violação de certos deveres faz desencadear, simultaneamente, a presunção de uma atuação contrária ao ordenamento jurídico, não parece que haja - no tocante ao art. 491º CC - autorização do direito positivo para se ir para além da violação de posições dotadas com eficácia *erga omnes*.

que, por lei ou negócio jurídico, sejam obrigadas a vigiar outras por virtude da incapacidade natural destas. Não se trata, portanto, de uma hipótese de responsabilidade objetiva. O preceito presume a culpa *in vigilando* dos sujeitos quando se verifique um dano. A presunção de culpa pode ser ilidida ou pela prova do cumprimento do dever de vigilância, ou pela prova de que os danos se teriam produzido de igual modo ainda que tal dever tivesse sido cumprido. Apesar de os autores invocarem a relevância da causa virtual a este propósito, cremos que o que verdadeiramente está em causa é uma ideia de âmbito do dever violado. A presunção de culpa recai sobre os que têm o dever vigiar aqueles que são naturalmente incapazes. Integram-se aqui os pais, os tutores e todos aqueles a quem, por contrato, seja incumbido tal dever (professores, diretores de estabelecimentos de ensino ou de estabelecimentos médicos de internamento). Essencial é que, por força do contrato, o dever de vigilância tenha sido efetivamente assumido por estes sujeitos³⁹.

Uma questão particularmente interessante é a de saber como deve ser entendida a expressão **naturalmente incapaz** contida na norma. Na verdade, coloca-se o problema de saber se o incapaz a que se refere o art. 491º CC, é o incapaz de exercício de direitos. Cremos que, estando em causa a prática de atos materiais, o jurista não terá de ficar atido a uma categoria técnico-jurídica que tem o seu âmbito de aplicação bem delimitado. Por outro lado, importa não esquecer que há menores que são imputáveis em termos delituais e que as conceções dominantes podem determinar que o dever de vigilância, por exemplo, dos pais em relação a filhos menores que atinjam uma determinada idade (*v. g.* dezasseis anos) se atenua ou esvazie. Pense-se na hipótese do filho menor que vai estudar para fora da cidade onde os pais vivem, ou de determinadas infrações cometidas em domínios onde os pais já não podem controlar a atuação dos filhos, que progressivamente se autonomizam. A resposta à questão passará, portanto, por saber em que medida existe o dever de vigilância e qual o seu âmbito, redundando, portanto, numa indagação imputacional. A este propósito, Maria Clara Sottomayor diz que:

À incapacidade natural nem sempre corresponde a inimputabilidade. O art. 491º, dada a sua fórmula geral, aplica-se [...] quer a menores imputáveis quer a menores inimputáveis. Basta, portanto, para fazer funcionar o regime do art. 491º, a prática, por parte do incapaz, de um facto antijurídico ou objetivamente contrário ao direito (ilícito), causador de danos a terceiro, não se exigindo a culpa daquele. A ser de outro modo, seriam precisamente os que mais carecem de vigilância (os inimputáveis) e que mais perigosos são

³⁹VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. **Código civil anotado**. V. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 337.

para os terceiros, aqueles em relação a cujos atos não funcionaria a presunção de culpa das pessoas obrigadas à vigilância de outrem. Quando se trata de um incapaz imputável, este e a pessoa obrigada a vigiá-lo respondem solidariamente, nos termos do art. 497º do CC. (SOTTOMAYOR, 1995, p. 408-409).⁴⁰

Acrescentaríamos, portanto, que não só a incapacidade natural não corresponde à inimputabilidade, como não corresponde à incapacidade de exercício.

Ora, se o problema patenteado pelo art. 491º CC, é, afinal, um problema imputacional, que tem a sua raiz na violação de um dever de vigilância, que se presume, então, nas hipóteses abstratamente consideradas de lesões perpetradas no quadro da prática desportiva, podemos não conseguir responsabilizar os representantes legais, mas, ao invés, responsabilizar o responsável pelo desenrolar do jogo, treinador ou clube no âmbito do qual o menor pratica uma determinada modalidade⁴¹.

REFERÊNCIAS

ABREU, Catarina Maria Pedro. **As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores**: o significado da *gillick competence* e a possível adoção da figura em Portugal. 2012. 47f. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal)-Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9511/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Catarina%20Abreu.pdf>.

AMADO, J. Leal. O andebol, o hóquei, o profissionalismo e o trabalho desportivo. **Questões Laborais**, Coimbra, ano VII, n. 15, 2000.

AMADO, J. Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as “indenizações de transferência”. **Questões Laborais**, Coimbra, ano V, n. 12, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa. As lesões corporais (e a morte) no desporto. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁴⁰No mesmo sentido, Antunes Varela, Pires de Lima (2010, p. 591).

⁴¹Particularmente interessante pode ser, também, uma reflexão séria em torno de aspetos atinentes à responsabilidade disciplinar. Na verdade, aplicando-se certas sanções disciplinares indistintamente a menores e a maiores, e a todos os menores, independentemente da sua imputabilidade ou não, haveria que se ponderar se tais soluções genéricas fazem sentido ou se os regulamentos desportivos deveriam, ou não, prever regimes sancionatórios especiais para os menores.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncípa, 2013.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncípa, 2017.

BRÜGGEMEIER, Gert. Haftungsrecht. **Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts**. Berlin: Springer, New York: Heidelberg, 2006.

COELHO, José Gabriel Pinto. **A responsabilidade civil baseada no conceito da culpa**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.

GUICHARD, R. Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, Porto, n. 6, 2005.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. V. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. **Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXI, 1995.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Policopiado.

STOLL, Hans. **Handeln auf eigene Gefahr**. Tübingen: Mohr, 1961.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.



Trabalho do Meio Científico

AS FACES DO TELETRABALHO E UMA ANÁLISE DO CONTROLE DE JORNADA À LUZ DA LEI N. 13.467/2017

THE FACES OF TELEWORKING AND AN ANALYSIS OF THE WORKING HOURS CONTROL ACCORDING TO THE LAW N. 13.467/2017

KITANISHI, Bruna Oliveira Sousa*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo o estudo sobre teletrabalho, sob o foco da jornada de trabalho. Inicialmente, a análise de tal instituto perpassará sobre os aspectos históricos, sociais e jurídicos e sobre as suas vantagens e desvantagens. Serão tecidas as visões de sociólogos, economistas e juristas a partir de terminologias como “tempo livre” e “escravidão”, permitindo ao leitor observar que não há um consenso sobre as repercussões dessa modalidade na vida do trabalhador. E frente a esse contexto, analisará a inclusão do inciso II no art. 62 pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Como recurso metodológico, utilizou-se da pesquisa bibliográfica em fontes tradicionais e eletrônicas, para demonstrar que o teletrabalho tanto pode se apresentar como um benefício ao trabalhador, como pode desencadear uma precarização e maior vulnerabilidade com abuso de jornadas extraordinárias.

Palavras-chave: Teletrabalho. Tempo livre. Escravidão. Reforma trabalhista.

Abstract: This article aims to study teleworking, under the focus of the working day. Initially, the analysis of such an institute will cover the historical, social and legal aspects and their advantages and disadvantages. The views of sociologists and jurists will be woven from terminologies such as “free time” and “slavery”, allowing the reader to observe that there is no consensus on the repercussions of this modality in the life of the worker. And against this context will analyze the inclusion of item II in article 62 by Law 13.467 of July 13, 2017. As a methodological resource,

*Aluna especial de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná.

it was used bibliographical research in traditional and electronic sources, to demonstrate that telework can both present itself as a benefit to the worker, as it can trigger a precariousness and greater vulnerability with abuse of extraordinary journeys.

Keywords: Telecommuting. Free time. Slavery. Labor reform.

1 INTRODUÇÃO

As incessantes inovações tecnológicas e econômicas, dentro do atual contexto global, provocam alterações nas formas de vida e trabalho, impondo um novo ritmo nas atividades humanas. Conseqüentemente esse desenvolvimento acelerado dos meios de comunicação, juntamente com uma maior exigência de qualificação dos trabalhadores, contribui para que o modelo tradicional de organização do trabalho, desenvolvido no capitalismo industrial dos Séculos XVIII e XIX, seja redefinido no tempo e no espaço, cedendo lugar para novos processos na organização e no desenvolvimento do trabalho em si.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros (2013, p. 258),

A inovação tecnológica subverte a relação de trabalho clássica, sendo responsável por novos tipos de atividade descentralizada, que reúnem informação e comunicação.

Dentre essas novas modalidades de execução do trabalho, temos o teletrabalho, que é definido como aquele realizado à distância, que seja em domicílio, em deslocamento ou simplesmente distante do ambiente físico da empresa, e que envolva a utilização das tecnologias de informação e comunicação (TICs) (RAMOS FILHO; NEVES, 2017, p. 42).

Esse tipo de modalidade tem sido uma tendência no Brasil. Segundo o censo do IBGE de 2010, no Brasil havia mais de 20 milhões de pessoas trabalhando em casa, e apesar de não ter dados específicos sobre o número de teletrabalhadores, sabe que significativa parcela desse contingente refere-se a esse grupo.

Estudo conduzido pela SAP Consultoria, com apoio institucional da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (Sobratt) e patrocínio, no ano de 2016, com 325 empresas de diferentes segmentos e portes, de diversas regiões do país, observou percentual de 68% de empresas praticantes de teletrabalho no Brasil¹. Nesse caminho, os órgãos

¹Disponível 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/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

públicos também têm aderido a esse tipo de trabalho, atualmente presente em suas mais diversas esferas.

Dessa forma, o que se pretende com este trabalho é abordar, a partir de uma ótica interdisciplinar, se essa modalidade de trabalho garante ao trabalhador o tão “**sonhado equilíbrio entre a vida pessoal e o trabalho**” ou pode se tornar uma “**nova forma de escravidão**”, principalmente quando se trata do tempo à disposição ao empregador. E diante dessa contextualização, com o advento da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, analisar se a regulação desse instituto permitiu a proteção do trabalhador, especificamente quanto à jornada do trabalho.

2 OS ASPECTOS HISTÓRICOS DO TELETRABALHO

As primeiras evidências da relação de subordinação à distância como forma de organização do trabalho são de 1857, com a Companhia de Estrada de Ferro Penn, em que Edgard Thompson, seu proprietário, implantou o gerenciamento de unidades remotas da companhia por meio de telégrafo, descentralizando as operações de gestão e comando e tornando-a, na época, um dos maiores empreendimentos do mundo e padrão para uso das inovações tecnológicas e de gestão (LUCENA, 2015).

Nos anos de 1970, Jack Nilles, considerado o pai do teletrabalho, em razão das viagens diárias ao trabalho, e buscando alternativas de combate à poluição ambiental, cria a ideia de não ir ao trabalho. Nilles divulgava essa modalidade de trabalho ressaltando seus benefícios, tais como a redução de deslocamentos de trabalhadores nas grandes cidades, a redução dos gastos com petróleo, a redução da poluição e de congestionamentos. De acordo com Alves (2008, p. 85), nessa época o teletrabalho tinha como foco o local de trabalho, longe do escritório e destinado a um grupo de homens a níveis gerenciais, vivendo longe dos centros urbanos.

Já na década de 1980, Alves (2008, p. 85) explica que o aspecto domiciliar foi o mais enfatizado, sendo apresentado como uma possível solução para as dificuldades familiares provocadas com a participação da mulher no mercado de trabalho, possibilitando assim uma combinação entre as responsabilidades profissionais e familiares/domésticas. Nessa mesma época, iniciam-se os estudos com a abordagem do teletrabalho como um benefício para empresas e trabalhadores, e pelo estímulo ao autoempreendedorismo, pois o teletrabalho era visto como potencialmente promissor para trabalhadores independentes com escritório em domicílio.

A partir de 1990, com a expansão das TICs e dos projetos de implementação do teletrabalho em vários países, este passa a ser compreendido a partir de duas concepções: como uma modalidade que contribui

para promover a autonomia e independência do trabalho e como uma garantia de maior qualidade de vida e equilíbrio entre a vida pessoal e o trabalho, devido, sobretudo, à flexibilidade na gestão do tempo e do espaço. Dessa maneira, o teletrabalho passa a ser visto como promotor de melhores relações familiares, modo como é visto até hoje em virtude dos discursos da mídia, dos gestores e das empresas (RAMOS FILHO; NEVES, 2017).

Assim, a partir dessa **nova morfologia** (ANTUNES; BRAGA, 2009, p. 9) é que se desenvolvem novas modalidades de trabalho no capitalismo contemporâneo, com mudanças organizacionais e novas tecnologias informacionais, que demandam um novo perfil de trabalhadores distinto do modelo fordista. Destacando-se aquelas relacionadas ao teletrabalho, que para alguns estudiosos seria como uma reedição do clássico trabalho em domicílio, com a utilização das tecnologias informacionais, vistas como aprisionadoras do trabalhador a uma tecnologia passível de controle durante 24 horas. Além de representarem uma forma de transmissão de custos para os trabalhadores, de precarização do emprego e desmobilização dos trabalhadores a partir da sua separação no espaço, com o surgimento de novas condições de exploração da força de trabalho no país (ALVES, 2008, p. 87).

3 TELETRABALHO: conceito e modalidades

A Organização Internacional do Trabalho normatizou o teletrabalho como espécie de gênero do “**teletrabalho à distância**”, encontra-se regido pela Convenção 177, de 1996, e pela Recomendação 184, não ratificadas pelo Brasil.

Em suma, a OIT definiu o teletrabalho como aquele executado em um local distante do escritório central ou instalação de produção, onde o trabalhador não mantém contato pessoal com colegas, devendo, ainda, ser desenvolvido com o auxílio de tecnologias de comunicação e transmissão de dados (art. 1º). Previu ainda que deve haver igualdade de tratamento com os outros empregados com respeito à remuneração, aos direitos previdenciários, idade mínima de admissão e proteção à maternidade (art. 4º).

Manuel Martin Pino Estrada (2014, p. 26) define como:

[...] aquele trabalho realizado com ou sem subordinação, usando novas e antigas tecnologias de telecomunicações em virtude de uma relação de trabalho, permitindo sua execução à distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho.

O art. 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído com a Lei n. 13.467/2017, no Capítulo II-A, vem anunciar a criação deste regime de trabalho, ao dispor:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Partindo-se de uma análise do conceito de teletrabalho, infere-se que, apesar de sua proximidade, não se confunde com o trabalho em domicílio, porque este, apesar de executado à distância, não necessariamente tem o emprego de tecnologias de informação e comunicação. O teletrabalho pressupõe a realização de funções mais complexas e intelectuais, diferindo-o do trabalho em domicílio tradicional, cujas atividades são preponderantemente manuais.

Quanto às modalidades, essas são agrupadas por vários critérios.

Com relação ao critério locativo, tem-se: o teletrabalho em domicílio (domicílio do empregado ou qualquer outro local por ele escolhido); o teletrabalho em telecentros (centro de satélite ou centro local de telesserviço, podendo ou não pertencer o local à empresa), e o nômade (o empregado não tem trabalho fixo para realizá-lo, podendo fazer em qualquer lugar).

Temos ainda o teletrabalho transnacional, que seria realizado pelas partes, por trabalhadores em países distintos, mediante troca de informações e elaboração de projetos em conjunto.

No que tange ao critério temporal, o teletrabalho pode se dar de maneira integral, quando o tempo do trabalho exceda a 90% do tempo na semana; o alternado é aquele em que consome menos de 90% da carga horária no mesmo local e, por fim, o suplementar, que ocorre quando o teletrabalho é frequente, mas não diário, sendo pelo menos uma vez por semana (dia completo).

Pelo critério comunicativo, tem-se o teletrabalho *off-line* (desconectado) ou *on-line* (conectado).

Esclareça-se que tais modalidades não podem ser consideradas estáticas, em face da própria complexidade do fenômeno teletrabalho e porque pode haver diversas modalidades que se entrelaçam.

4 AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

A doutrina tem apontado as vantagens e desvantagens do teletrabalho sob a ótica do empregado, empregador, sociedade e governo.

As principais vantagens sob a perspectiva do empregado seriam: a) evitar o deslocamento do trabalhador até a sede da empresa; b) a flexibilidade de horário, facilitando-lhe a conciliação das atividades profissionais com os afazeres familiares, melhorando a respectiva qualidade de vida; c) o aumento da produtividade, pois estaria comprovado que o teletrabalhador precisa de menos tempo para produzir em casa o que produziria no escritório; d) a interferência em casa é menor que no ambiente do trabalho; e) a possibilidade de inclusão de pessoas com dificuldades de obtenção de empregos formais (deficientes físicos, mulheres com filhos pequenos e idosos, por exemplo).

Para a empresa, são suscitadas as seguintes vantagens: a) redução de custos (imobiliários, equipamentos, espaço); b) aumento da produtividade; c) baixa possibilidade de ausência do teletrabalhador; d) possibilidade para a empresa operar 24 horas globalmente; e) redução de níveis hierárquicos intermediários, possibilitando conservar o pessoal mais qualificado, oferecendo-lhe melhores vantagens de localização.

Enquanto para a sociedade e o governo seriam: a) geração de empregos; b) diminuição nos congestionamentos nas grandes cidades, especialmente nos horários de pico, com a conseqüente diminuição da emissão de poluentes; c) melhor organização do território; d) a possibilidade de inclusão social de segmentos frequentemente excluídos do mercado de trabalho (deficientes físicos, anciãos, donas de casa, idosos etc.), o que provocaria uma redução do desemprego e da desigualdade social (DE MASI, 2014, p. 265).

Em contrapartida aos benefícios citados, passou-se a observar que o uso do teletrabalho, tanto no âmbito subordinado como no autônomo, apresentam pontos negativos.

Nessa seara, estariam as seguintes repercussões: o isolamento do teletrabalhador do ambiente de trabalho, provocando a interiorização dos problemas do trabalho, repassando-os para o interior da sua residência. A imagem que familiares e amigos têm do teletrabalhador como alguém que trabalha pouco. A diminuição de contato e convívio com os colegas de trabalho, o que reduz a troca de informações e experiências, bem como provoca a estagnação da carreira, em virtude da pouca possibilidade de promoção. Ainda, num contexto mais amplo, tal isolamento pode influenciar a esfera sindical, já que provoca a redução das forças das categorias respectivas, diante da ausência da ideia de coletividade.

Pino Estrada (2014, p. 28) ressalta que esse isolamento com o ambiente de trabalho também pode provocar a demissão do teletrabalhador diante da “falta de envolvimento emocional com o nível hierárquico”.

Outro ponto relevante é que a empresa muitas vezes repassa ao trabalhador toda a responsabilidade pela estrutura para a realização

do trabalho, e caso essa estrutura não seja adequada, o trabalhador acaba trabalhando em condições desfavoráveis, em desconformidade com as normas regulamentares de segurança e medicina do trabalho. Sem contar as despesas assumidas pelo empregado, tais como luz, água, ar condicionado, aparelhos eletrônicos e meios de comunicação.

Com relação à saúde podem-se destacar os seguintes malefícios: a ansiedade, principalmente nos casos em que é preciso cumprir metas, o aumento de peso pela ausência de exercícios físicos, dificuldade de concentração e dificuldade de demonstrar um acidente do trabalho.

Para Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto (2017, p. 35), a realização do teletrabalho pode provocar uma redução dos direitos trabalhistas:

[...] com a existência de relações autônomas ou de relações precárias de trabalho e sua informalização, com a ampliação dos obstáculos para aplicação e fiscalização da legislação trabalhista e de acordo e convenções coletivas de trabalho e ainda uma confusão de despesas do lar com despesas para a realização do trabalho, além dos problemas de meio ambiente inadequado para o trabalho, com prejuízos à saúde do trabalhador.

E continuam os referidos estudiosos (2017, p. 35):

Até mesmo para a prestação jurisdicional adequada poderá haver obstáculos, por problemas de competência territorial, principalmente, no teletrabalho transnacional, e de produção de provas.

Para muitos, o teletrabalhador possui uma carga de trabalho maior do que o colega que se encontra na sede física da empresa, sendo submetido ainda às cobranças e a um controle virtual à distância.

Outro apontamento que direciona para os malefícios do teletrabalho seria a conexão permanente do trabalhador em razão da forte dependência tecnológica desenvolvida, acarretando um prolongamento da jornada de trabalho. Essa situação pode vir a provocar uma série de problemas de saúde, em especial no que se refere a transtornos visuais e oculares, fadiga mental, desconforto ou dor nas costas, pescoço e mãos, estas últimas, as conhecidas lesões por esforços repetitivos (LER).

Para a empresa, uma das desvantagens refere-se à segurança de dados. O empregador não terá controle de quem poderá acessar o monitor, o que conseqüentemente poderá resultar em acesso não autorizado aos seus segredos técnicos, comerciais e industriais.

Reconhece-se que em muitos casos as expectativas quanto às vantagens do teletrabalho, na prática, não se concretizam. Isso ocorre quando a expectativa de maior equilíbrio entre trabalho e lazer pode reverter-se em mais tempo dedicado ao trabalho e menos ao lazer; quando a expectativa de redução de estresse pode provocar o seu aumento, e quando o trabalho flexível pressupõe ritmos de trabalho que impedem as atividades coletivas e familiares (ALVES, 2008, p. 93).

5 TELETRABALHO: tempo livre ou escravidão digital?

Para um dos maiores adeptos do teletrabalho, Domenico De Masi (2014, p. 330),

O novo desafio que marcará o século XXI é como difundir uma nova organização, capaz de elevar a qualidade de vida e do trabalho, fazendo alavanca sobre a força silenciosa do desejo de felicidade.

Assim, o teletrabalho para o sociólogo italiano seria uma forma de realizar essa reestruturação organizacional (do trabalho e da vida) capaz de reduzir drasticamente os deslocamentos. E tendo equipamento de informática em casa, ficaria mais fácil para o trabalhador reorganizar o trabalho de modo que as informações chegassem a seu domicílio (ou uma sede contígua), e não vice-versa. Dessa forma, ao levar o trabalho para fazer em casa, servindo dos equipamentos de informática e telecomunicações, os milhões de trabalhadores poderiam trabalhar de roupão entre as paredes domésticas, regulando o tempo ao seu próprio biorritmo e aos métodos de suas preferências (DE MASI, 2014, p. 261).

Seria a concretização do que De Masi (2000) define como “ócio criativo”, ou seja, as pessoas devem incluir no seu dia a dia um momento que tenham atividades para descansar, momentos de lazer, e conciliar isso com o trabalho e a aprendizagem.

Essa tem sido a ideia central e divulgada do teletrabalho, a possibilidade do trabalhador ter um estilo de vida equilibrado na relação entre trabalho e família e um estilo de vida independente e flexível, em que a dedicação a cada atividade fosse ajustável às necessidades individuais, familiares e profissionais (ALVES, 2008, p. 115).

Não se pretende defender que todo teletrabalho acarrete somente malefícios. Mas é preciso analisar de maneira crítica a concepção de que todo teletrabalhador trabalha pouco e de forma prazerosa, ou seja, trocam a produção sob pressão pelo ócio criativo, principalmente quando vivemos num mundo predominantemente capitalista focado em cada vez

mais lucrar e produzir. Nessa linha, interessante a abordagem feita por Cinara L. Rosenfield e Daniela Alves de Alves (2011, p. 217):

O teletrabalho, pois, combina-se com trabalho atípico e flexível, podendo ou não ser precário. A autonomia é eventual e está associada, geralmente, à flexibilidade quanto ao tempo e ao horário de trabalho. O teletrabalhador tem autonomia para gerir o tempo, mas, paradoxalmente, não tem controle sobre seu tempo de trabalho, pois este é determinado pelos ditames do volume de trabalho; ou seja, é preciso sempre responder às demandas de trabalho, sem restrição de tempo ou disponibilidade.

O teletrabalho, por sua prática à distância e, muitas vezes, solitária, poderia indicar formas mais diluídas de controle sobre o processo e o produto do trabalho. No entanto, essa prática propiciou o desenvolvimento de outras formas de controle externo sobre o trabalho, como monitoramento eletrônico e por resultados (exigências e metas atingidas monitoradas pela entrega de relatórios periódicos), tarefas pré-estruturadas (de aplicação de parâmetros e ações preestabelecidas) e, em alguns casos, criação dependente (trabalho de equipe, tomada de decisão final feita pela hierarquia).

Em entrevista concedida, Ricardo Antunes (APARELHOS, 2010) alerta que as tecnologias são uma escravização digitalizada, pelas quais o trabalhador perde o sentido da vida fora do trabalho, havendo uma aparente liberdade no trabalho, que gera doenças e estresse. Para o autor, a partir da era digital, o tempo de trabalho e o tempo de não trabalho não estão mais demarcados. Significa que, estando na empresa ou fora dela, esse mundo digitalizado nos envolve durante 24 horas (do dia) com o trabalho.

Márcio Pochmann (FLOR, 2017), alerta para a transformação das rotinas de trabalho:

Os avanços técnico-científicos, como o computador, a internet, o celular, entre outros instrumentos imprimem uma nova dinâmica nas relações laborais. O trabalho volta a assumir a maior parcela do tempo de vida do ser humano, com jornadas que, cada vez mais, não delimitam espaços para ocorrerem.

Para o economista, esse aumento das jornadas laborais também é provocado pela própria mudança do ambiente de trabalho no que tange à realização do trabalho imaterial, que liberta da existência prévia de um local apropriado para o seu desenvolvimento, como ocorre em lugares tradicionais como fazendas, indústrias, canteiros de obras,

escritórios, supermercados, e passa a ser realizado em qualquer local ou qualquer horário, levando ao aumento das jornadas laborais.

Além disso, ao admitirem o teletrabalho, as empresas passam a exigir intensamente o cumprimento de metas, a fim de avaliarem o desempenho profissional do trabalhador. A jornada de trabalho acaba se elastecendo, provocando um aumento no nível de estresse que acarreta um sofrimento psíquico, que para Dejours (1998) consiste em um importante mecanismo de controle patronal.

Nessa linha, Giovanni Alves (2011) ressalta que em toda a produção advinda das inovações tecnológicas da Quarta Idade da Máquina oculta-se o novo poder do capital de desregulamentar e flexibilizar contratos de trabalho, seguida de uma precariedade salarial articulada (p. 113).

Francesca Columbu e Túlio de Oliveira Massoni (2017, p. 22) alertam que:

[...] nos vínculos telelaborais, logo se vê, pode ocorrer uma pontencial precarização e maior vulnerabilidade em relação ao abuso de jornadas excessivas, uma vez que os teletrabalhadores estão longe das tradicionais medidas protetivas, seja de sindicato ou de órgãos de fiscalização estatal dos direitos laborais, humanos e sociais.

Pino Estrada (2014, p. 18) reconhecendo essa face oculta do teletrabalho, dispõe como uma das classificações do teletrabalho o “teletrabalho escravo”:

É aquele que, em vez de ser realizado no mundo físico, é realizado na internet através de ferramentas tecnológicas que permitem o uso da telecomunicação e telemática, privando o teletrabalhador da sua liberdade por causa do controle virtual (mais ainda no teletrabalho em domicílio) e que se encontra privado de romper o vínculo em razão de coação moral ou psicológica advinda de dívidas artificiais contraídas com o empregador. Salienta-se que o teletrabalhador poderá ter escolha de lugar, na casa, no parque, na fazenda etc., porém, este ficará preso ao computador ou *laptop*, ou seja, não interessa o ambiente no qual o teletrabalhador estiver, este terá que se concentrar no trabalho, isolando-se de seu entorno e cumprir as metas exigidas pela empresa.

Para Wilson Ramos Filho e Sylvia Malatesta das Neves (p. 39) as pretensas vantagens do teletrabalho revelam-se como expectativas

que, na prática, não se concretizam. A peculiaridade mencionada está presente justamente na possibilidade de controle proporcionada pelas novas tecnologias informacionais, que propiciam uma monitoração e vigilância contínuas realizadas pelo empregado. E continuam:

O trabalho em domicílio acaba tendo efeitos contrários àqueles propagandeados, pois invade a esfera familiar do empregado, confundindo-se com o ambiente de lazer e descanso, com prejuízos para suas relações sociais e emocionais, já que os limites de tempo e espaço público e privado se desfazem, em prejuízo do trabalhador.

Nessa linha, estudiosos defendem que essa nova dimensão de trabalho não foi percebida com clareza pelos profissionais, que podem ser vítimas de sérios impactos adversos. “Esse trabalho não é reconhecido, não é remunerado e não há consciência crítica sobre ele”, e “[...] ainda esbarra numa constatação de que ainda é exercido por uma minoria da população mundial economicamente ativa”, diz Márcio Pochmann (2001).

Reconhece-se a dificuldade de se obter estatísticas confiáveis sobre o teletrabalho, pois não é possível mensurar entre um possível “exagero” de quem (organizações empresariais, associações, revistas especializadas em administração e finanças) tem como objetivo a divulgação e a expansão dessa modalidade de trabalho e os dados que retratam a realidade.

De qualquer maneira, torna-se primordial analisar a situação concreta das relações de trabalho dos teletrabalhadores, isto é, daqueles que estão incluídos nesta forma de organização do trabalho que é referência discursiva e prática do trabalho flexível (ALVES, 2008, p. 84).

6 REGULAÇÃO JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Decorrente do crescimento do teletrabalho no Brasil, a Lei n. 12.551/2011, de 15 de dezembro de 2011, alterou o art. 6º da CLT e incorporou a figura do teletrabalho no ordenamento jurídico, ao dispor:

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

Devido às constantes transformações que ocorrem no mundo do trabalho dentro de uma sociedade, a CLT vai sendo alterada, ou seja,

modernizada, a fim de atender aos comandos constitucionais e aos próprios anseios da classe trabalhadora e também da classe empregadora, amoldando-se às novas realidades (MANDALOZZO; GUNTHER, 2014, p. 97). Nessa linha, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a regulamentação específica sobre o teletrabalho, com a inclusão do Capítulo II-A da CLT, através dos arts. 75-A a 75-E.

Cumpra salientar que não se pretende, pelo menos neste tópico, apresentar uma discussão, bem como realizar uma análise crítica sobre cada artigo, mas apenas trazer um esboço geral sobre a regulamentação do instituto. Para tanto, serão utilizados os apontamentos realizados por Homero Batista Mateus da Silva (2017) quanto ao conteúdo de cada artigo: a) o 75-B, *caput* e parágrafo, estabelece que o teletrabalho pode incluir algumas atividades eventuais nas dependências do empregador, como reuniões, treinamentos ou prestação de contas; b) o art. 75-C prevê a cláusula contratual expressa, com descrição das atribuições; os §§ 1º e 2º admitem a conversão do presencial para o teletrabalho e vice-versa, mediante “aditivo contratual”; no caso do deslocamento dos serviços para a casa do trabalhador, um prazo de 15 dias deve ser assegurado para sua organização; c) o art. 75-D toca num ponto bastante sensível do teletrabalho - de quem são os custos dos equipamentos e, sobretudo, da manutenção dos insumos, como a conta de energia elétrica e rede de dados; caso o empregador concorra com as despesas, os bens corpóreos e incorpóreos não assumem natureza salarial; e, por fim, d) o art. 75-E determina que o empregador instrua os empregados de “maneira expressa e ostensiva” quanto às precauções para evitarem doenças e acidentes, ao passo que o empregado deve se comprometer a seguir todas as instruções.

7 A JORNADA DE TRABALHO NO TELETRABALHO

As preocupações com o desenvolvimento e implementação do teletrabalho parecem, à partida, justificadas: tanto mais que o fenômeno não corresponde a uma “moda”, antes tem raízes profundas na atual organização e dinâmica socioeconômica, sendo a vertente mais relevante que assume a Sociedade da Informação no contexto das alterações que têm ocorrido nos mercados da força de trabalho (TYBUSCH; NUNES, 2017, p. 71).

O teletrabalho pode ser realizado em qualquer lugar e qualquer hora, sem que se faça presente um controle preciso da jornada ou das horas extras, as empresas são dotadas de poder de fazer os seus trabalhadores permanecerem conectados com seus equipamentos de TICs o tempo inteiro, seja para cumprimento de uma tarefa ou a delegação de algum trabalho. Por essa razão, os teletrabalhadores ficam mais expostos

a esse tipo de abuso, uma vez que fica mais difícil uma fiscalização, por qualquer medida protetiva, seja por parte de sindicato ou de órgãos protetivos dos direitos, humanos e sociais.

Reconhece-se, assim, que essa modalidade de trabalho ultrapassa as delimitações costumeiras do direito do trabalho no que se refere ao tempo de trabalho, exigindo-se uma vigilância especial por parte do ordenamento jurídico, a fim de se garantir aos teletrabalhadores o descanso entre jornadas, os tempos de ócio e de férias, assim como o controle das jornadas controladas à distância, adaptando as regras legais e convencionais de tempo de trabalho às peculiaridades dessa forma de labor.

Para o fortalecimento da classe operária, Silvana Souza Netto Mandalozzo e Luiz Eduardo Gunther (2014, p. 98-104) apontam que isso pode se dar através da integração de convenções da OIT no nosso ordenamento jurídico e do fortalecimento dos sindicatos, aptos a entabularem negociações com resultados positivos aos trabalhadores. E que, aliado a esses elementos,

A manutenção do poder estatal, quer para editar normas heterônomas, quer para fiscalizar o cumprimento da legislação, ou até mesmo mantendo um Poder Judiciário forte e independente quando verifica descumprimento das normas de proteção ao trabalhador, são medidas elementares que garantem a manutenção de direitos sociais.

Ocorre que, no momento que a jurisprudência tendia a limitar as possibilidades de aplicação do art. 62, que exclui alguns trabalhadores, de forma artificial e inconstitucional, do direito ao limite da jornada de trabalho, vem a Lei n. 13.467/2107 em direção contrária, e não só reforça a aplicabilidade desse dispositivo, como amplia o seu alcance pela inclusão dos “empregados em regime de teletrabalho”, no inciso III no art. 62, **Capítulo II - Da Duração do Trabalho.**

Dessa maneira, para o legislador, o teletrabalhador, regulado pela CLT, possui rotina incompatível com o controle de horário, sendo excluído, *a priori*, do direito às horas extras, adicional noturno, hora noturna, intervalo intrajornada e intervalo interjornada.

Para o Juiz do Trabalho da 4ª Região, Átila Da Rold Roesler (2017), a inclusão desse inciso provoca um retrocesso, pois o empregado, sem o controle das horas trabalhadas, pode ser cobrado apenas por metas estabelecidas independentemente da carga horária semanal que tenha que realizar para atingi-las. Dessa maneira, a modalidade de teletrabalho é significativamente alterada, e as condições de trabalho realizado nessa situação são profundamente precarizadas.

Magela Melo (2017), compartilhando do mesmo posicionamento, aduz que o legislador de forma perversa desconsiderou o grande avanço tecnológico, que permite atualmente aos empregadores controlar a localização exata do trabalhador, as atividades que estão sendo desempenhadas e os horários de início e fim.

Para Homero Batista Mateus da Silva, o teletrabalho somente retira o direito às horas extras se for incompatível com o controle da jornada - inacessível, inatingível, inexequível -, e ainda não serve como justificativa para cassar as horas extras do empregado o simples desinteresse do empregador, os custos dos aplicativos e programas específicos para a mensuração ou a necessidade de prestação de contas.

Como se observa num momento em que se exige uma ampliação de normas protetivas, o legislador vem restringir direitos. No entanto, a regra no direito brasileiro é a jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, prevista no art. 7º da Constituição Federal de 1988, sem distinção. Além disso, há o parágrafo único do art. 6º da CLT, que equipara o controle telemático e informatizado à supervisão direta do empregador.

Nesses termos, para se atribuir uma interpretação conforme à Constituição, de modo a compatibilizar os dispositivos da CLT, o inciso III do art. 62 deve ser compreendido como: encontram-se excluídos da proteção da jornada os teletrabalhadores que não possuem nenhuma forma de controle do tempo de trabalho. Isto é, aqueles empregados que iniciam e terminam suas atividades no horário que bem entenderem, com total liberdade. A cobrança patronal é feita por meio de metas e resultados, sem acompanhar os momentos em que a atividade está efetivamente sendo desempenhada (MELO, 2017).

Ao contrário, aqueles teletrabalhadores que sofrerem vigilância dos períodos de conexão, controle de *login* e *logout*, localização física, pausas ou ligações ininterruptas para saber o andamento dos trabalhos, especialmente se de forma periódica, estão enquadrados na disposição do art. 7º da CF/1988 e no art. 6º, parágrafo único, da CLT, e possuem direito à proteção da jornada, inclusive eventuais horas extras.

Para Jorge Souto Maior (2003), Juiz do Trabalho da 15ª Região, não se pode barrar a ideia do direito ao limite da jornada com o argumento das dificuldades de se quantificar, sob o prisma da prova. Esta é uma dificuldade instrumental que não interfere na declaração, em tese, do direito.

Roesler (2017) é crítico ao dizer que nada justifica a ausência de controle de jornada diária e semanal nos limites Constitucionais e sua efetiva fiscalização pelo empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação de forma comprometida com o princípio da proteção. Para ele:

[...] a institucionalização e o incentivo ao regime de teletrabalho pode gerar complexas situações de terceirização, formas irregulares de trabalho e que culminam no desvirtuamento da relação de emprego garantido constitucionalmente abrindo espaço para o trabalho explorado em situação análoga à de escravo, como se nota frequentemente na grande indústria têxtil.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo nasceu com o objetivo de apresentar algumas reflexões e questionamentos sobre essa nova modalidade de trabalho, recentemente implantada, mas que hoje faz parte da realidade das empresas, do setor privado, bem como se encontra em franca expansão.

Apesar das suas vantagens serem tão ressaltadas pelas empresas e meios midiáticos, com base em questões econômicas, o que desperta também um interesse cada vez maior por parte dos trabalhadores na sua realização, não se pode desconsiderar que os meios como é realizada, longe do ambiente tradicional do trabalho e das medidas protetivas, podem desencadear, dentre outros elementos, uma precarização e uma maior vulnerabilidade, principalmente com relação à jornada de trabalho.

Nesse aspecto, é preciso entender que na era digital o tempo de trabalho e de não trabalho não estão claramente delimitados. Assim, o teletrabalho pode provocar, sim, em efeitos práticos, o que Ricardo Antunes denomina de “**escravidão digitalizada**”, pois o empregador pode utilizar-se dos meios tecnológicos para descumprir direitos da jornada garantidos pelo Texto Maior do Trabalhador.

Por essa razão, juntamente com outros meios, o ordenamento jurídico assume papel de relevância a fim de proteger o trabalhador, que não pode ser sacrificado em prol da regulação do patrimônio tecnológico, ou seja, da produção apenas da mercadoria.

O legislador, com o advento da Lei n. 13.467/2017, em que pese criar o instituto do teletrabalho destinando-lhe capítulo próprio, ao invés de ampliar os direitos dos trabalhadores, retira-os, com a inclusão do inciso III no art. 62, o direito ao controle da jornada de trabalho. Permite, dessa forma, que o teletrabalhador seja cobrado apenas por metas estabelecidas, independentemente da carga horária que tenha que realizar para atingi-las, desconsiderando a existência de meios de controle da jornada pelos empregadores. Tal inciso apresenta-se em total contradição com o art. 7º da CF/1988, que regula a jornada do trabalho, além do art. 6º da CLT, que equipara o controle telemático e informatizado à supervisão direta do empregador, dispositivo não alterado pela reforma.

Caberá à Justiça do Trabalho, ao analisar cada caso concreto, atribuir uma interpretação conforme à Constituição Federal. De modo

a compatibilizar os dispositivos da CLT, o inciso III do art. 62 deve ser compreendido como: encontram-se excluídos da proteção da jornada os teletrabalhadores que não possuem nenhuma forma de controle do tempo de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Daniela Alves de. **Gestão, produção e experiência do tempo no trabalho**. 2018. 246 f. Tese (Doutorado em Sociologia)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-graduação, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/13577>. Acesso em: 17 nov. 2017.

ALVES, Giovanni. **Trabalhador e subjetividade**: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Org.). **Infoproletários**: degradação real do trabalho virtual. São Paulo: Boitempo, 2009.

APARELHOS são “escravização digitalizada”, afirma sociólogo. **Folha de S. Paulo**. Mercado. São Paulo, 22 ago. 2010. Entrevista com Ricardo Antunes. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me2208201008.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei n. 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Teletrabalho: aspectos econômicos e jurídicos. *In*: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; PINO ESTRADA, Manuel Martin (Coord.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

COLUMBU, Francesca; MASSONI, Túlio de Oliveira. Tempo de trabalho e teletrabalho. *In*: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; PINO ESTRADA, Manuel Martin (Coord.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade moderna pós-industrial. Tradução de Yadir A. Figueiredo. 11. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2014.

FLOR, Katarine. Intensificação e extensão da jornada marcam novas relações de trabalho, diz Pochmann. **Terra sem males**, 12 set. 2017. Disponível em: <https://www.terrasemmal.com.br/intensificacao-e-extensao-da-jornada-marcam-novas-relacoes-de-trabalho-diz-pochmann/>. Acesso em: 2 nov. 2017.

LUCENA, João Paulo. O teletrabalho e o controle do trabalhador à distância. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 187, dez. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/81744/2015_lucena_joao_teletrabalho_controle.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out. 2017.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; GUNTHER, Luiz Eduardo. Proteção trabalhista no Brasil. *In*: SILVA, Lenir Aparecida Mainardes; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; MENDES, Jussara Maria Rosa. **Trabalho e proteção social**. Ponta Grossa: Estúdio Texto, 2014.

MELO, Geraldo Magela. Teletrabalho na nova CLT. **Anamatra**, 28 jul. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 5 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS ONU. Organização Internacional do Trabalho OIT, Brasília. Disponível em: <http://www.oit.org.br/>. Acesso em: 30 out. 2017.

PINO ESTRADA, Manuel Martin. **Teletrabalho & direito**: o trabalho à distância e sua análise jurídica em face dos avanços tecnológicos. Curitiba: Juruá, 2014.

POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização: a nova divisão internacional e os caminhos que o Brasil escolheu**. São Paulo: Boitempo, 2001.

POCHMANN, Márcio. O trabalho e seus desafios. **GGN**, Brasil Debate, 6 ago. 2015. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/blog/brasil-debate/o-trabalho-e-seus-desafios-por-marcio-pochmann>. Acesso em: 30 out. 2017.

RAMOS FILHO, Wilson; NEVES, Sylvia Malatesta das. Trabalho imaterial e teletrabalho: contradições e limites da sociedade informacional. *In*: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; PINO ESTRADA, Manuel Martin (Coord.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

ROESLER, Átila Da Rold. Reforma trabalhista prejudicou muito a vida de quem “trabalha de casa”. **Justificando**, 29 ago. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/29/reforma-trabalhista-prejudicou-muito-vida-de-quem-trabalha-de-casa/>. Acesso em: 30 out. 2017.

ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **Dados Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, p. 207-233, 2011. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21819114006>. Acesso em: 1º dez. 2017. ISSN 0011-5258.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE TELETRABALHO E TELEATIVIDADES SOBRATT. **Pesquisa Home Office Brasil 2016**. Teletrabalho e *home office*, uma tendência nas empresas brasileiras, 17 maio 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/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, set. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 nov. 2017.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; NUNES, Denise Silva. O teletrabalho sob o enfoque da sustentabilidade multidimensional. *In*: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; PINO ESTRADA, Manuel Martin (Coord.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.



JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO

01 - AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA). PETIÇÃO INICIAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VALOR DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Tendo o ajuizamento da presente ação ocorrido após 11.11.2017 - data de vigência da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) - são imediatamente aplicáveis as alterações relativas às normas processuais. Sendo escrita a reclamação, esta deverá observar os requisitos previstos no art. 840, § 1º, da CLT, dentre eles o pedido, que deve ser certo, determinado e com indicação de seu valor. Não atendendo a parte a determinação judicial de emenda da inicial para a indicação dos valores dos pedidos formulados, impõe-se a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do § 3º do art. 840 da CLT. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0011171-18.2017.5.15.0065 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 25 out. 2018, p. 100114.

02 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DA COTA MÍNIMA PARA CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. ART. 93 DA LEI N. 8.213/1991. PROVA. O cumprimento da obrigação legal de contratação de trabalhadores portadores de necessidades especiais prevista no art. 93 da Lei n. 8.213/1991 pressupõe compatibilidade e/ou habilitação para função oferecida pela empresa, considerando que a todo empregado deve ser garantido um ambiente laboral salubre, observadas as características individualizadas do trabalhador, que deve ter a sua integridade física preservada, sem exposição desnecessária ao risco. Não comprovando o autor a existência de trabalhadores disponibilizados pelo Órgão Previdenciário como reabilitados ou deficientes habilitados compatíveis com as funções disponibilizadas pela empresa ré, não há suporte fático probatório a configurar o ilícito patronal contra as regras de contratação de trabalhadores. TRT/SP 15ª Região 0010165-13.2015.5.15.0043 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 18 out. 2018, p. 21861.

03 - AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL CONFERIDA À MATÉRIA. IMPROCEDÊNCIA. A interpretação do dispositivo legal - ainda que não seja a mais adequada - não caracteriza a violação preconizada no inciso V do art. 966 do CPC e, portanto, não constitui sucedâneo para a rescisão do julgado. TRT/SP 15ª Região 0008096-69.2017.5.15.0000 AR - Ac. 3ª SDI PJe. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 5 set. 2018, p. 739.

04 - ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DO EMPREGADO. AUSÊNCIA DE PROVA. MÁQUINA TRITURADORA. ATIVIDADE DE RISCO. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. Não comprovado que o acidente de trabalho ocorreu por culpa do empregado, o exercício das funções de operador de máquina trituradora caracteriza-se como atividade de risco, impondo ao empregador a obrigação de indenizar. TRT/SP 15ª Região 0011550-59.2016.5.15.0140 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 18 out. 2018, p. 21843.

05 - ACORDO COLETIVO DO TRABALHO. PREVALÊNCIA SOBRE A CONVENÇÃO COLETIVA. Nos acordos coletivos, de maneira geral, há uma avença mais específica firmada entre a empresa e o sindicato representativo de seus empregados, enquanto que nas convenções coletivas a situação é mais global, abrange todos os empregados e empresas de um mesmo segmento econômico, não acolhendo situações específicas existentes na relação havida entre as partes envolvidas no acordo. Demais disso, sendo o acordo coletivo, em seu todo, mais favorável ao empregado, não pode ser ele desmembrado, para que sejam adotadas somente as suas cláusulas mais benéficas. (TRT da 3ª Região, 1ª Turma, Processo n. 00851-2004-036-03-00-8, data de publicação 18.2.2005). No caso, não se deve ignorar que o sindicato de classe negociou com a reclamada que as normas previstas no acordo coletivo, quando conflitantes com aquelas negociadas por meio de convenção coletiva, prevaleceriam. TRT/SP 15ª Região 0011460-59.2017.5.15.0029 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 6 set. 2018, p. 1701.

06 - ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. QUINQUÊNIO. SERVIDOR PÚBLICO VINCULADO AO REGIME CELETISTA. Não há, no art. 129 da Constituição Estadual, qualquer ressalva quanto à natureza do vínculo mantido com o servidor, atraindo a conclusão no sentido de que a parcela é devida independentemente desta. TRT/SP 15ª Região 0011190-21.2017.5.15.0066 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Marcelo Garcia Nunes. DEJT 20 set. 2018, p. 9168.

07 - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ORDINÁRIO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. Muito embora seja possível deferir o benefício da justiça gratuita à pessoa jurídica, apenas a rigorosa comprovação quanto à insuficiência de recursos financeiros e, por consequência, a impossibilidade de arcar com as despesas processuais autorizam a concessão de tal benefício. TRT/SP 15ª Região 0011814-63.2017.5.15.0133 AIRO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DEJT 13 set. 2018, p. 20474.

08 - ARBITRAGEM. DIREITOS INDIVIDUAIS. NÃO CABIMENTO. A adoção da arbitragem para a solução de conflitos trabalhistas individuais

não é aceitável, diante da natureza de indisponíveis dos direitos então discutidos, a par da situação de gritante inferioridade econômica do empregado, que não lhe permite recusá-la, quando imposta, a qual não se altera com a ruptura do vínculo empregatício, tornando-se até mais aguda nesse momento, diante do terror provocado pelo desemprego e a ciência de que com os meios com os quais se sustentava e à sua família - os salários -, não poderá mais contar, até ter a sorte, se e quando tiver, de conseguir nova colocação. TRT/SP 15ª Região 0012030-09.2016.5.15.0020 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 20 set. 2018, p. 19433.

09 - AUSÊNCIA DE RETORNO AO TRABALHO POR MOTIVO IMPUTÁVEL AO TRABALHADOR APÓS CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. Cessado o benefício previdenciário, o contrato de trabalho deixa de estar suspenso, devendo haver prestação de serviços por parte do trabalhador e contraprestação por parte do empregador, o que não ocorreu no caso, por motivo imputável ao empregado. Ausência de responsabilidade da reclamada pelos salários do período. TRT/SP 15ª Região 0012193-67.2017.5.15.0015 ROPS - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 13 set. 2018, p. 11639.

10 - BANCÁRIO CONTRATADO PARA CUMPRIR SEIS HORAS DIÁRIAS. INTERVALOS INTRAJORNADAS DE UMA HORA PREVISTOS NO ART. 71, § 4º, DA CLT. POSSIBILIDADE. Bancário que realizar horas extras, mesmo que tenha sido contratado para cumprir apenas seis horas diárias (CLT, art. 224), faz jus ao intervalo intrajornada de uma hora previsto na norma do § 4º do art. 71 da CLT, isso em virtude da prevalência do princípio constitucional que garante a higidez nas relações de trabalho (CF/1988, art. 7º, inc. XXII), inclusive com base nos parâmetros fixados pela Súmula n. 437 do TST. TRT/SP 15ª Região 0010281-62.2017.5.15.0103 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 25 out. 2018, p. 19939.

11 - CARGO DE CONFIANÇA. ENQUADRAMENTO DO EMPREGADO NA EXCEÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT. AUSÊNCIA DE PROVA. Ao invocar o exercício de cargo de confiança pelo trabalhador, o empregador atrai para si o ônus de provar a condição alegada. Independentemente da nomenclatura atribuída ao cargo, faz-se necessária a prova do efetivo poder de mando e autonomia para tomada de decisões, indispensáveis à configuração da fidúcia. TRT/SP 15ª Região 0010995-97.2015.5.15.0133 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 27 set. 2018, p. 27578.

12 - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. HORAS *IN ITINERE*. PRODUÇÃO DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. VIOLAÇÃO AO ART. 5º,

LV, DA CF. CONFIGURAÇÃO. O juiz, ao decidir acerca da produção de provas, tem ampla liberdade na direção do processo, nos moldes dos arts. 370 e 371 do CPC e 765 da CLT. Essa liberdade, entretanto, encontra como limite o cerceamento de defesa, o qual se caracteriza por obstáculo imposto pelo magistrado à produção de provas relativas a fatos controversos e importantes para a solução da lide. Destaca-se que determinado direcionamento não pode descumprir o princípio previsto no inciso LV do art. 5º da CF. No caso em apreço, o reclamante necessitava, para comprovar o alegado na peça vestibular, se utilizar de prova testemunhal (fato constitutivo de seu direito), cujo depoimento poderia demonstrar que o autor despendia duas horas de percurso, diariamente, para se deslocar de sua residência até o local de trabalho e retorno. Diante do indeferimento da oitiva de testemunha, a nulidade da sentença é evidente, tendo sido o recorrente cerceado em seu direito de defesa, uma vez que teve obstado o seu direito à realização de prova, que, na espécie, seria imprescindível ao deslinde da questão *sub judice*. Acolhe-se, portanto, a preliminar, para declarar a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, e determinar o retorno dos autos à origem, com reabertura da instrução processual. Violação ao art. 5º, inciso LV, da CF. Recurso do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 0010830-75.2014.5.15.0136 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 27 set. 2018, p. 29072.

13 - COMPETÊNCIA TERRITORIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM LOCAL DIVERSO DA CONTRATAÇÃO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO LOCAL DO CONTRATO OU DA PRESTAÇÃO PARA FACILITAR O ACESSO À JUSTIÇA. APLICAÇÃO DO ART. 651, § 3º, DA CLT. A Consolidação da Leis do Trabalho estabeleceu no art. 651 que a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador. No entanto, com vistas a facilitar o acesso à justiça, o legislador flexibilizou essa rigidez, para possibilitar o ajuizamento da reclamação trabalhista no local da prestação de serviços ou no local da admissão do empregado, para as hipóteses do empregador promover a realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho. Nessa perspectiva de flexibilização permitiu ainda, nos dissídios de agente ou viajante comercial, a competência da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, estabeleceu a competência da Vara da localidade em que o empregado tenha o seu domicílio ou a localidade mais próxima. Assim, sendo o local da contratação (ou arregimentação) o mesmo da residência do trabalhador, a respectiva Vara do Trabalho é competente para processar e julgar a reclamação trabalhista, mesmo que a prestação de serviços tenha ocorrido em outra cidade. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 0010085-83.2018.5.15.0127 ROPS - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 27 set. 2018, p. 15836.

14 - CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI N. 6.019/1974. ACRÉSCIMO EXTRAORDINÁRIO DE SERVIÇOS. ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA. NULIDADE. Nos termos do disposto no art. 2º da Lei n. 6.019/1974, o trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, devendo este requisito primordial ser objeto de previsão expressa (escrita) no contrato entre a empresa de serviço temporário e a tomadora, do motivo ou causa que justifica a demanda de trabalho temporário a ser desenvolvido pelo trabalhador, inclusive a forma de remuneração (Lei n. 6.019/1974, art. 9º). Não havendo justificação explícita e especificada, caracteriza fraude à lei, importando em declarar sua nulidade, nos termos do art. 9º da CLT. Assim, só pode ser reconhecida como sendo contratação por prazo indeterminado, com as consequências legais dela decorrentes. No presente caso, o alegado acréscimo extraordinário de serviços não ficou caracterizado. Logo, não comprovada a necessidade transitória de substituição de pessoal permanente, nem o acréscimo extraordinário de serviços, é nula a celebração do contrato temporário (CLT, art. 9º). Recurso da reclamada F. desprovido. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. OFENSA À HONRA, À IMAGEM E À DIGNIDADE DO(A) TRABALHADOR(A). O assédio moral no trabalho, segundo Marie-France Hirigoeyen, é “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”. (**A violência perversa do cotidiano**, p. 22). O fenômeno recebe denominações diversas no direito comparado: *mobbing* (Itália, Alemanha e países escandinavos), *bullying* (Inglaterra), *harassment* (Estados Unidos), *harcèlement moral* (França), *ijime* (Japão), *psicoterror laboral* ou *acoso moral* (em países de língua espanhola), terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa). A doutrina destaca que o assédio moral como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, possui quatro elementos, a saber: “a) Conduta abusiva; b) Natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) Reiteração da conduta; d) Finalidade de exclusão” (Rodolfo Pamplona Filho). No caso, em face da conduta da empresa, é de todo possível se concluir que houve aviltamento à integridade moral da reclamante, aí incluídos aspectos íntimos da personalidade humana, sua honra e imagem, haja vista que a reclamada, por seus prepostos, excedeu seus poderes de mando e direção ao desrespeitar a reclamante no dia a dia. É evidente que tal conduta do empregador não pode ser suportada, devendo a reclamada arcar com a indenização por dano moral, com supedâneo no Código Civil, arts. 186, 187 e 932, III, em função de odioso

assédio moral no trabalho. Recurso ordinário da reclamada F. desprovido. TRT/SP 15ª Região 0010171-77.2014.5.15.0003 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 5 set. 2018, p. 11274.

15 - COOPERATIVA. FRAUDE NA CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O cooperativismo implica a união de pessoas que, utilizando seu trabalho de forma autônoma, buscam o sucesso profissional (princípio da dupla qualidade). Desse modo, foge da própria natureza da cooperativa o fato de os “associados” se ativarem de forma subordinada, na condição de verdadeiros empregados, sendo insustentável a utilização da cooperativa como instrumento de privação de direitos trabalhistas. Assim, restando evidenciado que a associação à cooperativa ocorreu de forma irregular, inequívoca a existência do vínculo empregatício entre as partes, diante da comprovada subordinação jurídica existente na prestação de serviços ligada à atividade fim da tomadora, o que descaracteriza a autonomia do associado de cooperativa, que sob esse falso título deixa de receber as verbas trabalhistas legais, em patente fraude. TRT/SP 15ª Região 0011218-58.2016.5.15.0119 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 27 set. 2018, p. 2597.

16 - CORRESPONDENTE BANCÁRIO. ILICITUDE DA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA. FORMAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO COM A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. A denominada “atividade fim” não diz respeito tão somente, de modo estanque, à atividade principal da empresa, mas sim à globalidade de iniciativas que contribuem de toda sorte para a consecução da finalidade social de determinado empreendimento. Na atuação bancária, propulsora de intermediação de crédito, todas as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores, ainda quando na forma de correspondentes, são imprescindíveis à finalidade empreendedora do banco. Inafastável, portanto, o reconhecimento de que a reclamante, além de se enquadrar na categoria dos bancários, de fato, foi vítima de uma intermediação ilícita de mão de obra. Resolução do Banco Central não tem força de lei e não afasta a aplicação dos mais rudimentares preceitos jurídicos trabalhistas ancorados no princípio da legalidade disposto no inciso II do art. 5º da CF/1988. TRT/SP 15ª Região 0012735-13.2016.5.15.0018 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 22 nov. 2018, p. 11940.

17 - DANO MORAL COLETIVO. NÃO CONCESSÃO DO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. CONFIGURAÇÃO. DEVER DE REPARAR. A possibilidade de reparação do dano de índole moral e coletivo está prevista em dois diplomas do ordenamento pátrio, Lei n. 7.347/1985, em seu art. 1º, bem como no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), em seu art. 6º, incisos VI e VII. O tema afeto aos limites de jornada de trabalho se relaciona intimamente com a saúde,

higiene e segurança do trabalho, não podendo por tal razão ser objeto de flexibilização. É incontroversa a conduta antijurídica da empresa que violou interesses coletivos decorrentes das normas de ordem pública infringidas. Os danos causados pela empresa atingem não apenas os envolvidos na relação, mas também a ordem social. Permitir que os empregados trabalhem sem descanso traz inegáveis consequências negativas ao contingente social, dentre as quais: redução dos postos de trabalho e aumento dos índices de desocupação; aumento da fadiga do trabalhador e, conseqüentemente, das chances de que ele seja vitimado por uma doença ocupacional ou acidente de trabalho; desenvolvimento de doenças psicológicas derivadas do alto nível de estresse e cansaço; aumento dos gastos com saúde pública e previdência, despesas estas suportadas por toda a sociedade; redução do convívio social e familiar; redução da qualidade de vida. Nesta senda, inegável a configuração de danos de índole moral, emergindo assim o dever de reparar. TRT/SP 15ª Região 0010067-52.2017.5.15.0077 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Ana Cláudia Torres Vianna. DEJT 20 set. 2018, p. 20195.

18 - DANO MORAL. ASSALTO A ÔNIBUS. MOTORISTA. ATIVIDADE DE RISCO. REPARAÇÃO DEVIDA. É certo que todos os cidadãos estão sujeitos a prática de furtos ou roubos na vida cotidiana, o que decorre da nossa precária segurança pública, sendo que o dano decorrente desse fato não pode ser imputado ao empregador de um modo geral. O mesmo não ocorre, no entanto, com empregados que lidam com o transporte de valores, os quais ficam muito mais vulneráveis à ação dos criminosos. Tratando-se de atividade de risco, portanto, cabe ao empregador tomar todas as medidas adequadas e necessárias para proporcionar um ambiente de trabalho mais seguro, como forma de evitar o risco existente ou ao menos amenizá-lo ao máximo, prevenindo a ocorrência de danos aos trabalhadores. Não há dúvida de que, no desempenho da sua função de motorista, o autor estava mais exposto ao risco de ser vítima de assaltos e, por consequência, sofrer violação à sua integridade física e psicológica, em virtude do transporte do numerário arrecadado com o pagamento das passagens. Também é inegável o abalo psicológico decorrente do assalto sofrido, mediante grave ameaça, que colocou em perigo sua incolumidade física e até mesmo sua vida. Em casos como esse, é dispensável a prova do dano moral, que se configura *in re ipsa*, ou seja, é uma inarredável consequência da violência vivenciada pelo autor. A situação se agrava por ter ficado comprovado que a reclamada não adota nenhuma medida de amparo social e auxílio psicológico ao trabalhador, limitando-se a encaminhá-lo para elaboração do boletim de ocorrência. E quando tais medidas não são adotadas, há responsabilidade do empregador pelos danos sofridos, acarretando o dever de reparação. Recurso ordinário não provido. TRT/SP 15ª Região 0012579-62.2016.5.15.0038 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 8 nov. 2018, p. 12226.

19 - DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. IRRELEVANTE. *DAMNUM IN RE IPSA*. Algumas situações de que temos conhecimento não precisam ser vividas para se ter o alcance das consequências causadas no ser humano, podendo ser consideradas fatos notórios, posto que inseridas no senso comum mediano, não dependendo de provas por decorrer da natureza das coisas (inteligência do art. 374, I, do CPC). TRT/SP 15ª Região 0012321-50.2016.5.15.0071 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 18 out. 2018, p. 7330.

20 - DANO MORAL. EXTRAPOLAÇÃO HABITUAL E ABUSIVA DOS LIMITES FÍSICOS E SOCIAIS DA JORNADA. TEMPO DE TRABALHO BEM SUPERIOR AO LIMITE ESTABELECIDO NO ART. 59 DA CLT, INCLUSIVE EM DIAS DE DESCANSO E FERIADOS. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A limitação da jornada de trabalho e o descanso semanal remunerado são medidas de suma importância, pois refletem no aspecto fisiológico, social e econômico do empregado. O trabalhador precisa descansar para recompor suas energias, recuperando-se do cansaço físico e mental, além de relacionar-se com sua família e amigos, com tempo para atividades de lazer, religiosas, esportivas etc. Nesse contexto, inegável o dano extrapatrimonial sofrido pelo autor, que durante meses seguidos teve sua jornada extraordinária transformada em ordinária, em tempo muito superior aos limites aceitáveis pela legislação vigente, em desrespeito aos direitos fundamentais e à limitação física e social da jornada, ao descanso semanal remunerado e ao lazer, sendo privado do convívio familiar, social e da realização de atividades extralaborais, situação que, indubitavelmente, atingiu os direitos de personalidade do trabalhador, em suma, sua dignidade humana. TRT/SP 15ª Região 0011254-05.2017.5.15.0010 RO - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 13 set. 2018, p. 2175.

21 - DECISÃO RECORRIDA. DECISÕES ID7CEE30A E ID3EF2164 DO PROCESSO N. 0202400-81.2005.5.15.0067, EM TRÂMITE PERANTE A 4ª VARA DO TRABALHO DE RIBEIRÃO PRETO. RECLAMAÇÃO PREVISTA NO ART. 988, II, DO CPC. CABIMENTO. LIMITES. A decisão em sede de reclamação não analisa ou valida as decisões judiciais atacadas em face de seu conteúdo jurídico. O que cabe à reclamação, única e exclusivamente, é responder ao questionamento jurídico se uma decisão de primeiro grau desobedeceu ou desrespeitou um acórdão deste Regional. A reclamação não se revela como mecanismo de substituição a recurso não aviado, rejeitado ou tampouco superado pela preclusão temporal que já se abateu eventualmente sobre a matéria. TRT/SP 15ª Região 0007259-77.2018.5.15.0000 Pet - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Wilton Borba Canicoba. DEJT 11 out. 2018, p. 1960.

22 - DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. APLICAÇÃO DO ART. 62, INCISO I, DA

CLT. Compete ao empregador provar o enquadramento do empregado na exceção do art. 62, I, CLT, conforme arts. 818, CLT, c/c 373, CPC, e não na regra geral do Capítulo da Duração do Trabalho. Na hipótese, comprovada a possibilidade de fiscalização da atividade e o controle do tempo despendido, afasta-se a exceção, sendo devidas as horas extras. TRT/SP 15ª Região 0010551-54.2017.5.15.0146 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 8 nov. 2018, p. 21394.

23 - DIREITO DO TRABALHO. RECLAMANTE ADMITIDO NA CONDIÇÃO DE SÓCIO MINORITÁRIO DA EMPRESA RECLAMADA. FRAUDE COMPROVADA. A fim de ser comprovada a condição de sócio do reclamante, mister se faz a prova da existência do *affectio societatis*, devendo exsurgir as considerações quanto à sua interação nos destinos da empresa, à sua gestão, à igualdade de condições entre os associados e, principalmente, à ausência de subordinação jurídica estrita a quaisquer dos então sócios majoritários, tidos como patrões pelo insurgente. O sócio deve ser considerado em sua independência e autonomia de ação, o que desconfigura a imagem de empregado prevista no art. 3º da CLT. Não há, pois, por caracterizado o *affectio societatis*, postando-se o reclamante como um trabalhador típico, apenas diferenciado em seus vencimentos, frutos, por óbvio, da sua competência para o trabalho, da sua *expertise*. Reputo presentes os requisitos formadores do vínculo, na forma dos arts. 2º e 3º, CLT. Recurso patronal a que se nega provimento. EXCLUSÃO DO NOME DO RECLAMANTE DO CONTRATO SOCIAL DA RECLAMADA. INCOMPETÊNCIA DESTA ESPECIALIZADA. Esta Justiça Laboral é incompetente para determinar que a Junta Comercial exclua o nome do reclamante do contrato social da empresa. É cediço que o pedido declaratório de nulidade de registro societário tem origem numa relação civil ou empresarial, não obstante exista alegação de fraude aos direitos trabalhistas, como *in casu*, em razão da produção de efeitos *erga omnes* decorrentes da referida anotação no serviço registral, não podendo decorrer desta decisão. Nega-se provimento ao pedido de reforma do reclamante neste mister. TRT/SP 15ª Região 0011914-68.2015.5.15.0042 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 8 nov. 2018, p. 21182.

24 - DIREITO DO TRABALHO. TRABALHO RURAL A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO CALOR EXCESSIVO. INSALUBRIDADE. O trabalho rural a céu aberto enseja o pagamento do adicional de insalubridade, em razão da exposição ao calor acima dos limites de tolerância, nos termos dos Quadros 1 a 3 do Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego e incidência dos termos do item II da OJ-SDI1 n. 173 do C. TST. Aplicação do art. 192, CLT. Recurso da reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0011463-29.2013.5.15.0134 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 8 nov. 2018, p. 22438.

25 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO TRABALHISTA DE VÍNCULO ANTERIOR EM FACE DA TOMADORA. REINTEGRAÇÃO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. Comprovado que a empresa prestadora de serviços não manteve o reclamante em seus quadros após o fim o contrato de experiência a pedido da tomadora, em razão de o obreiro possuir ação trabalhista ajuizada contra esta, caracteriza-se o exercício abusivo do direito de livre contratação e dispensa de trabalhadores, além de atentar contra o direito de ação do empregado (art. 5º, XXXV, da CF). Devida a reintegração do trabalhador, bem como indenização por danos morais. Recurso a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0012041-82.2016.5.15.0070 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 13 set. 2018, p. 12580.

26 - DOENÇA OCUPACIONAL. TRABALHADOR RURAL. PLANTIO DA CANA-DE-AÇÚCAR. DOENÇA EM MEMBROS SUPERIORES. NEXO CAUSAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL. CABIMENTO. Comprovado que as atividades laborais envolvendo esforço físico no segmento físico lesionado deram ensejo à doença que acomete o trabalhador, assim como a culpa patronal no evento danoso, uma vez que não foram tomadas as medidas e os cuidados necessários para evitar o dano, exsurge ao empregador a obrigação de indenizar o abalo moral e material daí decorrentes. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHADOR RURAL. TRABALHO A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO A CALOR. CABIMENTO. Apurado, por meio de prova pericial, o labor em condições insalubres pela exposição ao agente físico calor, faz jus o trabalhador ao pagamento do adicional de insalubridade. OJ n. 173, II, da SDI-1 do C. TST e Súmula n. 88 deste Regional. TRT/SP 15ª Região 0011078-70.2015.5.15.0115 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 20 set. 2018, p. 32150.

27 - EMPREGADO RECONTRATADO COMO TRABALHADOR AUTÔNOMO. MANUTENÇÃO DAS MESMAS CONDIÇÕES DE LABOR. SIMULAÇÃO. Dispensado o empregado e imediatamente recontratado como trabalhador autônomo, sem qualquer alteração das condições de trabalho, autoriza-se, em observância ao princípio da primazia da realidade, a descaracterização da relação contratual autônoma e o reconhecimento da continuidade da prestação laboral sob liame empregatício, sobretudo quando mantida a subordinação jurídica inerente ao vínculo de emprego, traço distintivo da relação de trabalho autônoma. Mantém-se. TRT/SP 15ª Região 0011841-76.2017.5.15.0123 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 6 set. 2018, p. 3896.

28 - EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS CONSTITUÍDOS POSTERIORMENTE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Da interpretação literal que se faz dos arts. 49

e 59 da Lei n. 11.101/2005, somente os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos ao plano de recuperação judicial. Assim sendo, os créditos trabalhistas constituídos posteriormente à data de deferimento da recuperação judicial não podem ser incluídos em aludido pedido, pois implica em modificação do plano já apresentado, debatido e aprovado pela Assembleia Geral de Credores, o que faz com que a execução a eles inerente deva ser processada nesta Especializada. TRT/SP 15ª Região 0011960-43.2016.5.15.0003 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 20 set. 2018, p. 2522.

29 - EXCESSO DE EXECUÇÃO. AVALIAÇÃO DO BEM CONSTRITO SUPERIOR AO VALOR DO CRÉDITO EXEQUENTE. NÃO CONFIGURADO. A constrição de imóvel de valor superior ao da execução não configura excesso de penhora, na medida em que o bem levado à hasta pública raramente alcança o valor da avaliação, sendo, pois, alienado pelo maior lance. Ademais, é preciso levar em conta que a desvalorização do bem penhorado, com o passar do tempo, é inversamente proporcional à correção que incide sobre o crédito exequendo, o qual será majorado em virtude da atualização monetária, multa e juros de mora e demais despesas processuais, como custas e emolumentos. Além disso, verificou-se que há outra execução reunida, situações que impõem a manutenção do ato construtivo. TRT/SP 15ª Região 0036200-96.2007.5.15.0105 AP - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 13 set. 2018, p. 17057.

30 - EXECUÇÃO. ATRASO NO PAGAMENTO DE UMA PARCELA DO ACORDO. MULTA ESTABELECIDA EM ACORDO HOMOLOGADO. INDEVIDA. AUSÊNCIA DE CULPA DO EXECUTADO. Correta a decisão de 1º grau que afastou a aplicação da multa de 50% sobre o acordo firmado pelas partes e homologado pelo MM. Juízo. Houve atraso no pagamento da 2ª parcela, porém esse atraso não pode ser atribuído ao executado, que foi impedido de realizar o depósito em razão de comprovada tentativa de furto nas agências bancárias do município, o que ocasionou a suspensão do atendimento bancário. Em seguida, o executado realizou o pagamento no dia útil subsequente, referente a tal parcela, bem como cumpriu integralmente o acordo firmado, até o final. A suspensão do atendimento dos clientes pelas agências bancárias não pode ser atribuída ao executado, que agiu de boa-fé. Ademais, não houve prejuízo ao exequente. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 0011878-68.2015.5.15.0028 AP - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 14 nov. 2018, p. 3066.

31 - FIXAÇÃO DO VALOR ARBITRADO PARA A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. PARÂMETROS. O valor da indenização por danos morais deve ser arbitrado observando-se a equação que sopesa a compensação moral do ofendido, bem como o caráter punitivo com o que se objetiva a não reincidência do ato danoso, tudo conforme os arts. 944 e

seguintes do CC/2002. TRT/SP 15ª Região 0010775-54.2017.5.15.0093 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 22 nov. 2018, p. 3367.

32 - FRAUDE À EXECUÇÃO. BEM ALIENADO ANTES DO REGISTRO DA PENHORA. NÃO COMPROVADA MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 375 DO C. STJ. Nos termos da Súmula n. 375 do C. STJ, não comprovado o registro da penhora do bem na data da alienação, nem mesmo a má-fé do adquirente, não há como reconhecer a fraude à execução hábil a desconstituir o negócio jurídico pretérito, devendo ser observada a segurança jurídica na aquisição de bens e o princípio geral da boa-fé. TRT/SP 15ª Região 0011565-32.2017.5.15.0095 AP - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 5 set. 2018, p. 1541.

33 - GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Tendo o exame ultrassonográfico gestacional confirmado que a concepção ocorrera nos dias anteriores à rescisão do contrato de trabalho, faz jus a autora à estabilidade provisória, nos termos do art. 10, II, "b" do ADCT. A ausência de notificação ao empregador sobre a gravidez não é fato impeditivo ao direito perseguido pela autora, já que o aludido dispositivo não prevê a exigência. E não cabe ao intérprete restringir, onde o legislador não o fez. TRT/SP 15ª Região 0010339-61.2017.5.15.0072 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 25 out. 2018, p. 9274.

34 - GUARDA MUNICIPAL. CONDUÇÃO DE AMBULÂNCIAS. DESVIO DE FUNÇÃO. NÃO CONFIGURADO. A condução de ambulâncias para atendimento a emergências por guardas municipais não representa, por si só, desvio ou acúmulo indevido de funções, pois referida atividade está prevista genericamente nos incisos III e XIII do art. 5º da Lei n. 13.022/2014. Precedentes. TUTELA INIBITÓRIA. ILEGITIMIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. O trabalhador, isoladamente, não possui legitimidade para defender interesses difusos ou coletivos de sua categoria profissional. O provimento concedido pelo juízo da origem, consubstanciado em obrigação de não fazer consistente na proibição de o município réu deixar de exigir determinados serviços dos integrantes da categoria dos guardas municipais, ostenta indiscutível natureza coletiva, com discussão incabível em litígios individuais. No caso, a petição inicial postulou a cessação da exigência dos serviços de atendimento a emergências pela reclamante, apenas, sem a pretensão de extensão a todos os trabalhadores da mesma categoria, o que revela, também, a ocorrência de julgamento *extra petita*. TRT/SP 15ª Região 0011509-95.2015.5.15.0118 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 18 out. 2018, p. 8831.

35 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA). INAPLICABILIDADE DA LEI NOVA. Em relação aos processos ajuizados anteriormente à vigência da Lei n. 13.467/2017, como é o caso dos presentes autos, não serão aplicadas as alterações relativas às normas processuais que causem gravame às partes, a exemplo das questões que envolvem honorários advocatícios, honorários periciais e outras despesas processuais, em observância à aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, bem como do princípio da causalidade e da garantia da não surpresa, haja vista que a expectativa de custos e riscos de eventual sucumbência é aferida no momento da propositura da ação. TRT/SP 15ª Região 0012827-28.2017.5.15.0059 ROPS - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 10 out. 2018, p. 6265.

36 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SUCUMBENTE BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. Nos feitos sujeitos à competência desta Justiça Especializada a sucumbência deve ser atribuída não em relação ao valor individualizado de cada pedido na exordial, mas, sim, de acordo com cada título/parcela objeto da pretensão. A procedência parcial de um pedido individualizado não implica sucumbência. A responsabilidade pelos honorários do sucumbente, quando beneficiário da gratuidade judiciária, está sujeita a condição suspensiva, nos termos do no art. 791, § 4º, da CLT, sendo que somente responderá pela verba honorária caso aufera créditos capazes de alterar de forma substancial e definitiva sua condição econômica. TRT/SP 15ª Região 0010275-86.2018.5.15.0146 ROPS - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 13 set. 2018, p. 27777.

37 - IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO A TERCEIRO. Reputa-se bem de família o imóvel destinado à residência do casal, nos termos da Lei n. 8.009/1990, ou o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja destinada à subsistência ou à moradia da sua família, na esteira do entendimento consubstanciado na Súmula n. 486 do C. STJ. TRT/SP 15ª Região 0010074-97.2016.5.15.0006 AP - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 10 out. 2018, p. 10568.

38 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA ROTINEIRA DOS PERTENCES DOS EMPREGADOS E REVISTA PESSOAL DOS BOLSOS DE JALECOS SEM CONTATO FÍSICO. POSSIBILIDADE. A revista diária dos objetos pessoais dos empregados, pelo empregador, não caracteriza, por si só, ato ilícito. E a revista pessoal feita superficialmente, sem qualquer tipo de toque corporal, igualmente não viola a intimidade e a dignidade dos trabalhadores. O dano indenizável só se verifica em casos de comprovado excesso, que exponha a intimidade do trabalhador e desrespeite os limites

de sua privacidade. Portanto, valendo-se o empregador destes tipos de revista tomando o cuidado necessário para não expor seus colaboradores a situações constrangedoras, age dentro dos limites do seu poder diretivo, no regular exercício de proteção e defesa do seu patrimônio. TRT/SP 15ª Região 0010524-59.2017.5.15.0150 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 10 out. 2018, p. 10628.

39 - JORNADA DOS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. DESRESPEITO À PROPORÇÃO ENTRE ATIVIDADES REALIZADAS EM SALA DE AULA E EXTRACLASSE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS DEVIDAS. A Lei Federal n. 11.738/2008 estabeleceu a presunção de que os professores da educação básica despendem 1/3 da jornada total para a realização de atividades extraclasse. Pode-se afirmar, portanto, que o professor contratado para uma jornada de 30 horas semanais, que realiza mais de 20 horas em sala de aula, está trabalhando em regime de sobrejornada, ultrapassando a jornada semanal estabelecida, pois a partir desse limite se cumula o trabalho em sala de aula ao extraclasse, conforme presunção legal. Em suma, a jornada é composta pelas horas de trabalho em sala de aula e pelas horas extraclasse, não podendo haver a exclusão destas para a verificação do limite semanal, sob pena de desrespeito à Lei Federal n. 11.738/2008, sendo devidas as horas extraordinárias pleiteadas. Sentença que se reforma. TRT/SP 15ª Região 0010182-68.2017.5.15.0014 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 18 out. 2018, p. 22882.

40 - JUSTIÇA GRATUITA. REFORMA TRABALHISTA. ART. 790, §§ 3º E 4º, DA CLT. INTERESSADO DESEMPREGADO OU QUE JUNTA DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. DEFERIMENTO. O litigante desempregado por ocasião do processo e também o que, juntando declaração de pobreza, esteja empregado, ainda que recebendo remuneração superior a 40% do limite de benefícios do Regime Geral de Previdência, fazem jus aos benefícios da justiça gratuita, por se estabelecer, em favor deles, presunção relativa de insuficiência de recursos, que somente poderá ser elidida pela produção de prova em sentido contrário. Inteligência dos arts. 212, IV, do CC, 374, IV, do CPC, e 1º da Lei n. 7.115, de 29 de agosto de 1983. TRT/SP 15ª Região 0008686-46.2017.5.15.0000 AR - Ac. 3ª SDI PJe. Rel. Jorge Luiz Costa. DEJT 5 set. 2018, p. 677.

41 - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. RECURSO Oponível. Princípio da fungibilidade. Agravo interno. ART. 278 DO RI DESSE TRIBUNAL. De acordo com as atuais disposições do *caput* do art. 278 do Regimento Interno deste Tribunal Regional, o agravo interno deve ser considerado como recurso apropriado em face de decisão monocrática que indefere de plano petição inicial de mandado de segurança coletivo contra ato praticado por autoridade tida por coatora de primeira instância.

TRT/SP 15ª Região 0006765-18.2018.5.15.0000 MS - Ac. SDC PJe. Rel. Ana Paula Alvarenga Martins. DEJT 22 nov. 2018, p. 395.

42 - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. RECURSO Oponível. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO INTERNO. ART. 278 DO RI DESTE TRIBUNAL. De acordo com as atuais disposições do *caput* do art. 278 do Regimento Interno deste Tribunal Regional, o agravo interno deve ser considerado como recurso apropriado em face de decisão monocrática que indefere de plano petição inicial de mandado de segurança coletivo contra ato praticado por autoridade tida por coatora de primeira instância. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. ART. 545, *CAPUT*, DA CLT. MODO DE ALTERAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.467/2017. A literalidade da norma contida no inciso III do art. 146 da CF/1988 deve ser entendida como expressão apenas dos parâmetros gerais sobre matéria tributária. Afinal, o princípio geral da Constituição de 1988 declara que criar e modificar tributos devem ser instituídos por meio de leis ordinárias; o cabimento do uso de leis complementares corresponde apenas para aquelas hipóteses em que o Constituinte assim exigiu. Consequentemente, as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 para o *caput* do art. 545 da CLT devem ser consideradas juridicamente válidas, o que exclui qualquer argumentação contrária com base na eventual ofensa a direito líquido e certo em favor de sindicato de trabalhadores que busca, pela via do mandado de segurança, ordem para recolhimento do antigo imposto sindical. TRT/SP 15ª Região 0005499-93.2018.5.15.0000 MS - Ac. SDC PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 1º set. 2018, p. 571.

43 - MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE. SEGURANÇA DENEGADA. LEI N. 12.016/2009, ART. 6º, § 5º. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 414, III, DO C. TST. Constatado o proferimento de sentença na ação originária, desaparece o interesse processual em impugnar, por meio de mandado de segurança, a tutela provisória concedida ou indeferida pelo juízo impetrado, nos exatos termos do item III da Súmula n. 414 do C. TST. Segurança que se denega por perda superveniente de interesse, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito, com fundamento nos arts. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009, e 485, VI, do CPC/2015. TRT/SP 15ª Região 0005462-66.2018.5.15.0000 MS - Ac. SDC PJe. Rel. Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim. DEJT 27 set. 2018, p. 1380.

44 - MINUTOS RESIDUAIS IMPAGOS. TEMPO À DISPOSIÇÃO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. PAGAMENTO DEVIDO. Consideram-se tempo à disposição do empregador as variações de horário do registro de ponto excedentes de cinco minutos independentemente das atividades realizadas pelo trabalhador. Situação em que o empregado registra tanto o início

da jornada antes, quanto o término após o horário contratual, ainda que não trabalhe nestes interregnos, gera a obrigação patronal de remunerá-los tal qual a hora normal destinada à prática laboral propriamente dita, acrescidos do adicional pertinente (legal ou convencional) e respectivos reflexos nas demais verbas do pacto. TRT/SP 15ª Região 0010615-56.2017.5.15.0084 RO - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 22 nov. 2018, p. 14267.

45 - MOTORISTA. CONTROLE DE JORNADA. HORA EXTRA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 12.619/2012. IMPOSSIBILIDADE. A Lei n. 12.619/2012, norma especial que passou a disciplinar a atuação do motorista profissional, tem natureza constitutiva e não meramente declaratória. Nosso ordenamento jurídico veda a aplicação retroativa da lei aos fatos ocorridos antes de sua vigência em 17.6.2012, conforme dispõe o art. 6º da LINDB na esteira do inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988, sob pena de violação do princípio constitucional da segurança jurídica. MOTORISTA PROFISSIONAL. TEMPO DE ESPERA. Em conformidade com a Lei n. 12.619/2012 o tempo de espera configura período peculiar - como o sobreaviso (remunerado à razão de 1/3 do salário-hora normal) e a prontidão (2/3 do salário-hora normal) do ferroviário (art. 244 da CLT, §§ 2º e 3º), situação também reconhecida ao sobreaviso do aeronauta (12 horas - arts. 25 e 26 da Lei n. 7.183/1984 e art. 43, § 2º, da Lei n. 13.475/2017 - 1/3 dos valores de hora de voo) e sobreaviso dos que atuam na supervisão das atividades de exploração, perfuração, produção e refinação do petróleo (arts. 5º e 6º da Lei n. 5.811/1972 - salário-hora mais adicional de 20%). Como se refere ao período em que o empregado está à disposição do empregador, nada impede que este critério de especificidade também seja observado quanto à remuneração do tempo de espera do motorista profissional, em relação ao qual há o pagamento do salário-hora + 30%. Entretanto, ante a inequívoca natureza contraprestativa do pagamento efetuado a tal título, a interpretação conforme da lei ordinária aos princípios constitucionais impõe o reconhecimento da sua natureza salarial, com consequente pagamento dos reflexos quando comprovada a habitualidade. TRT/SP 15ª Região 0010355-14.2016.5.15.0019 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 8 nov. 2018, p. 1980.

46 - MOTORISTA. INTERVALO DO TEMPO DE DIREÇÃO E INTERVALO INTRAJORNADA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. Em conformidade com o art. 235-D, II, na redação conferida pela Lei n. 12.619/2012 o intervalo de 30 minutos, concedido a cada 4 (quatro) horas de direção, pode ser usufruído em conjunto com o intervalo intrajornada de 1 (uma) hora para refeição e descanso. MOTORISTA. TEMPO DE ESPERA. INÍCIO DE CONTAGEM. O tempo de espera em que o motorista fica aguardando para carregar e descarregar só pode ter início após o término da jornada normal de trabalho, nos termos do § 8º do art. 235-C na dicção da

Lei n. 12.619/2012. TRT/SP 15ª Região 0011856-61.2014.5.15.0087 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 20 set. 2018, p. 4783.

47 - MULTA DO ART. 477 DA CLT. DIFERENÇAS DE VERBAS RESCISÓRIAS RECONHECIDAS EM JUÍZO. INDEVIDA. O fato gerador da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT é a não observância do prazo para o pagamento das verbas rescisórias, previsto no § 6º do mesmo preceito, ressalvada a hipótese em que o empregado der causa à mora. Assim, o reconhecimento judicial da existência de diferenças de verbas rescisórias, quando tempestivamente pagos os valores incontroversos, não autoriza a cominação da referida penalidade. TRT/SP 15ª Região 0010134-88.2016.5.15.0097 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 18 out. 2018, p. 22505.

48 - MUNICÍPIO. JORNADA DE TRABALHO DO PROFESSOR. ATIVIDADES EXTRACLASSE. DESCUMPRIMENTO DA LEI N. 11.738/2008. PAGAMENTO COMO HORAS EXTRAS. Descumprido o art. 2º, § 4º, da Lei n. 11.738/2008, segundo o qual, na composição da jornada de trabalho dos profissionais do magistério público da educação básica observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos, devido o pagamento como extras das horas atinentes às atividades extraclasse, se inobservada a proporção de 1/3 da referida carga horária. Em se tratando de ficção jurídica, a majoração na quantidade de horas destinadas às atividades com alunos implica o conseqüente incremento às horas de trabalho pedagógico, extraclasse. TRT/SP 15ª Região 0011684-34.2017.5.15.0049 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 22 nov. 2018, p. 3962.

49 - MUNICÍPIO. PRETENSÕES DECORRENTES DO EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Estando as pretensões do reclamante relacionadas ao período em que exerceu cargo comissionado, mediante vínculo jurídico-administrativo com o município, fica afastada a competência desta Justiça Especializada para apreciar a reclamatória. TRT/SP 15ª Região 0010126-53.2018.5.15.0029 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 5 set. 2018, p. 17540.

50 - PAGAMENTO "POR FORA" (EXTRAFOLHA DE SALÁRIOS). MEIO DE PROVA. INDÍCIOS E PRESUNÇÕES. VIABILIDADE. A prova de pagamento de valores em dinheiro "por fora" das folhas de salários dos empregados, porque em fraude à lei, além da prova oral, admite-se como provado quando assim indicarem os indícios e presunções do caso concreto, situação em que o juiz apreciará sob o enfoque do princípio da persuasão racional (NCPC, art. 371). É sábia a doutrina de Moacyr Amaral Santos de que os arts. 252 e 253 do CPC/1939 remanescem por seu relevante critério doutrinário e científico ao disporem que: "O dolo, a fraude, a simulação e, em geral os atos

de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias” (art. 252) e que “Na apreciação dos indícios, o juiz o considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na defesa e inicial” (CPC, art. 253). Estas regras que não foram expressamente contempladas pelos códigos posteriores contêm orientação plenamente aplicável a negócios que trazem ínsita a fraude à lei, como o pagamento “por fora” das folhas de salários, já que não se é de exigir a prova documental. No caso, as provas produzidas atestam a ilícita forma de proceder da empresa, corroborando, pois, a tese da vestibular acerca dos pagamentos “por fora”. Destarte, diante das evidências produzidas, conclui-se que é possível condenar a reclamada em decorrência de pagamentos “por fora”. TRT/SP 15ª Região 0012561-66.2014.5.15.0117 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 5 set. 2018, p. 10719.

51 - PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PREVISTA EM APÓLICE DE CONTRATO DE SEGURO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O debate acerca do direito à indenização por sinistro invalidez não se enquadra na competência da Justiça do Trabalho, porque não se discute indenização por doença ou acidente de trabalho decorrente de culpa, tampouco indenização substitutiva de seguro acidentário não corretamente contratado pelo empregador. O pedido, tal como formulado, corresponde exatamente ao benefício supostamente devido ao autor por contrato de seguro. TRT/SP 15ª Região 0012104-59.2017.5.15.0010 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Alvaro dos Santos. DEJT 20 set. 2018, p. 36404.

52 - PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DAS FÉRIAS. DOBRA DEVIDA. O pagamento das férias em desconformidade com o prazo estabelecido no art. 145 da CLT esvazia a finalidade do instituto, o que atrai a aplicação da sanção prevista no art. 137 da CLT, fazendo jus o empregado ao recebimento correspondente à dobra da parcela em comento, incluído o terço constitucional. Inteligência da Súmula n. 450 do C. TST e Súmula n. 52 deste E. TRT da 15ª Região. Não há que se falar em inconstitucionalidade do referido verbete, uma vez que ele em nada viola a Constituição Federal, já que se ampara nas normas de proteção vigentes. TRT/SP 15ª Região 0012187-45.2017.5.15.0117 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Flavio Landi. DEJT 22 nov. 2018, p. 11430.

53 - PRAZO NÃO CONCEDIDO PARA EMENDA DA INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. Nosso novel diploma processual consagra, em seus arts. 4º, 10 e 139, IX, o dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo, a fim de se evitar decisões surpresas, assim entendidas aquelas que, no julgamento final da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicam fundamento jurídico ou se embasam em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes. O novo CPC tem como um dos seus elementos estruturantes o princípio da primazia da resolução de mérito, contido no art. 4º do NCPC, de tal

sorte que os magistrados, sempre que possível, devem buscar a superação dos vícios formais que inquinam o processo, viabilizando sua correção ou sanção, a fim de que possam efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. Nesses termos, em casos tais em que não foi oportunizada a emenda da inicial ao recorrente, deve dar-se provimento ao apelo para, afastando o decreto de extinção do processo, determinar o retorno dos autos à origem, para que conceda prazo para o reclamante regularizar sua petição inicial, nos termos da Súmula n. 263 do C. TST e do art. 321 do NCPC. TRT/SP 15ª Região 0010992-55.2018.5.15.0031 ROPS - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 10 out. 2018, p. 7541.

54 - RECURSO ORDINÁRIO DA CONFEDERAÇÃO AUTORA. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA DE REGULAR CONSTITUIÇÃO E LANÇAMENTO DO TRIBUTO. Ainda que a confederação autora tenha legitimidade para efetuar o lançamento e a cobrança da contribuição sindical rural, a ciência do devedor deve ocorrer por meio de notificação pessoal, não se afigurando suficiente a mera publicação de editais em jornais de grande circulação. Ausência de regular constituição e lançamento do tributo. TRT/SP 15ª Região 0012751-03.2017.5.15.0027 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 10 out. 2018, p. 11394.

55 - REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. NÃO CONHECIMENTO. Diante do escopo de celeridade imposto pela adoção do critério de condenações superiores a 500 (quinhentos) salários-mínimos, em face da Fazenda Pública Estadual, para o conhecimento de remessa oficial, nos termos do art. 496, § 3º, inciso II, do CPC de 2015, o reexame em tela, cuja condenação foi arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não merece ser conhecido. Decisão também em consonância com a Súmula n. 303, item I, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0011287-74.2017.5.15.0113 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 20 set. 2018, p. 11796.

56 - RESPONSABILIDADE POR ACIDENTE PELA SEGUNDA CAUSA. COMPENSAÇÃO. Havendo uma segunda causa decorrente da primeira, em princípio, o empregador deve responder na forma do art. 7º, XXVIII, da CF/1988, porque não existiria o acidente se não houvesse a primeira causa, que é de sua responsabilidade. Também não é juridicamente possível fazer a compensação do que a Previdência possa ressarcir, ante o disposto no art. 121 da Lei n. 8.213/1991. TRT/SP 15ª Região 0011201-09.2015.5.15.0070 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 13 nov. 2018, p. 11751.

57 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CABÍVEL QUANDO COMPROVADA A CULPA *IN VIGILANDO* DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. DECISÃO

DO STF DECLARANDO A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 331, V, DO C. TST. Em face da decisão do STF na ADC 16/DF declarando a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, não resta dúvida de que a terceirização, por si só, não conduz à responsabilização da entidade pública, que somente terá lugar quando comprovada a culpa *in eligendo* e *in vigilando* do tomador dos serviços, situação caracterizada nos presentes autos, diante da demonstração de sua omissão no dever de fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações da empresa contratada. Hipótese em que se revela cabível a imposição da responsabilidade subsidiária ao ente da administração pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada. TRT/SP 15ª Região 0011387-95.2017.5.15.0091 RO - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 25 out. 2018, p. 24868.

58 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. Ao contrário do que acontece nos casos de terceirização previstos na Súmula n. 331 do C. TST, na concessão de serviço público, cujo contrato é regulado pelo art. 175 da CF e pela Lei n. 8.987/1995, a municipalidade não é a real beneficiária da prestação de serviço, eis que o serviço público foi delegado para uma empresa privada, por meio de processo licitatório, com a expressa cominação, tanto legal como contratual, de execução da atividade empreendida em seu próprio nome e por sua conta e risco. A incumbência de regulamentar, fiscalizar e punir, assim como a possibilidade de intervenção e encampação do serviço, previstas pelo art. 29 da mesma lei, não descaracteriza a natureza jurídica do contrato, o qual se configura como verdadeira delegação de execução do serviço público e não apenas sua efetivação por meio de interposta pessoa. Recurso a que se dá provimento, para afastar a condenação subsidiária do município pelos haveres deferidos ao empregado da concessionária. TRT/SP 15ª Região 0012486-61.2017.5.15.0007 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes. DEJT 27 set. 2018, p. 13295.

59 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EXECUÇÃO. BENEFÍCIO DE ORDEM. INDEVIDO. Para execução do responsável subsidiário basta o inadimplemento da obrigação que emana do título executivo, pelo devedor principal, não sendo exigível, preliminarmente, a inscrição no juízo universal da falência ou a tentativa de execução dos bens dos sócios deste. Raciocínio diverso atenta contra o princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional consagrado no inciso LXXVIII do art. 5º da CF. TRT/SP 15ª Região 0010115-26.2013.5.15.0085 AP - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 13 set. 2018, p. 22328.

60 - SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INTERINIDADE. SUCESSÃO TRABALHISTA. Descontinuidade da

prestação dos serviços para o novo titular da serventia habilitado por concurso público. Responsabilidade trabalhista do novo titular não configurada. TRT/SP 15ª Região 0010465-97.2017.5.15.0012 ROPS - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 20 set. 2018, p. 18540.

61 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Na forma prevista pelo art. 8º, inciso III, da CF, o sindicato é parte legítima para atuar como substituto processual da categoria na defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos. O pedido inicial versa sobre pagamento de adicional de insalubridade para empregados da recorrida. Clara, portanto, a defesa de interesses individuais homogêneos ligados a uma origem comum, cuja defesa coletiva encontra-se expressamente autorizada pelo art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso ordinário provido para afastar a ilegitimidade ativa decretada pelo primeiro grau. TRT/SP 15ª Região 0011665-08.2014.5.15.0122 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 13 set. 2018, p. 9727.

62 - VIGILANTE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CABIMENTO. PORTARIA N. 1.885 DE 3.12.2013 DO MTE. Faz jus ao adicional de periculosidade o trabalhador que exerce a função de vigilante apenas após a publicação da Portaria n. 1.885 do MTE, em 3.12.2013, que regulamentou a Lei n. 12.740/2012. TRT/SP 15ª Região 0011156-02.2016.5.15.0092 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 5 set. 2018, p. 14203.

63 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COOPERATIVA DE TRABALHADORES EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL. FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO. A hipótese legal contida no parágrafo único do art. 442 da CLT pressupõe a existência de uma verdadeira sociedade cooperativa, nos termos da Lei n. 5.764/1971. Pressupõe, também, sob todos os aspectos, a existência de verdadeiros associados e que o objeto dessa cooperativa seja lícito. A finalidade da cooperativa é prestar serviços aos associados ou em regime de reciprocidade. Visa, sobretudo, o bem comum dos sócios cooperados. A cooperativa que deixa de cumprir essa finalidade, para simplesmente arregimentar pseudo associados para prestação de serviços para terceiros, numa nítida locação de mão de obra, divorcia-se flagrantemente da sua própria razão de existir. No caso, ficou evidenciada a fraude, pois o município se beneficiou da contratação de mão de obra de egressos do sistema prisional, com menor custo, sem realizar concurso público ou licitação para contratação de empresa prestadora de serviços, caracterizando a ocorrência de intermediação ilícita de mão de obra, por meio da qual o trabalhador colocou sua força de trabalho à disposição da Funap e do Município de Sorocaba, recebendo salário

por hora, sem qualquer autonomia no desenvolvimento de sua atividade. Portanto, o objeto do contrato entre a cooperativa e o tomador de serviço é ilícito, impondo-se reconhecer o vínculo empregatício. TRT/SP 15ª Região 0010030-48.2016.5.15.0016 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 13 nov. 2018, p. 14572.

SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT 15ª REGIÃO*

Divulgadas de 4 de setembro de 2018 a 5 de março de 2019

(1 a 119 - constam nas edições anteriores deste periódico)

- 120 - MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS. SALÁRIO-ESPOSA. LEI MUNICIPAL N. 7.508/1975. O salário-esposa instituído no art. 2º da Lei Municipal n. 7.508/1975 é devido aos servidores, sem qualquer distinção de gênero.
- 121 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANUSEIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA. ÁLCALIS CÁUSTICOS EM BAIXA CONCENTRAÇÃO. INDEVIDO. O manuseio de produtos de limpeza de uso comum que contenham álcalis cáusticos diluídos e em baixa concentração, situação que não se enquadra no Anexo 13 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, não enseja o direito à percepção de adicional de insalubridade.
- 122 - EXTINÇÃO DA ESCALA 12X36 POR DECISÃO JUDICIAL. SUPRESSÃO DE HORAS EXTRAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. A extinção da escala 12x36 em cumprimento de decisão judicial anterior torna indevida a indenização prevista na Súmula n. 291 do C. TST, uma vez que a supressão de horas extras não ocorreu por ato unilateral do empregador.
- 123 - MUNICÍPIO DE ATIBAIA. PROFESSORES. DOBRA DO PERÍODO EM SUBSTITUIÇÃO. EXCESSO DE JORNADA. PAGAMENTO SEM ADICIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE. São inconstitucionais o item "2" das "observações" do Anexo III da Lei n. 2.406/1990 e o inciso II do art. 4º da Lei Complementar n. 243/1998, do Município de Atibaia, que preveem, aos professores, jornada extraordinária sem o pagamento do adicional legal mínimo de 50%, por afastar a garantia fixada no art. 7º, inciso XVI, da CF/1988 e usurpar a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, CF/1988).
- 124 - MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. AVISO-PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO PARA PAGAMENTO. É de até dez dias, a partir da notificação da despedida, o prazo para pagamento das verbas rescisórias na hipótese de aviso-prévio cumprido em casa.

*O acórdão a que se refere o inciso IV do art. 194 do Regimento Interno deste Regional está disponibilizado na versão eletrônica da Revista.

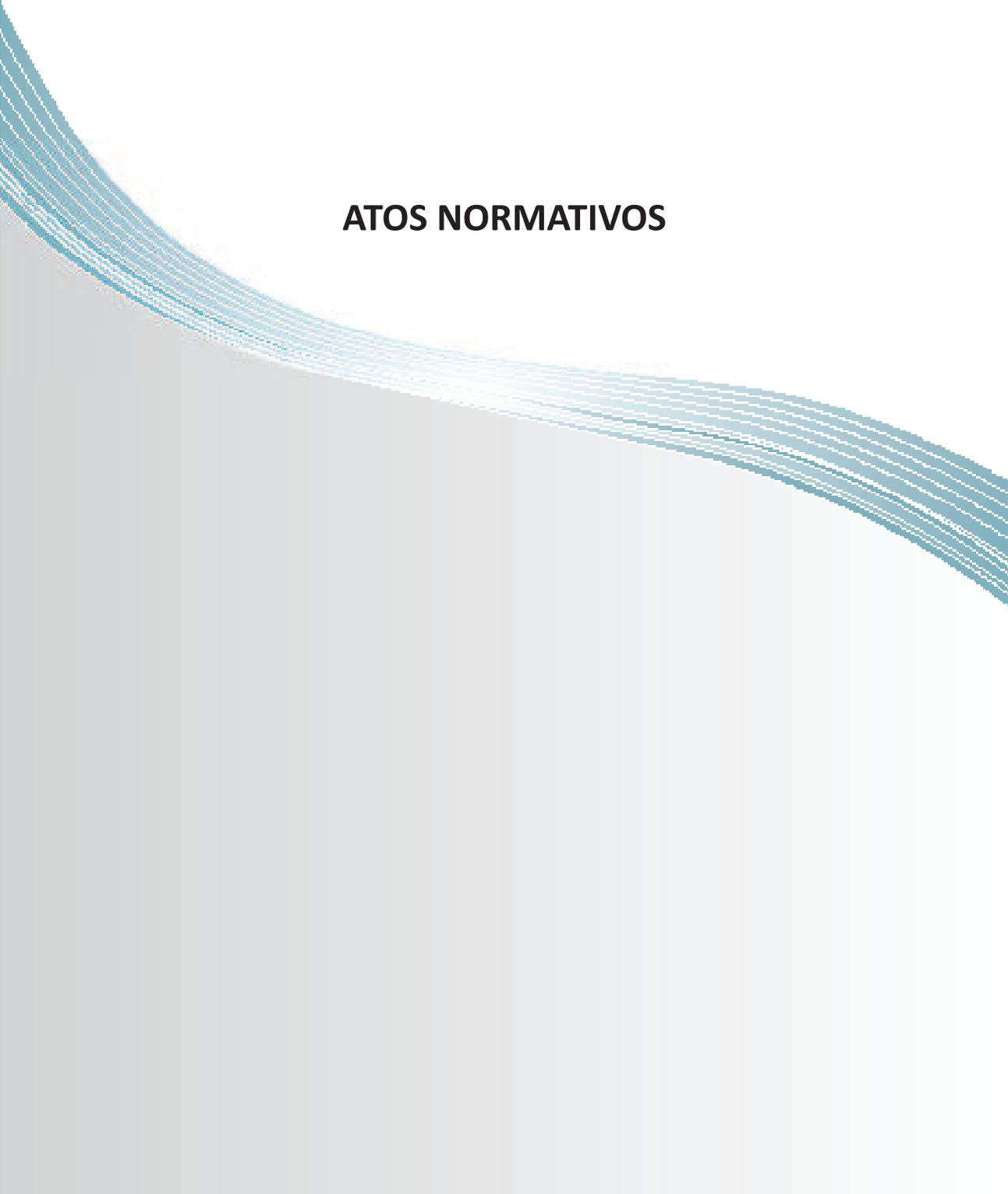
- 125 - MUNICÍPIO DE ROSANA. ALTERAÇÃO DE REGIME JURÍDICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho julgar demandas envolvendo o Município de Rosana e seus servidores até 31.12.2013, a partir de quando, nos termos do art. 181 da Lei Complementar n. 38/2014, passou a produzir efeitos o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Município de Rosana.
- 126 - INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6/1996 DO MUNICÍPIO DE GUAREÍ. GRATIFICAÇÃO CONCEDIDA A CRITÉRIO DO PREFEITO. OFENSA AO ART. 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DO BENEFÍCIO. INCABÍVEL. É inconstitucional a Lei n. 6/1996 do Município de Guareí, por violação aos princípios da impessoalidade e moralidade, sendo incabível a incorporação, aos contratos de trabalho, da gratificação nela prevista.
- 127 - JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997. ADI N. 4.357 DO STF. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, incidem juros de mora: a) de 1% (um por cento) ao mês, até agosto de 2001, nos termos do § 1º do art. 39 da Lei n. 8.177/1991; b) de 0,5% (meio por cento) ao mês, de setembro de 2001 a 29 de junho de 2009, conforme determina o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, e c) a partir de 30 de junho de 2009, incidência dos juros aplicados à caderneta de poupança, por força do art. 5º da Lei n. 11.960/2009.
- 128 - CONTRATO DE GESTÃO/CONVÊNIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA TRABALHISTA DO ENTE PÚBLICO. Nos contratos de gestão/convênio, uma vez caracterizada a culpa do ente público quanto ao dever legal de fiscalizar o órgão conveniado no cumprimento de suas obrigações trabalhistas, resulta sua responsabilidade subsidiária.
- 129 - MUNICÍPIO DE CAMPOS DO JORDÃO. REAJUSTE DE 5,85%. LEI MUNICIPAL N. 3.676/2014. INAPLICABILIDADE AOS PROFESSORES DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. Inaplicável aos servidores integrantes do magistério público do Município de Campos do Jordão o reajuste de 5,85% previsto na Lei Municipal n. 3.676/2014, tendo em vista que a categoria dos professores foi excluída do Anexo IV da Lei Municipal n. 1.822/1991 por leis específicas. Legítima a supressão do percentual em vista do disposto na Súmula n. 473 do E. Supremo Tribunal Federal.

**TESES PREVALECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE
EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT 15ª REGIÃO**

Divulgadas de 6 de março de 2018 a 5 de março de 2019

(1 a 6 - constam nas edições anteriores deste periódico)

- 7 - MUNICÍPIO DE CASA BRANCA. LICENÇA-PRÊMIO. A Lei Municipal n. 1/1947, que instituiu a licença-prêmio, não se aplica aos servidores públicos regidos pela CLT.
- 8 - MUNICÍPIO DE ADAMANTINA. RECESSO ESCOLAR. NATUREZA JURÍDICA. O recesso escolar disciplinado no art. 34 da Lei Complementar n. 94/2007 do Município de Adamantina possui natureza jurídica de férias, motivo por que há incidência do terço constitucional.
- 9 - MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA. DIRETOR DE ESCOLA. GRATIFICAÇÃO. A omissão legislativa quanto à existência do cargo de Diretor de Escola figura como óbice ao reconhecimento do direito à gratificação pelo exercício desta função, por aplicação analógica do art. 62, parágrafo único, da CLT, à luz do que prescrevem os arts. 37, *caput* e inciso X, 39 e 61, § 1º, da Constituição de 1988 e a Súmula Vinculante n. 37 do E. STF.



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Ato Conjunto GP-VPA n. 1, de 29 jan. 2019, DEJT 30 jan. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1
Altera o calendário oficial de sessões do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região para o ano de 2019.

Ato Conjunto GP-VPA n. 4, de 18 dez. 2018, DEJT 4 jan. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1
Divulga o calendário oficial de sessões do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região para o Ano Judiciário de 2019.

Ato Regulamentar GP n. 6, de 23 jan. 2019, DEJT 24 jan. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1-3
Dispõe sobre o trabalho por excepcional necessidade de serviço durante o recesso forense nas unidades administrativas e judiciárias do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, bem como sobre a suspensão dos prazos administrativos nesse interregno.

Ato Regulamentar GP n. 12, de 5 nov. 2018, DEJT 8 nov. 2018 (Cad. Administrativo), p. 1
Revoga o Ato Regulamentar n. 10/2015. Revisa o Plano de Logística Sustentável, no âmbito deste Tribunal, e dá outras providências.

Ato Regulamentar GP-VPJ n. 2, de 17 dez. 2018, DEJT 18 dez. 2018 (Cad. Administrativo), p. 1
Altera o Ato GP-VPJ n. 1/2017 e dispõe sobre os novos procedimentos a serem observados para o encaminhamento de processos submetidos à tentativa conciliatória e/ou à homologação de acordos no âmbito do CEJUSC-JT de 2º grau.

Resolução Administrativa n. 1, de 23 jan. 2019, DEJT 24 jan. 2019 (Cad. Judiciário), p. 1-2
Aprova as Súmulas n. 124, 125, 126, 127 e 128 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 2, de 23 jan. 2019, DEJT 24 jan. 2019 (Cad. Judiciário), p. 1
Aprova a Tese Prevalente n. 9 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 3, de 22 fev. 2019, DEJT 26 fev. 2019 (Cad. Judiciário), p. 1

Aprova a Súmula n. 129 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 17, de 11 out. 2018, DEJT 11 out. 2018 (Cad. Administrativo), p. 1

Cancela as Súmulas n. 68 e 81 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 18, de 26 out. 2018, DEJT 29 out. 2018 (Cad. Judiciário), p. 5-6

Aprova a Súmula n. 120 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 19, de 26 out. 2018, DEJT 29 out 2018 (Cad. Judiciário), p. 6-7

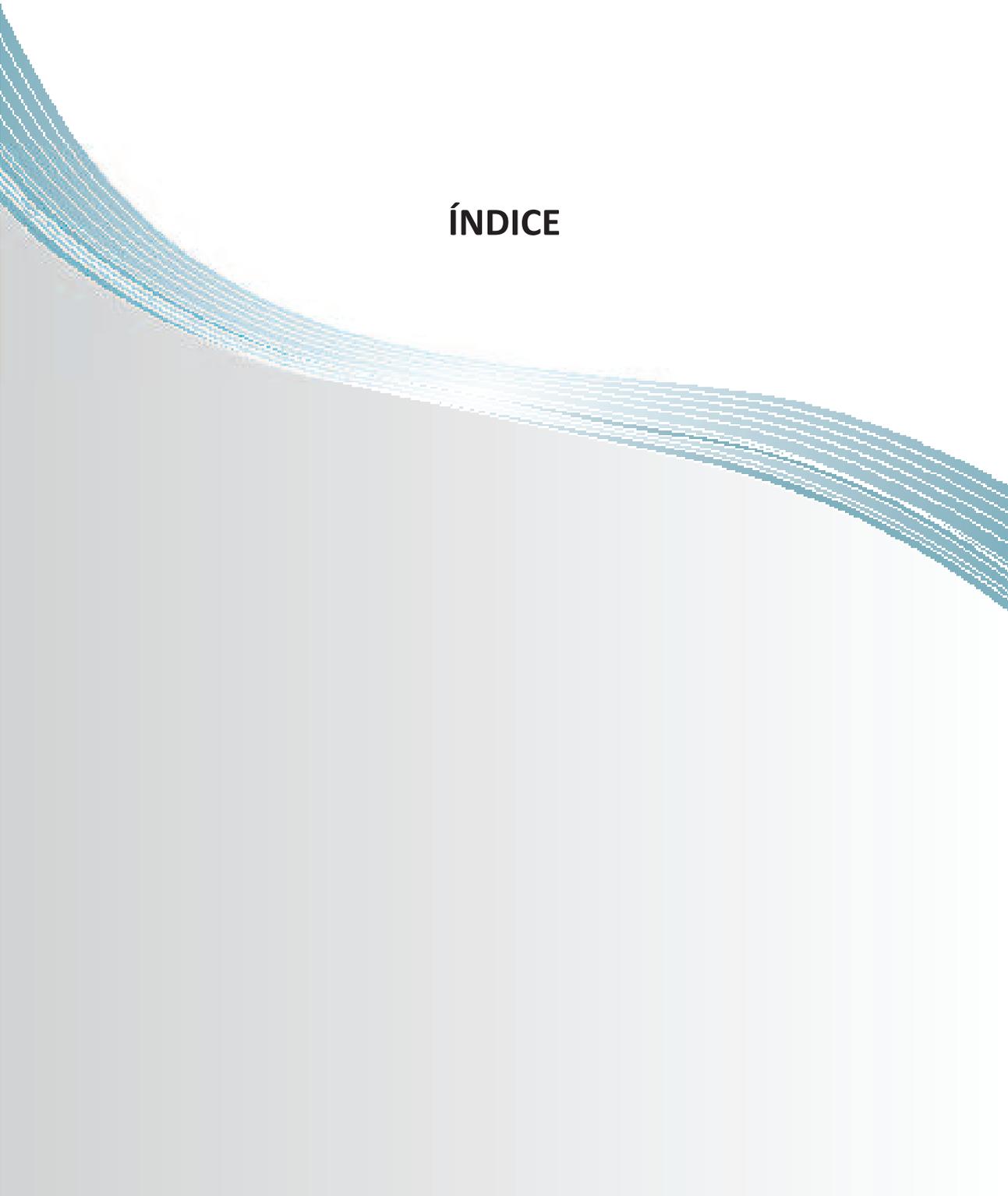
Aprova as Teses Prevalentes n. 7 e 8 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 20, de 31 out. 2018, DEJT 6 nov. 2018 (Cad. Judiciário), p. 1-2

Aprova as Súmulas n. 121 e 122 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 21, de 26 nov. 2018, DEJT 29 nov. 2018 (Cad. Judiciário), p. 1

Aprova a Súmula n. 123 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.



ÍNDICE

ÍNDICE DO EMENTÁRIO

Ação

- Ação ajuizada após a vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista). Petição inicial. Requisitos. Ausência de indicação de valor do pedido. Extinção do processo sem resolução do mérito 303
- Ação civil pública. Descumprimento da cota mínima para contratação de pessoas com deficiência. Art. 93 da Lei n. 8.213/1991. Prova..... 303
- Ação rescisória. Violação a dispositivo de lei. Interpretação razoável conferida à matéria. Improcedência 303
- Tutela inibitória. Ilegitimidade. Julgamento *extra petita*..... 314

Adicional

- Adicional de insalubridade. Trabalhador rural. Trabalho a céu aberto. Exposição a calor. Cabimento..... 312
- Adicional por tempo de serviço. Quinquênio. Servidor público vinculado ao regime celetista..... 304
- Direito do trabalho. Trabalho rural a céu aberto. Exposição ao calor excessivo. Insalubridade 311
- Vigilante. Adicional de periculosidade. Cabimento. Portaria n. 1.885 de 3.12.2013 do MTE..... 323

Assistência judiciária

- Agravo de instrumento em recurso ordinário. Benefício da justiça gratuita. Pessoa jurídica. Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos 304
- Honorários advocatícios. Sucumbência. Ação ajuizada antes da vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista). Inaplicabilidade da lei nova 315
- Honorários sucumbenciais. Sucumbência recíproca. Sucumbente beneficiário da gratuidade judiciária 315
- Justiça gratuita. Reforma trabalhista. Art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT. Interessado desempregado ou que junta declaração de pobreza. Presunção de insuficiência de recursos. Deferimento..... 316

Competência

- Competência territorial. Prestação de serviços em local diverso da contratação. Ajuizamento da ação no local do contrato ou da prestação para facilitar o acesso à justiça. Aplicação do art. 651, § 3º, da CLT 306
- Exclusão do nome do reclamante do contrato social da reclamada. Incompetência desta Especializada 311
- Município. Pretensões decorrentes do exercício de cargo em comissão. Incompetência da Justiça do Trabalho..... 319
- Pagamento de indenização prevista em apólice de contrato de seguro. Incompetência da Justiça do Trabalho 320

Contrato

- Acordo coletivo do trabalho. Prevalência sobre a convenção coletiva 304
- Contrato de trabalho temporário. Lei n. 6.019/1974. Acréscimo extraordinário de serviços. Alegação não comprovada. Nulidade 307
- Empregado recontratado como trabalhador autônomo. Manutenção das mesmas condições de labor. Simulação 312
- Gestante. Desconhecimento do estado gravídico pelo empregador. Estabilidade provisória 314
- Guarda municipal. Condução de ambulâncias. Desvio de função. Não configurado 314
- Multa do art. 477 da CLT. Diferenças de verbas rescisórias reconhecidas em juízo. Indevida 319
- Pagamento “por fora” (extrafolha de salários). Meio de prova. Índícios e presunções. Viabilidade 319

Dano

- Dano moral coletivo. Não concessão do descanso semanal remunerado. Configuração. Dever de reparar 308
- Dano moral. Assalto a ônibus. Motorista. Atividade de risco. Reparação devida 309
- Dano moral. Demonstração do prejuízo. Irrelevante. *Damnum in re ipsa* 310
- Dano moral. Extrapolação habitual e abusiva dos limites físicos e sociais da jornada. Tempo de trabalho bem superior ao limite estabelecido no art. 59 da CLT, inclusive em dias de descanso e feriados. Configuração. Indenização devida 310
- Dispensa discriminatória. Existência de ação trabalhista de vínculo anterior em face da tomadora. Reintegração. Danos morais. Configuração 312
- Doença ocupacional. Trabalhador rural. Plantio da cana-de-açúcar. Doença em membros superiores. Nexo causal. Indenização por danos moral e material. Cabimento 312
- Fixação do valor arbitrado para a condenação por danos morais. Parâmetros 313
- Indenização por danos morais. Revista rotineira dos pertences dos empregados e revista pessoal dos bolsos de jalecos sem contato físico. Possibilidade 315

Execução

- Direito do trabalho. Reclamante admitido na condição de sócio minoritário da empresa reclamada. Fraude comprovada 311
- Empresa em recuperação judicial. Créditos constituídos posteriormente. Prosseguimento da execução na Justiça do Trabalho 312
- Excesso de execução. Avaliação do bem constrito superior ao valor do crédito exequente. Não configurado 313

- Execução. Atraso no pagamento de uma parcela do acordo. Multa estabelecida em acordo homologado. Indevida. Ausência de culpa do executado..... 313
- Fraude à execução. Bem alienado antes do registro da penhora. Não comprovada má-fé do adquirente. Não configurada. Aplicação da Súmula n. 375 do C. STJ..... 314
- Impenhorabilidade do bem de família. Imóvel locado a terceiro..... 315

Jornada de trabalho

- Bancário contratado para cumprir seis horas diárias. Intervalos intrajornadas de uma hora previstos no art. 71, § 4º, da CLT. Possibilidade..... 305
- Direito do trabalho. Jornada de trabalho. Horas extras. Trabalho externo. Aplicação do art. 62, inciso I, da CLT..... 310
- Jornada dos professores da educação básica. Desrespeito à proporção entre atividades realizadas em sala de aula e extra-classe. Horas extraordinárias devidas..... 316
- Minutos residuais impagos. Tempo à disposição. Horas extraordinárias. Pagamento devido..... 317
- Motorista profissional. Tempo de espera 318
- Motorista. Controle de jornada. Hora extra. Aplicação retroativa da Lei n. 12.619/2012. Impossibilidade..... 318
- Motorista. Intervalo do tempo de direção e intervalo intrajornada. Possibilidade de cumulação..... 318
- Motorista. Tempo de espera. Início de contagem 318
- Município. Jornada de trabalho do professor. Atividades extra-classe. Descumprimento da Lei n. 11.738/2008. Pagamento como horas extras..... 319

Prazo

- Pagamento extemporâneo das férias. Dobra devida 320
- Prazo não concedido para emenda da inicial. Extinção do processo sem resolução de mérito. Impossibilidade..... 320

Prova

- Acidente de trabalho. Culpa do empregado. Ausência de prova. Máquina trituradora. Atividade de risco. Indenizações devidas 304
- Cargo de confiança. Enquadramento do empregado na exceção do art. 62, II, da CLT. Ausência de prova 305
- Cerceamento do direito de defesa. Indeferimento de oitiva de testemunha. Horas *in itinere*. Produção de prova do fato constitutivo do direito. Violação ao art. 5º, LV, da CF. Configuração 305

Recurso

- Decisão recorrida: Decisões id7cee30a e id3ef2164 do Processo n. 0202400-81.2005.5.15.0067, em trâmite perante a 4ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto. Reclamação prevista no art. 988, II, do CPC. Cabimento. Limites 310

- Mandado de segurança coletivo. Decisão monocrática. Indeferimento da inicial. Recurso oponível. Princípio da fungibilidade. Agravo interno. Art. 278 do RI deste Tribunal.....316, 317
- Mandado de segurança. Sentença proferida na ação originária. Perda superveniente de interesse. Segurança denegada. Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 5º. Incidência da Súmula n. 414, III, do C. TST 317
- Recurso ordinário da confederação autora. Cobrança de contribuição sindical rural. Ausência de notificação pessoal. Ausência de regular constituição e lançamento do tributo 321
- Reexame necessário. Sentença ilíquida. Não conhecimento 321

Relação de emprego

- Arbitragem. Direitos individuais. Não cabimento..... 304
- Cooperativa. Fraude na contratação de trabalhadores. Vínculo empregatício..... 308
- Correspondente bancário. Ilicitude da intermediação de mão de obra. Formação de vínculo empregatício direto com a instituição bancária..... 308
- Vínculo empregatício. Cooperativa de trabalhadores egressos do sistema prisional. Fraude. Caracterização 323

Responsabilidade

- Ausência de retorno ao trabalho por motivo imputável ao trabalhador após cessação do benefício previdenciário. Responsabilidade pelo pagamento de salários..... 305
- Responsabilidade civil. Danos morais. Assédio moral no trabalho. Ofensa à honra, à imagem e à dignidade do(a) trabalhador(a) 307
- Responsabilidade por acidente pela segunda causa. Compensação 321
- Responsabilidade subsidiária. Administração pública direta e indireta. Cabível quando comprovada a culpa *in vigilando* do tomador dos serviços. Decisão do STF declarando a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Aplicação da Súmula n. 331, V, do C. TST 321
- Responsabilidade subsidiária. Contrato de concessão de serviço público 322
- Responsabilidade subsidiária. Execução. Benefício de ordem. Indevido..... 322
- Serviços extrajudiciais. Atividade notarial e de registro. Interinidade. Sucessão trabalhista..... 322

Sindicato

- Contribuição sindical. Art. 545, *caput*, da CLT. Modo de alteração. Constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017..... 317
- Substituição processual. Legitimidade ativa do sindicato. Adicional de insalubridade 323

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

ALMEIDA FILHO, Roberto Nóbrega de	
- O instituto da mediação no contexto jurídico luso-brasileiro (artigo)	193
AZEVEDO, Dagoberto Nishina de	
- Dano moral	310
BARBOSA, Mafalda Miranda	
- Os menores no desporto (artigo)	245
BOSCO, Carlos Alberto	
- A ruptura do contrato de trabalho pelo empregado no direito português. Particularidades. Garantias asseguradas que não se encontram presentes na legislação brasileira. Um contributo razoável para implementação no Brasil? (artigo).....	55
CANICOBA, Wilton Borba	
- Decisão recorrida	310
CARRADITA, Manuel Soares Ferreira	
- Contribuição sindical rural.....	321
- Impenhorabilidade.....	315
- Indenização por danos morais	315
CÉSAR, João Batista Martins	
- Cargo de confiança	305
- Cerceamento do direito de defesa	305
COCA, Eleonora Bordini	
- Desvio de função	314
- Substituição processual.....	323
- Tutela inibitória	314
COOPER, Fábio Allegretti	
- Contrato de trabalho temporário	307
- Excesso de execução.....	313
- Pagamento “por fora”	319
- Responsabilidade civil	307
COSTA, Jorge Luiz	
- Justiça gratuita	316
FERREIRA, José Otávio de Souza	
- Dano moral.....	310

*Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais, e dos assuntos em relação às demais seções.

FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes	
- Súmulas e precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro: diálogo com Castanheira Neves (artigo)	87
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta	
- Cooperativa	308
- Motorista	318
- Tutela inibitória: a eficácia da jurisdição pela superação da perspectiva monetizante (artigo)	219
GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto	
- Arbitragem.....	304
- Serviços extrajudiciais.....	322
GOMIERI, Olga Aida Joaquim	
- Acordo coletivo do trabalho	304
- Empregado recontratado.....	312
- Execução	313
GRASELLI, Fabio	
- Responsabilidade subsidiária	321
GRASELLI, Hélio	
- Empresa em recuperação judicial.....	312
KITANISHI, Bruna Oliveira Sousa	
- As faces do teletrabalho e uma análise do controle de jornada à luz da Lei n. 13.467/2017 (artigo)	283
LANDI, Flavio	
- Pagamento extemporâneo	320
LAZARIM, Luiz Antonio	
- Ação civil pública	303
- Acidente de trabalho	304
- Adicional de insalubridade.....	312
- Doença ocupacional	312
LOBO JUNIOR, Helcio Dantas	
- Fixação do valor arbitrado.....	313
- Município.....	319
- Reexame necessário.....	321
LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina	
- Ação ajuizada após a vigência da Lei n. 13.467/2017.....	303
- Estabilidade provisória.....	314
- Honorários advocatícios	315
MACHADO, João Alberto Alves	
- Honorários sucumbenciais.....	315

MARQUES, Claudinei Zapata

- Minutos residuais impagos..... 317
- Responsabilidade subsidiária..... 322

MARTINS, Ana Paula Alvarenga

- Mandado de segurança coletivo 316

MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e

- Discurso de posse da Exma. Desembargadora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região..... 23
- Responsabilidade subsidiária322

NUNES, Marcelo Garcia

- Adicional por tempo de serviço304

PILEGIS, Olga Regiane

- Aferição do nexó causal nos transtornos mentais e comportamentais relacionados ao trabalho: por uma análise multiprofissional e transdisciplinar do tema (artigo)..... 113

PISTORI, Gerson Lacerda

- Bancário305
- Contribuição sindical..... 317
- Jornada dos professores..... 316
- Mandado de segurança coletivo 317

PITAS, José

- Adicional de periculosidade..... 323
- Multa do art. 477 da CLT319
- Responsabilidade por acidente 321

RAFAEL, Luis Henrique

- Vínculo empregatício 323

RUFINO, Marcelo Magalhães

- Agravo de instrumento em recurso ordinário..... 304

SANTOS, Alvaro dos

- Incompetência 320

SANTOS, Enoque Ribeiro dos

- Supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT (artigo)..... 31

SANTOS, Lorival Ferreira dos

- Competência territorial..... 306
- Dano moral 309
- Prazo não concedido 320

SCARABELIM, Larissa Carotta Martins da Silva

- Mandado de segurança 317

SENNA, Daniel Lordêllo

- O instituto da produção antecipada de prova. Análise de questões controvertidas à luz do direito brasileiro, português e espanhol (artigo) 161

SILVA, Luciane Storel da

- Fraude..... 311
- Incompetência 311
- Insalubridade 311
- Jornada de trabalho 310

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz

- Correspondente bancário.....308

SOUZA, Rita de Cássia Penkal Bernardino de

- Ausência de retorno ao trabalho 305
- Dispensa discriminatória..... 312
- Fraude à execução.....314

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

- Atos normativos..... 331
- Súmulas e Teses Prevalentes 325

VIANNA, Ana Cláudia Torres

- Dano moral coletivo..... 308

VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo

- Município319

ZANELLA, Eduardo Benedito de Oliveira

- Ação rescisória.....303

NORMAS PARA SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO

A Revista do Tribunal tem periodicidade semestral, sendo composta de uma abertura e de um corpo principal formado pelas seções: **Seção Especial**; **Artigos**, que é subdividida nas subseções Doutrina Nacional, Doutrina Internacional e Trabalho do Meio Científico; **Jurisprudência**, que contém seleção de ementas, súmulas e teses prevaletentes do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no período; **Atos Normativos**, que elenca as principais normas editadas pelo Tribunal, também durante o semestre.

A **Seção Especial** destaca discursos e palestras proferidas no Tribunal ou em eventos por ele patrocinados.

A seção **Artigos** compõe-se de artigos técnicos, de reflexão teórica, ou relatos de pesquisas e experiências profissionais. A subseção Trabalho do Meio Científico destina-se à publicação de resenhas de pesquisas em andamento ou recém-concluídas no meio acadêmico, dissertações e teses, contendo descrição do tema de estudo, objetivos, métodos e técnicas de investigação, resultados, principais conclusões e outras informações pertinentes.

A seleção de trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Os artigos encaminhados à Revista serão enviados, sem identificação do autor, para exame de pareceristas, que recomendarão ou não a sua publicação. A publicação dos artigos ocorre conforme a aprovação e priorização dos textos pelo Conselho Editorial. Eventualmente, os trabalhos com sugestões de alterações, de acordo com as recomendações do seu Conselho Editorial ou dos pareceristas, poderão ser submetidos ao autor, que delas terá ciência para manifestação, e caso não haja nenhuma objeção, serão consideradas aprovadas dentro do prazo de dez dias. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do conteúdo editorial. Serão priorizados os artigos inéditos. Não serão devolvidos aos seus autores os originais dos trabalhos, quer tenham sido publicados ou não.

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRT da 15ª Região.

O envio de conteúdo editorial para publicação na Revista do Tribunal implica automaticamente em autorização do autor para futura e eventual publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. A remessa ou publicação dos trabalhos não acarretará direitos autorais ou qualquer remuneração a seus autores. Como contrapartida pela cessão, o autor receberá quatro exemplares da Revista impressa onde publicado o conteúdo editorial de sua autoria. A Revista fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às Normas de Publicação.

ELABORAÇÃO DOS TRABALHOS

Pela natureza da publicação, os artigos deverão ter um mínimo de sete laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques) e não deverão exceder vinte laudas, incluindo notas de rodapé e referências, redigidos em português, observando a ortografia oficial, **com exceção** dos artigos enviados para publicação em Doutrina Internacional. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo de 2cm na primeira linha, com títulos e subtítulos em caixa alta e centralizados, e devem ter entrelinha 1,5cm. As

margens superior e inferior devem ser configuradas com 2cm e as laterais com 3cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4 e a fonte a ser utilizada Times New Roman, corpo 12. O sistema de chamada utilizado é Autor-data. Tabelas, figuras e quadros deverão ser elaborados e enviados em arquivo próprio e inseridos, no devido local, no corpo do texto.

Os artigos deverão conter, com destaque, no início do texto: resumo de até cem palavras e palavras-chave (de três a cinco palavras).

Visando ampliar a divulgação, os artigos conterão título, resumo e palavras-chave em inglês, elaborados preferencialmente pelo autor. Caso necessário, a Revista providenciará a inserção.

Para detalhes sobre a elaboração de citações e referências, ver **Normas para confecção das Publicações da Escola Judicial** (http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1974226/Manual_Normas_Revisado.pdf).

O envio do material deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: **revistadotribunal@trt15.jus.br**. De modo alternativo, recebemos arquivos em CD-ROM ou *pen drive*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Para que os artigos possam ser enviados para apreciação sem a identificação do autor, deverão ser precedidos por uma página, da qual se fará constar: título do trabalho e nome do autor. Ao lado do nome do autor, deverá constar o símbolo “*” e, no rodapé da página, após o símbolo “*”, breve *curriculum* com nome do autor, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida, endereço completo para correspondência, telefone, *e-mail* e relação da produção intelectual. Esta lauda será separada do artigo antes de ser enviada ao parecerista.

Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) ou se tratar de trabalho acadêmico de conclusão de um curso ou pesquisa, também deverá ser feita referência ao evento, curso ou pesquisa no rodapé da primeira lauda. Se o artigo for referente a resultados de pesquisa, ou envolver seres humanos, deverá ser acompanhado das devidas autorizações.

Trabalho do Meio Científico: o texto deve estar redigido com no máximo vinte e cinco laudas. Deve ser indicado, na primeira lauda, além do solicitado no parágrafo anterior, qual o tipo de trabalho, a área de conhecimento, a instituição de ensino e o nome do professor orientador, se for o caso.

A Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas, da Escola Judicial, que assessoria o Conselho Editorial da Revista do Tribunal, procederá às necessárias revisões gramaticais e alterações de ordem editorial (normalização bibliográfica), e à adequação dos trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso necessário.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das Referências.

Endereço para correspondência:
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas
Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927
Telefone: (19) 3731-1683 | *e-mail*: revistadotribunal@trt15.jus.br