



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. 55  
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. 55

p. 1 - 332

jul./dez.

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](mailto: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. 55, jul./dez. 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

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 - UNIFEOB  
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 Champanhat - 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 19.8.2019)

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	Rosemeire Uehara Tanaka
Dagoberto Nishina de Azevedo	Luis Henrique Rafael
Thelma Helena M. de Toledo Vieira	Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Manoel Carlos Toledo Filho	Jorge Luiz Souto Maior
Antonio Francisco Montanagna	Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim
Rita de Cássia Penkal B. de Souza	João Batista da Silva
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

## **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. Larissa Carotta Martins da Silva  
Scarabelim  
Des. João Batista da Silva

### **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. Renan Ravel Rodrigues Fagundes

### **1ª TURMA**

#### **Primeira Câmara**

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

### **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. Rosemeire Uehara Tanaka

#### **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 Souto Maior  
Des. João Batista da Silva

#### **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 19.8.2019)

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

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Fernanda C. de Moraes Fonseca	Itapira	Teresa Cristina Pedrasi	Itapetininga
Daniela Macia Ferraz Giannini	Rio Claro	Manoel Luiz Costa Penido	São Sebastião
Marcelo Bueno Pallone	Campo Limpo Paulista	Paulo B. C. de Almeida Prado Bauer	4ª Bauru
Renato César Trevisani	Ituverava	Flávio Henrique Garcia Coelho	2ª Assis
Henrique Macedo Hinz	2ª Limeira	Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	2ª Araçatuba
Wilson Cândido da Silva	Lorena	Andréa Maria Pfrimer Falcão	1ª Jaboticabal
Decio U. 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 L. 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 C. Ferreira	1ª Araraquara	André Luiz T. de Castro Pereira	Pirassununga
Alexandre Alliprandino Medeiros	São Joaquim da Barra	Rogério Princivalli da Costa Campos	Pindamonhangaba
João Baptista Cilli Filho	4ª Ribeirão Preto	Ana Maria Eduardo da Silva	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
Sandra Maria Zironi	Votuporanga	Carlos Eduardo Vianna Mendes	Botucatu
Conceição A. R. de Petribu Faria	2ª Araraquara	Diovana Bethânia O. I. Fabreti	Tietê
Cecy Yara Tricca de Oliveira	3ª Sorocaba	Solange Denise Belchior Santaella	3ª Araraquara
Lucineide Almeida de L. Marques	1ª Jaú	Mércio Hideyoshi Sato	Presidente Venceslau
Elen Zoraide Módolo Jucá	Birigüi		

## JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

(em 19.8.2019)

<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>	<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>
Paulo César dos Santos	São José dos Campos	Mariângela Fonseca	Bauru
Marcos Roberto Wolfgang	Bauru	Luciano Brisola	Sorocaba
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto	Rogério José Perrud	Presidente Prudente
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente	Josué Cecato	Bauru
Ana Flávia de M. Garcia Cuesta	Campinas	Rafael Marques de Setta	Campinas
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Érica Escarassatte	Campinas
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto
Sidney Xavier Rovida	Araçatuba	Ricardo Luís da Silva	Sorocaba
Wellington Amadeu	Campinas	Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas
João Dionísio Viveiros Teixeira	Campinas	Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas
Marco Antonio F. de Rezende	São José dos Campos	Andréia N. Rossilho de Lima	Presidente Prudente
Carmen Lucia Couto Taube	São José dos Campos	Ana Missiato de Barros Pimentel	Campinas
André Luiz M. Azevedo Sette	Campinas	Luís Furian Zorzetto	São José do Rio Preto
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas	Patrícia Juliana Marchi Alves	Campinas
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas	Cristiane Souza de Castro Toledo	Campinas
Christina Feuerharmel Vellozo	Campinas	Luiz Roberto L. dos Santos Filho	Ribeirão Preto
Maurício Matsushima Teixeira	São José dos Campos	Lays Cristina de Cunto	Campinas
Ronaldo Capelari	Campinas	Vanessa Cristina Pereira Salomão	Campinas
Maurício Bearzotti de Souza	Campinas	Maria Lúcia Ribeiro Morando	São José dos Campos
Salette Yoshie Honma Barreira	Campinas	Vanessa Maria S. Villanova Matos	Presidente Prudente
Aparecido Batista de Oliveira	Campinas	Caio Rodrigues Martins Passos	Campinas
Leticia Gouveia Antonioli	Campinas	Roberta Confetti Gatsios Amstalden	Ribeirão Preto
Mauro César Moreli	São José do Rio Preto	Fernanda Amabile M. de S. Gomes	São José do Rio Preto
Ricardo Luís Valentini	Ribeirão Preto	Natália Scassiotta N. Antoniassi	Campinas
Paulo Eduardo Belloti	Sorocaba	Francieli Pissoli	Ribeirão Preto
Roberto dos Santos Soares	São José dos Campos	Zilah Ramires Ferreira	Bauru
Sérgio Polastro Ribeiro	Bauru	Andressa Venturi da C. Weber	Ribeirão Preto
Rosana Nubiato Leão	Araçatuba	Elias Terukiyo Kubo	São José dos Campos
Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba	Sofia Lima Dutra	Campinas
Rodrigo Adelio Abrahão Linares	São José dos Campos	Gothardo R. B. Van Buggenhout	São José dos Campos
Paulo Henrique C. Martinez	Ribeirão Preto	Luciene Pereira Scandiuci	Campinas
Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto	Alessandra R. Trevisan Lambert	Campinas
Camila Moura de Carvalho	Campinas	Breno Ortiz Tavares Costa	Bauru
Alexandre Klimas	São José dos Campos	Cláudia Bueno Rocha Chiuzuli	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 M. Mattos Abreu	Campinas
Fábio Natali Costa	Ribeirão Preto	Reginaldo L. Pierrotti Junior	São José dos Campos
Newton Cunha de Sena	Campinas	Daniele Comin Martins	Bauru
Polyanna Sampaio C. da Silva Santos	Ribeirão Preto	Gustavo Triandafelides Balthazar	Campinas
Amanda Barbosa	Ribeirão Preto	Anderson Relva Rosa	Campinas
Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto	Régis Antônio Bersanin Niedo	Presidente Prudente
Arthur Albertin Neto	Araçatuba	Bárbara Baldani Fernandes Nunes	Presidente Prudente
Marcelo Chaim Chohfi	Campinas	Rosilene da Silva Nascimento	Ribeirão Preto
Patrícia Maeda	Campinas	Karine da Justa Teixeira Rocha	Campinas
Edson da Silva Junior	Bauru	Eliete Thomazini Pala	Araçatuba
Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto	Adriel Pontes de Oliveira	Ribeirão Preto

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

# SUMÁRIO

## EDITORIAL

## SEÇÃO ESPECIAL

RACISMO ESTRUTURAL .....	23
PRUDENTE, Eunice	

## ARTIGOS

### Doutrina Nacional

AMIANTO: a relação entre normas gerais e competência concorrente suplementar - condomínio legislativo e direitos humanos .....	39
GEMIGNANI, Daniel	

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E DIREITO INTERTEMPORAL: por uma interpretação que considere a lógica do razoável .....	85
SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira	

O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NA ERA DA CONEXÃO PERMANENTE .....	111
MORAIS, André Oliveira; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira	

A ILICITUDE COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SUAS MODALIDADES E CAUSAS DE EXCLUSÃO. ESPECIAL DIFERENCIAL ENTRE A AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E O CONSENTIMENTO DO LESADO .....	123
BOSCO, Carlos Alberto	

30 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL BRASILEIRO: temos o que comemorar? .....	161
MAEDA, Patrícia	

A FORMAÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO NO MUNDO OCIDENTAL .....	179
TOLEDO FILHO, Manoel Carlos	

## **Doutrina Internacional**

A LEI PORTUGUESA SOBRE O TVDE E O CONTRATO DE TRABALHO: sujeitos, relações e presunções .....195  
AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho

PLURALISMO SINDICAL ITALIANO: representatividade sindical, questões abertas e novas concepções .....229  
CALZOLARO, Chiara

## **Trabalhos do Meio Científico**

O FUTURO DOS SINDICATOS NO BRASIL .....245  
COSTA, Renata Lázaro Alves da

DESAFIOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO: Agenda 2030 e Pacto Global no Brasil .....261  
KOHAYAKAWA, Márcio Naoki

AS INFLUÊNCIAS DAS REDES SOCIAIS NO DIREITO DO TRABALHO .....271  
QUEIROZ, Monique Mazon; SANCHES, Nathalia Paes

## **JURISPRUDÊNCIA**

Ementas .....283  
Súmulas .....309

## **ATOS NORMATIVOS**

Atos normativos .....313

## **ÍNDICE**

Ementário .....317  
Onomástico .....325

**Normas para submissão e publicação .....331**

## EDITORIAL

Prezado leitor, esta edição está sendo publicada quando a Lei n. 13.467/2017 está prestes a completar dois anos, demandando muito estudo por parte dos operadores do direito, mas ainda temos um longo caminho pela frente para compreender, em sua amplitude, a referida Reforma Trabalhista. Esta Revista assumiu um compromisso de atualizar os profissionais do direito com os aspectos intensos que orbitam nosso cotidiano.

Inicialmente reproduzimos, na seção especial, a palestra da Professora Doutora Eunice Prudente sobre racismo estrutural e seu contexto complexo.

Começamos a doutrina nacional com o artigo sobre amianto, da lavra de Daniel Gemignani, que aborda a relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar”, sustentando a utilização de um critério dinâmico, baseado na lógica protetiva.

O Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva interpreta a Lei n. 13.467/2017 com relação aos honorários de sucumbência sob a ótica do direito processual, contextualizando o tema.

André Oliveira Morais e Grasielle Augusta Ferreira Nascimento tratam do assédio moral organizacional com os avanços das tecnologias e a competitividade global, assunto muito atual, já que o trabalhador está permanentemente conectado com o trabalho. Estudo para reflexão.

Nosso Vice-diretor da Escola Judicial, Desembargador Carlos Alberto Bosco, trouxe aspectos da responsabilidade civil pelo Código Português, especialmente o diferencial entre autocolocação em risco e consentimento do lesado, figuras excludentes de responsabilidade que, em muitos aspectos, se assemelham com a nossa legislação.

Já a Juíza Patrícia Maeda contextualiza os 30 anos de nosso constitucionalismo, passando pela evolução histórica, fatos geradores e polêmicas jurídicas.

Ampliando nossos conhecimentos, o Professor Desembargador Manoel Carlos Toledo Filho brinda-nos com o artigo sobre a formação histórica do direito do trabalho, analisando o desenvolvimento da legislação do trabalho do mundo, passando pela evolução histórica, seus fatos geradores materiais e polêmicas jurídicas.

Uma vez mais, na nossa doutrina internacional, trazemos o artigo do Professor Doutor João Leal Amado com a Professora Teresa Coelho Moreira sobre o mundo digital e a “Revolução 4.0”, lançando um olhar diferenciado ao leitor, já que estamos vivendo a modernização das

relações laborais. Assim também o artigo de Chiara Calzolaro, que trata do pluralismo sindical italiano, servindo de reflexão para as novas discussões da reforma sindical prometida pelo Governo Federal.

Os trabalhos do meio científico foram selecionados através do *Call for Papers* do 19º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho de nosso Tribunal, que tratam sobre sindicalismo, desafios da Justiça do Trabalho e redes sociais, a serem conferidos pelo nosso leitor.

Cada artigo selecionado é um convite para se inspirar e refletir.  
Boa leitura.

Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza,  
pelo Conselho Editorial



**SEÇÃO ESPECIAL**



## RACISMO ESTRUTURAL\*

PRUDENTE, Eunice\*\*

Estamos em um momento muito feliz e importante, porque instituições fundamentais na construção de um estado de justiça - Tribunal Regional do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, a nossa Ordem dos Advogados do Brasil, uma Escola Judicial - organizaram evento para pensarmos em propostas para vencer, extinguir o racismo, que é estrutural.

Agradeço a confiabilidade na pessoa da nossa amiga, contemporânea da faculdade, Desembargadora Dra. Maria Madalena de Oliveira, mas também do nosso presidente da mesa, Desembargador Dr. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. Nas pessoas dessas autoridades cumprimos as demais autoridades presentes, Dr. Cláudio Vieira e Dr. Ademir José da Silva, em nome de quem cumprimos os colegas advogados e os colegas docentes, Professora Dra. Alessandra Benedito, Professor Dr. Hélio Santos, Professor Dr. José Vicente, nossos cumprimentos aos cidadãos, cidadãs, a todos presentes.

Buscarei ser breve, em atenção ao horário. A questão que nos toca, nos envolve, não é simples, tem sua complexidade. Nossa riqueza neste Brasil grande é justamente a diversidade, formamos um povo pleno em diversidade étnica, cultural, ambiental. Este é o Brasil, esta é a nossa moeda para o desenvolvimento.

Impressiona como há ainda formas discriminatórias entre os brasileiros, e, com irresponsabilidade, muitos acham que não é assim tão grave: “por que as pessoas estão tão preocupadas?” Estamos todos preocupados com a discriminação porque ela traz sofrimento, dor a seres humanos, impede exercício de direitos lícitos e assim compromete, prejudica o nosso desenvolvimento. Os dados aqui apresentados pela Procuradora, do IBGE, já mostram uma realidade preocupante, desesperadora. Realmente, providências precisam ser tomadas, imediatamente.

---

\*Palestra proferida no **Seminário “Racismo Estrutural”** no Plenário do TRT da 15ª Região, Campinas-SP, em parceria com o Ministério Público do Trabalho (Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho) e a Ordem dos Advogados do Brasil, 3ª Subseção Campinas (Comissão da Verdade sobre a Escravidão Negra no Brasil), em 28 de junho de 2019.

\*\*Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, responsável por disciplinas de graduação e pós-graduação nas áreas de Direito do Estado e Direitos Humanos. Advogada.

A questão é política. Sob uma visão, um entendimento de política vamos conhecer integralmente a sociedade e chegar à noção de racismo estrutural. Gostaria de lembrar a feminista norte-americana, Marilyn Frye (**The politics of reality: essays in feminist theory**, 1983; desenvolve a metáfora da gaiola), para que fique claro para nós o racismo estrutural, a questão está na estrutura. A imagem é apresentada como pássaros em uma gaiola - estamos todos aprisionados nessa gaiola. No exemplo, os pássaros são sempre muito coloridos, muito diferentes, uns são pequeninhos, outros são maiores, vamos encontrar pássaros de todos os tipos, mas eles estão ali aprisionados. E não adianta ficarmos imaginando que não é grave. Por que não se soltam? O pequeninho pode passar entre os fios da gaiola, mas ele vai ser devorado, vai ser morto, então é preciso uma ação política, conjunta, para sairmos todos da gaiola. A ideia da tal metáfora é que não basta conhecer os fios, uma parte aqui ou ali, mas visão, ação política, integral mesmo, dessa situação, posto que as discriminações advêm de sistemas malevolamente racionais.

Temos as contribuições da Professora Dra. Ísis Conceição, da Unilab, da Bahia, que trouxe como pós-graduanda na Faculdade de Direito da USP essa necessidade da visão macroscópica da gaiola em que estamos envolvidos. Porque muitas vezes, como já declinou e explicou bem a Desembargadora Maria Inês Targa, as pessoas com muita tranquilidade praticam, sim, atos discriminatórios, porque ouviram, porque está na TV, e vai embora, nunca se acaba o mal.

Precisamos, sim, estudos, propostas, apresentando isso melhor. Sou adepta de uma teoria crítica de direitos humanos e com propostas de transformação, porque, como é do conhecimento de todos, romancaram muito os direitos humanos. Mas a nossa Constituição de 1988 os traz como fundamentais. A partir daí é que vamos pensando juntos, aqui, para desconstruir uma parede, expressada, principalmente, por homens brancos, cristãos, católicos, heterossexuais e com muito dinheiro. E aqui estamos nós, que somos a maioria, aqui estamos nós, também, as mulheres, aqui estão as pessoas da comunidade LGBT, e outros, exigindo a respeitabilidade, e a inclusão, portanto. E se estou em uma Universidade - aqui também é minha fonte -, a pesquisa tem que contribuir, não é apenas demonstração de conhecimentos.

Chegamos ao entendimento de discriminação racial, com o racista que acredita na existência de raças humanas e na hierarquia entre elas, quando na verdade está interessado em se manter em posição de vantagem e subjugar o outro. No movimento negro, em certa época, já se valorizou a atuação política contra a discriminação, importando menos o pensamento das pessoas. Ocorre que o Estado não alcança pensamentos, mas as ações e o discriminador. O direito avança também a partir de outras ciências e áreas do conhecimento, como ciência social aplicada

que é - não é exata -, mas outras ciências, principalmente as ciências do comportamento: a psicologia nos informa que pessoas atuam conforme pensam. Isto posto, o que o Estado pode fazer? Como politicamente cuidar desse assunto? Formando novos cidadãos pela educação. É aí que o Estado vem firme para mudar esta situação.

Discriminar além de ato pessoal: organizações públicas, privadas, religiosas, recreativas, e diversas outras, também discriminam - a discriminação institucional é uma realidade, sendo o próprio Estado uma instituição. *Vide* as contribuições do jurista, Professor Dr. Silvio Luiz de Almeida (**Racismo estrutural**, Ed. Boitempo, 2019).

Com a implementação da Constituição de 1988, seguida de legislação inclusiva, temos determinadas por lei políticas de ações afirmativas. Mas ainda há instituições públicas que não as efetivam porque o racismo é estrutural, porque se banalizou entre nós, o racismo e suas práticas. Uma República tão rica, e quantos brasileiros miseráveis! Banalizou-se a miséria, banalizou-se a discriminação racial. Persiste a distribuição de papéis sociais entre homens e mulheres, homens negros, mulheres negras, lá do Século XIX e outros, persiste. Então, é preciso enfrentar essas formas de resistência.

Quando vem a legislação, fica claro que passos foram dados. Mas, e as políticas de inclusão? A maior prova de uma discriminação racial, que advém de um racismo estrutural que invisibiliza mulheres, negros, pessoas transgêneras. Quatrocentos anos de escravização, mas... e depois? Realmente não houve políticas de inclusão para nós, os cidadãos negros brasileiros. O Ipea tem muitas pesquisas com dados - vale a pena consultar - sobre desigualdade e mostrando o que já foi aqui apresentado por dados: na base de uma pirâmide está lá, entre os miseráveis, os mais pobres, a população negra brasileira.

Também nesta oportunidade, as contribuições do Professor Fábio Konder Comparato são lembradas. A obra **Afirmção histórica dos direitos humanos** (Ed. Saraiva, 2000) demonstra que devemos começar pela educação e aprofundarmos o entendimento de percepção de diferença e da desigualdade. As pessoas não são idênticas, a nossa moeda, nas relações internacionais, é justamente a diversidade - as pessoas são iguais para o exercício de direitos e obrigações, mas elas não são idênticas, há diferenças étnicas, culturais, biológicas. Uma diversidade. É preciso respeitar, há a necessidade da aceitação social, daí as políticas de inclusão. Observem que, quando estamos atentando para diferenças, não há uma questão de superioridade de um sobre outro. Mas o mestre Comparato nos esclarece que quando nos deparamos com desigualdades, precisamos arregaçar as mangas e lutar muito, porque essas precisam ser extintas, porque racionalmente se quer subjugar o outro. A desigualdade é injusta. Então a proposta é enfrentar e minar relações de dominação e de exploração.

E vejam que essas informações devem chegar a todas as pessoas. No ensino infantil já podemos adaptar as informações, as comunicações para a criancinha, já ir explicando a ela essa questão de diferenças e de desigualdade - da diferença a ser respeitada, da desigualdade a ser enfrentada. E depois os demais níveis da educação, lembrando que o ensino superior é o ensino infantil, não é o nosso na Universidade - o que recebemos lá, que dificuldade... pois é no início que a escola deve atuar, e muito.

A experiência é histórica - a escravização e depois essa desigualização, que está diante de nós. A situação do negro brasileiro é ímpar, se observarmos que ele era objeto, e depois pessoa - isso traz consequências numa sociedade, daí a necessidade de ação política, que não tivemos. Os governos não atentaram para essa necessidade. Se nós observarmos a criação do jurista Teixeira de Freitas, vamos ver que a primeira versão, lá nos fins do Século XIX, "Consolidação das Leis Civis", ainda trazia os escravos entre os bens - esta foi a proposta que gerou posteriormente o primeiro Código Civil.

Temos todo um histórico de enfrentamento do jugo português, o Brasil Colônia, ficamos muito tempo pensando nas revoluções nativistas. Elas nunca davam certo, essa é a verdade. Os professores diziam: "abortaram a Inconfidência! abortaram a Revolução!" Lógico, porque teriam que incluir o negro nas revoluções nativistas, e assim armá-lo. Observe-se que só por urgência e necessidade o governo monárquico "armou os negros". Houve um momento - a Guerra do Paraguai - em que não houve jeito, os negros participaram dos batalhões dos voluntários da pátria. Ter uma arma na mão acabou a escravização, desarticularam o sistema escravista.

Nesta explanação, lembremos também o acolhimento dos irmãos que vieram da Europa, a imigração dos trabalhadores livres. Eles trouxeram as ideias socialistas, com eles os ideários da importância do trabalhador na produção. Não veio do pensamento, não veio das academias, veio das práticas de enfrentamento do patronato - as paralizações, as greves. As ideias socialistas, as ideias anarquistas chegam entre nós por essas pessoas semianalfabetas. Essas pessoas eram racistas? Provavelmente iriam encontrar pessoas diferentes aqui no Brasil, mas o racismo entre nós é estrutural. Havia uma elite racista, os imigrados encontraram o racismo aqui.

O que quero dizer é que quando estudamos a política imigratória brasileira e todas as propostas de inclusão dos governos, obviamente apoiamos e não somos contra. O que reclamamos é de não termos participado - de nós, os negros brasileiros, também sermos objetos de inclusão. O histórico nos mostra a formação de São Leopoldo, e o governo monárquico muito claro: ele quer gente branca - é o início da

política de embranquecimento nessa política imigratória. Questão de vontade política - é preciso verba pública, é preciso estrutura para essa inclusão dos trabalhadores livres que chegam, e isso foi providenciado. Aí está uma situação interessante no recebimento desses trabalhadores. Mas o governo brasileiro, lá no Século XIX, fica, como nos referimos, “na parede”. Essas famílias que estão chegando não são católicas; o direito brasileiro reconhece apenas a família casamentária. Está aí o Brasil sob a égide da Constituição de 1824, há uma religião oficial, é o sacerdote católico que forma a família casamentária, não há outro, não se reconhecem outras uniões como família. Então o que fazer com os primeiros que estão chegando e são protestantes? Reconhecer o casamento protestante, o que já nos dá uma ideia de política de inclusão, de política de ação afirmativa: tenho aí os brasileiros, vou tratar alguns de uma maneira diferenciada, porque eles são diferentes, e preciso incluí-los. Então o reconhecimento, a legislação, tudo o que foi necessário para o reconhecimento do casamento protestante, sob a égide de uma Constituição que expressamente dizia que o Estado tinha uma religião oficial, e não era desse pessoal, mas as pessoas tinham que ser incluídas.

Também é útil a nós esse momento para mostrar a vontade política, e como os direitos humanos - aí sim, eles não estão sendo romançados - estão acima do direito positivado: a Constituição é num sentido, a legislação sobre a família casamentária em outro, mas tenho que cuidar de gente. É por isso que o Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu que o Brasil se utilizará da legislação que reprime, que criminaliza a discriminação racial, para respeitar e incluir as pessoas, para enfrentar a homofobia, até que o Legislativo promova, elabore a legislação própria, porque os direitos da pessoa estão acima do que está escrito - gente está acima de tudo, tenho que salvar e cuidar dessa gente. Então aí está um exemplo histórico.

No advento da República, também para dizer ou representar aquilo que todos sabemos, em especial o Dr. Ademir José da Silva, que cuida da Comissão da Verdade sobre a Escravização Negra, o quanto os abolicionistas eram nossos - porque abolicionistas, então partidários de uma libertação - e o comportamento dos mesmos após assumirem o poder na República. A segunda Constituição brasileira, mas a primeira republicana, é de 1891. Então, de 1889 até a Constituição de 1891 o presidente governou por decreto. Manoel Deodoro da Fonseca, aí está um decreto elucidativo (ele está governando o Brasil, ainda não há a Constituição), observem o que diz o seu decreto:

[...] Considerando que da adoção de medidas adequadas e tendentes a demonstrar o empenho e as intenções do Governo, relativamente á immigração, depende o desenvolvimento da corrente immigratoria

e a segura applicação dos subsidios destinados áquelle serviço, ao qual se acha intimamente ligado o progresso da Nação; [...]

Art. 1º E' inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas. (BRASIL, 1890).

Ele está preocupado com a imigração, mas não quer ninguém nem da África nem da Ásia. Mas, os abolicionistas não tinham assumido o poder? Nenhuma referência ou preocupação com a inclusão dos negros.

A Era Vargas, pesquisando os atos normativos da legislação brasileira, foi uma das piores. Vejam como ele se refere a pessoas, é decreto-lei, é ditadura, não traz avanços, traz isto:

Art. 1º Não será permitida a entrada de estrangeiros, de um ou outro sexo:

I - aleijados ou mutilados, inválidos, cegos, surdos-mudos;

II - indigentes, vagabundos, ciganos e congêneres; [...]

Art. 2º O Governo Federal reserva-se o direito de limitar ou suspender, por motivos econômicos ou sociais, a entrada de individuos de determinadas raças ou origens, ouvido o Conselho de Imigração e Colonização. (BRASIL, 1938).

Atentem para as referências ao ser humano, na forma como está no decreto. Esse decreto-lei não é o único, temos este, já no fim da Era Vargas, será deposto, mas continua legislando mediante ato normativo próprio:

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição e considerando que se faz necessário, cessada a guerra mundial, imprimir á política imigratória do Brasil uma orientação racional e definitiva, que atenda à dupla finalidade de proteger os interesses do trabalhador nacional e de desenvolver a imigração que fôr fator de progresso para o país, DECRETA:

Art. 1º Todo estrangeiro poderá, entrar no Brasil desde que satisfaça as condições estabelecidas por esta lei.

Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia, assim como a defesa do trabalhador nacional. (BRASIL, 1945).

Ele quer, entre os imigrantes, pessoas com ascendência europeia. Se a Monarquia era muito clara querendo “gentes brancas”, ele diz que quer “gentes” com “ascendência europeia”.

O racismo é estrutural, ele foi construído durante séculos e nos oprime assim, o que mostra a importância de instituições e todos os cidadãos estarem firmes para enfrentá-lo. E nós nos manifestamos principalmente através dos movimentos sociais.

Fui gestora pública, fui secretária de justiça neste Estado, convivi muito com o MST e com todos os movimentos sociais. E como os respeito, como os ouvi, como estive com eles, como construí pautas até recentemente, enquanto estava o Governador Alckmin - ele mantinha com esses movimentos -, foram pautas construídas lá trás, naqueles tempos de receber os movimentos sociais, conversar, anotar, para poder tomar as devidas providências. Sou testemunha disso.

Aí está, entre os movimentos sociais, o movimento negro. Ele tem uma história muito respeitável, porque em um momento é clandestino, perseguido porque quer a liberdade - e vejam que são séculos de liberalismo, onde o principal direito da pessoa era a liberdade, mas quem lutava pela liberdade, nas rebeliões, eram os movimentos quilombolas, então perseguidos. Estudos, contribuições do historiador Clóvis Moura, que já foi citado aqui no seminário, e da Professora Antonia Quintão, colega na Universidade Mackenzie, da Professora Dra. Alessandra Benedito, que lembram o movimento negro no tempo da escravidão. Depois temos, nos tempos da cidadania, outras formas de associações, expressando várias ideias e propostas contra a discriminação racial. Mas o movimento negro foi fundamental para a nossa cidadania - quando digo nossa, é dos cidadãos e cidadãs negros deste país.

Abdias do Nascimento, que também já foi citado, é um dos construtores da nossa cidadania. Nas minhas pesquisas, a primeira proposta para criminalizar a discriminação racial não veio das academias, veio dos artistas. Os artistas são muito importantes para a cidadania e para o desenvolvimento do país. Aí está o Teatro Experimental do Negro, em uma convenção (Convenção Nacional do Negro, 1950), trazendo a proposta: “há discriminação racial, o direito não cuida disso, não é crime, a punição se faz necessária...” A proposta é válida, sim, da punição para aquele que atenta contra os direitos. A liderança era do Abdias do Nascimento. Lembrando que os ditadores têm muito medo dos artistas. Ditadores têm medo da intelectualidade. Os ditadores têm medo dos artistas porque a arte nos faz ver, enxergar o que muitas vezes não conseguimos. Então nossas homenagens ao Abdias do Nascimento!

A Lei n. 1.390/1951, Lei Afonso Arinos, tem um histórico, mas há a continuidade da discriminação, porque esse mal tão grave entre nós, essas práticas que são atos jurídicos delituosos contra o outro foram

consideradas como mera contravenção penal. Na atualidade todos os cidadãos já perceberam que contravenção penal, se não existisse na legislação, não faria grande diferença. O importante é quando se criminaliza, quando investigações e resultados são exigidos.

A luta para vencer a ditadura uniu todos. A sociedade civil avançada que temos hoje, que se coloca na sociedade, agora via redes, ela começa nessa união contra a ditadura militar - o Movimento Negro Unificado, que está aqui presente na sociedade, o Geledés (Instituto da Mulher Negra), feminismo negro, a União de Mulheres (da Amelinha Teles), que ainda tem a mesma líder desde aqueles tempos.

Vejam como colaborou e muito para a construção do Brasil de hoje, onde uma sociedade civil se autoanalisa, analisa o sistema socioeconômico que temos, o capitalismo, que faz as suas colocações. A conquista desta Constituição, que traz entre os pilares que sustentam a República a dignidade da pessoa humana - isto vai colaborar muito para desconstruir o racismo. E também o reconhecimento de uma realidade: está aqui no art. 3º, nas propostas, nos objetivos da nossa convivência: “[...] IV - Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Há referências, então, à discriminação racial e étnica, sem dúvida alguma, no art. 3º, inciso IV, da nossa Constituição.

A criminalização, finalmente, da prática do racismo, que é a discriminação racial, passa a ser crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, inciso XLII, da CF), porque é uma ação muito grave contra o ser humano e coletividades. Começamos pelas políticas punitivas. Como abolicionista, também devo aqui me colocar neste momento: importantíssimas essas políticas punitivas, mas é verdade que o Brasil forma-se e se firma na punitividade, mas sem providências inclusivas.

Nestes tempos, em que a Polícia Militar de diversos Estados brasileiros vem aprisionando, e muitas vezes matando, sobretudo homens jovens e negros, temos um drama social - jogamos para o “colo da polícia”, para uma ação punitiva questões decorrentes da desigualdade socioeconômica. Isto não é governo, não é assim que se governa, isso não é política. É medo, mesmo, de enfrentar os dramas sociais e propiciar educação.

Com o projeto de lei do Deputado Federal Carlos Alberto Caó conquistamos a Lei n. 7.716/1989, ainda em vigor, mas já aprimorada por leis que lhe seguiram, para tipificar como crime a discriminação racial. As políticas e ações afirmativas estão entre nós há exatamente cinquenta anos, porque em 1969 o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - ela, há cinquenta anos, expressa o entendimento da ONU sobre discriminação racial. Quem advoga pelos direitos humanos se apoia muito nesses

conceitos da própria ONU e que o Brasil ratificou - é direito brasileiro. Esse entendimento é importante no enfrentamento do racismo estrutural.

Temos nesta Convenção o § 4º do art. 1º, referindo-se a certos grupos raciais e étnicos que necessitam de proteção:

Art. 1º

[...] § 4º Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1965).

É realmente esta a contribuição da ONU para o tratamento que vai ser diferenciado, para trazer ao desenvolvimento, para respeitar, propiciar via política de ações afirmativas, a inclusão de grupos que permaneceram discriminados. É a ONU expressando compromisso de todos, e o Brasil é partícipe.

A educação em direitos - é no que acreditamos. E a legislação já vai nesse sentido, sobretudo com a Lei n. 10.639/2003, que aperfeiçoa a Lei de Diretrizes e Bases da Educação com a inclusão - somente em 2003 - nos currículos de ensino em todos os níveis, de História da África, Cultura Afro-brasileira: afinal quem é esse negro? Ou quem somos nós, porque, como foi dito, 54% da população brasileira é preta/parda, é negra. Precisamos nos conhecer, para a autoestima de todos os cidadãos, para a derribada do racismo estrutural.

Conquistamos em 2010 o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), a valorização, a partir de um conhecimento de que a população negra tem especificidades. Nos Estados africanos muitas vezes causam preocupação nossas informações, que a população negra brasileira tem questões de saúde que lhe são específicas, elas não estão presentes lá - pelo menos ainda não está comprovado -, mas estão aqui entre nós: hipertensão, diabetes, anemia falciforme. E o movimento negro, que estuda e pesquisa este assunto, nos informa que se trata, principalmente, de traumas, são traumas transatlânticos. Realmente, quatrocentos anos de escravidão produziram algumas situações graves para a saúde da população negra. Então isso é questão de governo, precisa ser priorizado na pauta dos governos - é nesse sentido que vem o Estatuto da Igualdade Racial.

Estamos concluindo, deixando ideias sobre educação reflexiva para os senhores ponderarem. Agradecendo ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, ao Ministério Público do Trabalho, especialmente ao Desembargador Dr. Lorival Ferreira dos Santos, quero mais uma vez agradecer a confiabilidade em lembrar de meu nome para estar aqui. Muito obrigada.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Silvio Luiz. **Racismo estrutural**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Org. Antônio Abranches, trad. Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, p. 1, 5 out. 1988. (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>.

BRASIL. Decreto n. 528, de 28 de junho de 1890. Regularisa o serviço da introdução e localização de imigrantes na Republica dos Estados Unidos do Brazil. **Coleção de Leis do Brasil - 1890**. V. 1, fasc. VI, p. 1424, 1890. (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 406, de 4 de maio de 1938. Dispõe sobre a entrada de estrangeiros no território nacional. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 8494, 6 maio 1938. (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-406-4-maio-1938-348724-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 7.967, de 18 de setembro de 1945. Dispõe sobre a Imigração e Colonização, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 15825, 6 out. 1945. (Publicação Original). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7967-18-setembro-1945-416614-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONCEIÇÃO, Ísis. **Racismo estrutural e penas alternativas: os limites dos direitos acrílicos**. São Paulo: Juruá, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Global, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Soethe. São Paulo: Loyola, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Evaristo de. **A campanha abolicionista**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1924.

MORAES, Evaristo de. **A escravidão africana no Brasil**. Brasília: UNB, 1986.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS ONU. **Resolução n. 2.106-A**, da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Genebra, 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Controles recíprocos entre as funções do poder e a efetividade de direitos: uma contribuição à pesquisa e às reflexões em tempos de reforma política. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (Org.). **Teoria do estado**: sentidos contemporâneos. São Paulo: Saraiva, 2018.

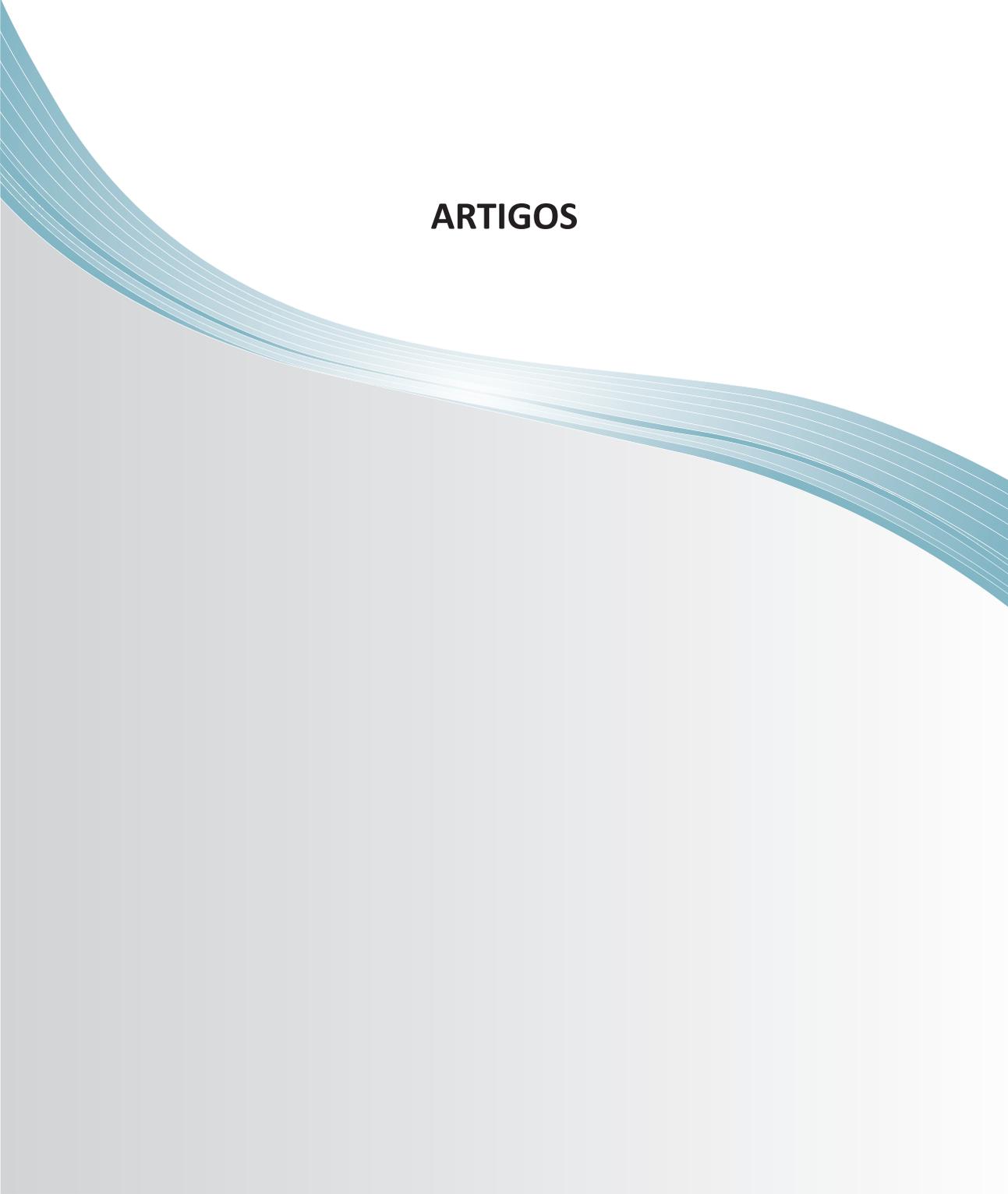
PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Direito à personalidade integral**: cidadania plena. 1996. 126 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. Professor Orientador Dr. Dalmo de Abreu Dallari.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Educação em direitos: um caminho para a igualdade racial. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, ano 60, n. 236, p. 35-69, jan./jun. 2011. Homenagem ao Professor Celso Lafer.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil**: a cidadania negra em questão. Campinas: Julex, 1989.

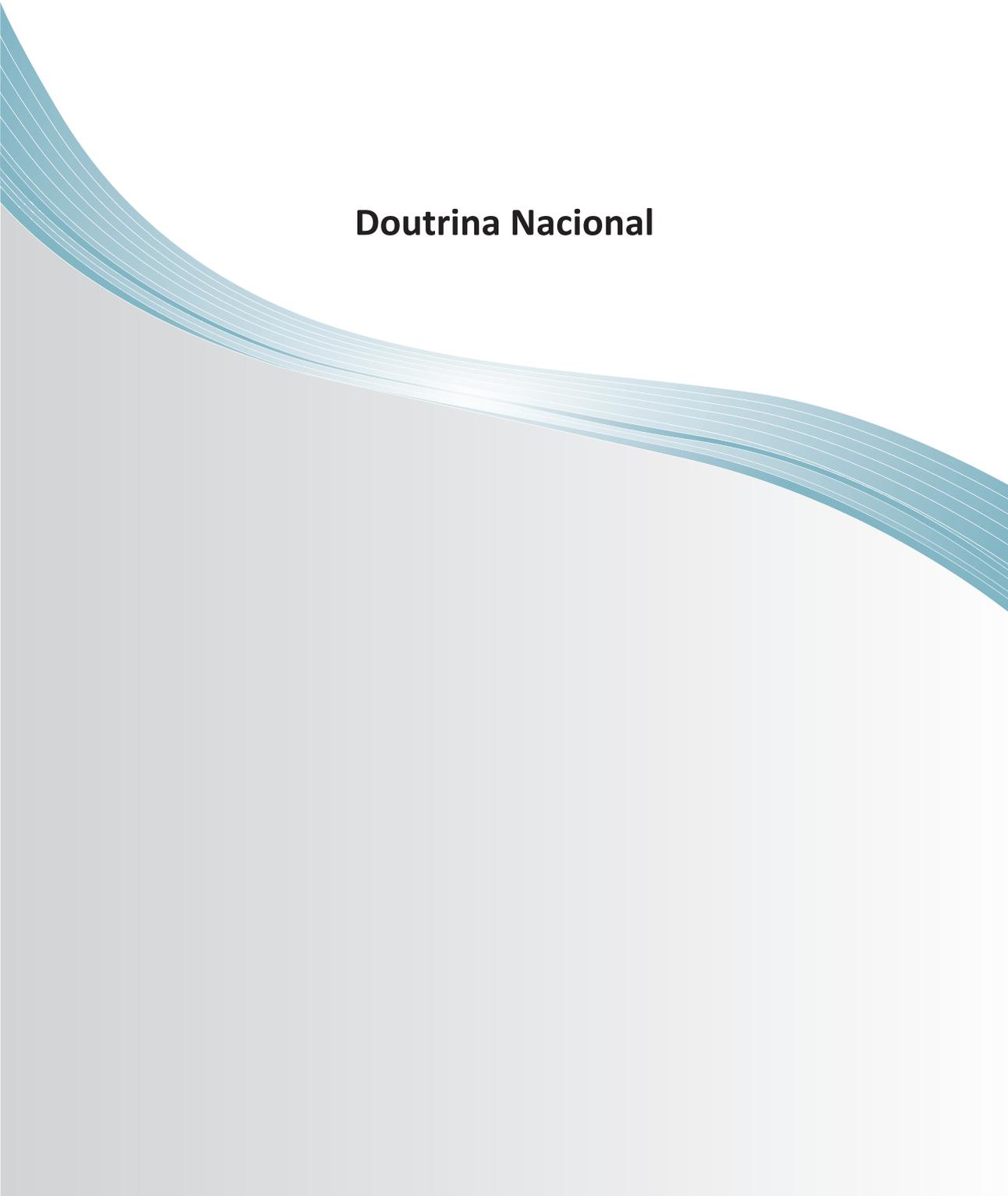
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Manole, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



## ARTIGOS





## **Doutrina Nacional**



## **AMIANTO: a relação entre normas gerais e competência concorrente suplementar - condomínio legislativo e direitos humanos**

### **ASBESTOS: the relationship between general rules and supplementary concurrent competence - legislative condominium and human rights**

**GEMIGNANI, Daniel\***

**Resumo:** O presente artigo busca discutir a tradicional forma de se interpretar o condomínio legislativo previsto na Constituição Federal de 1988, em que a relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar” se dá em uma sistemática estática, orientada pelo critério do “interesse preponderante” ou da topologia da previsão normativa. A partir das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do banimento do amianto, sustenta-se a possibilidade de que o condomínio legislativo oriente-se por lógica diversa, atenta à matéria que se está a regulamentar. Assim, defende-se a superação da interpretação de que a relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar” deva se dar, apenas, de forma estática, admitindo-se, também, a utilização de um critério dinâmico, ditado por uma lógica protetiva, em que o condomínio legislativo orienta-se pela norma mais favorável quando se trata de questões afetas aos direitos humanos, em atenção à sua lógica promocional.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Condomínio legislativo. Aplicação da norma mais favorável. Direito constitucional.

**Abstract:** This article discusses the traditional way of interpreting the legislative condominium provided for in the Federal Constitution of 1988, in which the relationship between “general rules” and “supplementary concurrent competence” occurs in a static system, guided by the criterion of “preponderant interest”, or the normative forecasting topology. Based

---

\*Procurador do Ministério Público do Trabalho. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Auditoria Fiscal em Saúde e Segurança no Trabalho, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

on the decisions of the Supreme Court of Brazil regarding the ban on asbestos, the possibility is maintained that the legislative condominium is guided by a different logic, attentive to the matter that is being regulated. Thus, the interpretation of the argument that the relationship between “general rules” and “supplementary concurrent competence” should only be done in a static way is supported, and the use of a dynamic criterion, dictated by a protective logic, in which the legislative condominium is guided by the most favorable rule when it comes to human rights issues, in consideration of its promotional logic.

**Keywords:** Human rights. Legislative condominium. Application of the most favorable rule. Constitutional Law.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho vem, nos últimos tempos, alargando suas fronteiras, seja para albergar temas diversos dos tradicionais e sob perspectiva inovadora, a partir de sua **constitucionalização**, seja para analisar as questões postas a seu juízo de forma interdisciplinar, considerando as evoluções alcançadas em outras áreas do conhecimento. A **constitucionalização** e a interdisciplinaridade, assim, são traços marcantes desse novo Direito do Trabalho, ainda em construção, mas que se mostra apto não só a proporcionar respostas a novos problemas, como novas abordagens a questões antigas. As possibilidades abertas com essas novas perspectivas trazem, portanto, interessante instrumental, o qual pode ser manejado para além do Direito do Trabalho.

A saúde e segurança do trabalho (SST) é, nessa toada, exemplo dessa expansão<sup>1</sup>. Se, por um lado, permite-se empreender aproximação diversa da tradicionalmente realizada, substituindo, pois, uma perspectiva **monetizante e reparatoria** da atuação do Estado por uma preventiva e **inibitória** do ilícito, por outra banda considera, em suas análises, o conhecimento produzido em outras searas científicas para a tomada de decisões juridicamente relevantes<sup>2</sup>. A SST é, portanto, campo no qual se comunicam diversas áreas do conhecimento, as quais se informam e se condicionam na busca por soluções adequadas e conforme com o norte constitucional, isto é, com a promoção dos direitos humanos.

<sup>1</sup>GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 78, p. 258-280, 2012, p. 259-260.

<sup>2</sup>“Por outro lado, a velocidade das transformações sociais repercute instantaneamente na vida do trabalhador e, por consequência, reflete-se no Direito do Trabalho. Isso exige do intérprete uma visão progressiva e prospectiva, que não deve, entretanto, desprezar os sustentáculos básicos já sedimentados na ciência jurídica” (OLIVEIRA, 2011, p. 47). No mesmo sentido, SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Versão digital, p. 8.

As questões envolvendo a SST, assim, inserem-se entre aquelas afetas aos direitos humanos, ante sua centralidade, o que enseja interpretação própria, pautada pelo instrumental disponibilizado por essa espécie de direitos.

Exemplo de toda essa nova complexidade pode ser encontrado nas questões que envolvem a **cadeia produtiva do amianto**, sendo notórias as discussões judiciais e doutrinárias que se travaram sobre o banimento dessa fibra cancerígena.

O Direito do Trabalho, neste contexto, traz interessante contribuição para o tema em estudo, o qual envolve discussões que, conquanto não se resumam à seara **juslaboral**, podem nela encontrar instrumental adequado. A **interpretação constitucional** e a interdisciplinaridade que fundamentaram o banimento do amianto justificam a possibilidade de construção de interpretações adequadas e conforme a promoção dos direitos humanos para outras áreas do direito. Institutos há tempos conhecidos e manejados pelo Direito do Trabalho<sup>3</sup> serão, assim, considerados neste estudo como substrato à análise da hipótese de trabalho aqui desenvolvida, a qual será apresentada ao final desta introdução.

O amianto (termo em latim), também denominado asbesto (termo grego) é, segundo o item 1.1. do Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho<sup>4</sup>:

---

<sup>3</sup>O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: **no instante da elaboração da regra** (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou **no contexto de confronto entre regras concorrentes** (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, **no contexto de interpretação das regras jurídicas** (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). [...] Na pesquisa e eleição da regra mais favorável, o intérprete e aplicador do Direito obviamente deverá se submeter a algumas condutas objetivas, que permitam preservar o caráter científico da compreensão e apropriação do fenômeno jurídico. Assim, haverá de ter em conta não o trabalhador específico, objeto de incidência da norma em certo caso concreto, mas o trabalhador como ser componente de um universo mais amplo (categoria profissional, por exemplo)" (DELGADO, 2018, p. 232-234). Mais à frente, p. 209, assim esclarece: "O critério normativo hierárquico vigorante no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justabalhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir soluções às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego - objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador -, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justabalhista. Em tal quadro, a hierarquia de normas jurídicas não será estática e imutável, mas dinâmica e variável, segundo o princípio orientador de sua configuração e ordenamento. O princípio direcionador basilar do Direito do Trabalho, que melhor incorpora e expressa seu sentido teleológico constitutivo, é, como visto, **o princípio da norma mais favorável ao trabalhador**. [...]" (marcas do original).

<sup>4</sup>Com a edição da Medida Provisória n. 696/2015, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) passou a ser denominado, em razão de sua fusão ao Ministério da Previdência Social, Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS). Com a publicação da Lei n. 13.341/2016, houve, novamente, alteração na estrutura administrativa desse órgão, que passou a se chamar, apenas, Ministério do Trabalho (MTb). Em 2019, tal Ministério foi extinto, tornando-se Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia (MP n. 870/2019).

[...] a forma fibrosa dos silicatos minerais pertencentes aos grupos de rochas metamórficas das serpentinas, isto é, a crisotila (asbesto branco), e dos anfibólios, isto é, a actinolita, a amosita (asbesto marrom), a antofilita, a crocidolita (asbesto azul) a tremolita ou qualquer mistura que contenha um ou vários destes minerais.

Referida conceituação é, também, ratificada por informações contidas no sítio eletrônico do Instituto Nacional do Câncer (INCA), para quem amianto e asbesto “são nomes genéricos de uma família de minerais encontrados profusamente na natureza e muito utilizados pelo setor industrial no último século” (BRASIL, 2018a)<sup>5</sup>. Ademais, segundo informações contidas no mesmo sítio eletrônico:

As rochas de amianto se dividem em dois grupos: as serpentinas e os anfibólios. As serpentinas têm como principal variedade a crisotila ou ‘amianto branco’, que apresenta fibras curvas e maleáveis. Os anfibólios, que representam menos de 5% de todo o amianto explorado e consumido no mundo, estão banidos da maior parte do planeta. (BRASIL, 2018a).

No Brasil, a utilização do **grupo anfibólios** do amianto encontra-se vedada<sup>6</sup> desde a edição do Anexo 12 da Norma Regulamentadora (NR) n. 15 do Ministério do Trabalho, pela Portaria n. 1, de 28 de maio de 1991, em seu item 4.

Contudo, ao **grupo serpentinas** restou, com base no mesmo Anexo de referida NR, a autorização para seu **uso controlado**, desde que atendido o controverso conceito de **limite de tolerância**<sup>7</sup>- entre outras

<sup>5</sup>A título complementar vale transcrever esclarecimentos consignados pela Ministra Relatora Ellen Gracie em seu voto, quando do julgamento da ADI 2.396-9/MS, p. 10 do acórdão: “1. Rememorando, inicialmente, alguns aspectos técnicos a respeito da substância objeto da lei impugnada [lei estadual de Mato Grosso do Sul], participo aos eminentes colegas que pelo nome genérico de amianto agregam-se minerais que se encontram em dois grupos distintos. O primeiro deles, formado pelos anfibólios, são silicatos de cálcio e ferro e ocorrem na natureza em associação a diversas rochas, mas não em grandes jazidas. O outro conjunto, conhecido como crisotila, é formado por um silicato de magnésio extraído em grandes depósitos naturais, como o situado no município de Minaçu, norte do Estado de Goiás, explorado atualmente por uma empresa sediada no país, mediante a concessão da União. No Brasil, com este material, confeccionam-se em associação ao cimento, telhas corrugadas e caixas d’água; em associação a substâncias plásticas, pastilhas e lonas para freio de automóveis e outros manufaturados” (BRASIL, 2003a).

<sup>6</sup>A vedação, contudo, não era absoluta, como se infere do item 4 do Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15: “4.1. A autoridade competente, após consulta prévia às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores interessados, poderá autorizar o uso de anfibólios, desde que a substituição não seja exequível e sempre que sejam garantidas as medidas de proteção à saúde dos trabalhadores”.

<sup>7</sup>Uma das críticas que se pode fazer, atualmente, ao limite de tolerância para o caso de exposição às fibras do amianto refere-se à aceitação de que qualquer exposição enseja o adoecimento. Há, assim, substituição da análise quantitativa por uma perspectiva qualitativa. Com isso, dispensa-se toda a

medidas de proteção - e em **situações de emergência**, isto é, situações que, nos termos do item 3.1., “implique[m] o agravamento da exposição dos trabalhadores”, sejam previstos normas e procedimentos de contingência. No regramento delineado pelo Anexo 12 da NR n. 15, constam: (i) a inscrição dos estabelecimentos que produzem, utilizam, comercializam ou removam sistemas que contenham ou possam liberar fibras de amianto para o ambiente no Ministério do Trabalho; (ii) a elaboração de plano de trabalho, pelas empresas que realizam trabalhos de remoção e/ou demolição, em conjunto com a representação dos trabalhadores, a fim de que sejam estabelecidas as medidas de proteção a serem adotadas; (iii) a devida rotulagem dos produtos, com a indicação de instruções de uso; (iv) a realização, pelo empregador, de avaliações ambientais nos locais de trabalho onde haja exposição ao amianto, a cada seis meses, ao menos, fixando, ademais, o famigerado “limite de tolerância para fibras respiráveis de asbesto crisotila [em] 2,0 f/cm<sup>3</sup>”; (v) vedação a que menores de 18 anos exponham-se em setores onde possa haver exposição ao amianto<sup>8</sup>, entre outras medidas.

O tema, contudo, somente veio a ser tratado de forma mais ampla com a edição da Lei n. 9.055/1995<sup>9</sup>, a qual foi regulamentada pelo Decreto n. 2.350/1997. O art. 1º da Lei n. 9.055/1995, explicitado pelo art. 1º do Decreto n. 2.350/1997, deixa claro que “a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte de asbesto/amianto, no território nacional, ficam limitados à variedade crisotila”, sendo, no entanto, vedada, em qualquer de suas formas, a pulverização (*spray*) e a venda a granel. A lei, ademais, fixa, em seu art. 7º<sup>10</sup>, § 2º, determinação

---

discussão que envolve a mensuração, com as correspondentes discussões infundáveis, e inócuas, acerca de qual seria a exposição tolerada ou a concentração de fibras no ambiente. Exemplo dessa superação, em âmbito infralegal, pode ser encontrado na Lista de Agentes Cancerígenos para Humanos (LINACH), editada pela Portaria Interministerial MTE/MS/MPS n. 9, de 7 de outubro de 2014. Em âmbito internacional, pode-se citar como exemplo o Critério de Saúde Ambiental n. 203, de 1998, da Organização Mundial de Saúde (OMS), no qual consta que todas as variedades minerais do amianto, inclusive o crisotila, são cancerígenas e que não existe limite seguro de exposição.

<sup>8</sup>Referida previsão veio a ser objeto, inclusive, de reconhecimento como hipótese inserida entre as piores formas de trabalho infantil, conforme item 32 da Lista TIP (Decreto n. 6.481/2008 c/c art. 4º da Convenção 182 da OIT).

<sup>9</sup>A Lei n. 9.055/1995 originou-se do Projeto de Lei (PL) n. 3.981/1993, o qual tinha, na origem, a seguinte ementa: “Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto/amianto e dá outras providências”. A título de exemplo, vale o registro de que o PL, em seu art. 2º, propunha o banimento do amianto crisotila em quatro anos, bem como fixava, em seu art. 3º, a exposição a no máximo 0,2 fibras/cm<sup>3</sup>. Leis posteriores, como a Lei n. 9.976/2000, que “Dispõe sobre a produção de cloro e dá outras providências”, trazem determinações para que o processo produtivo que utiliza o amianto não seja renovado. Nesse sentido, tem-se: “Art. 3º Fica vedada a instalação de novas fábricas para produção de cloro pelo processo de eletrólise com tecnologia a mercúrio e diafragma de amianto”. A questão foi objeto de análise quando do voto proferido pela Ministra Relatora Rosa Weber, na ADI 4.066-9/DF, p. 41-43 do acórdão.

<sup>10</sup>Mencionado art. 7º, em seu § 1º, previu que “outros critérios de controle da exposição dos trabalhadores que não aqueles definidos pela legislação de Segurança e Medicina do Trabalho deverão ser adotados nos acordos assinados entre os sindicatos dos trabalhadores e os empregadores,

para que “[o]s limites fixados [sejam] revisados anualmente, procurando-se reduzir a exposição ao nível mais baixo que seja razoavelmente exequível”. Tem-se, portanto, desde 1995, indicação explícita para que, progressivamente<sup>11</sup>, encerre-se a exposição ao amianto.

Assim, entre os grupos de amianto existentes, apenas havia, pela legislação federal, autorização para as **serpentinhas**, isto é, para a variedade **crisotila**, ou **amianto branco**, desde que não pulverizada ou vendida a granel. A lei federal mencionada, ademais, ratifica as disposições infralegais anteriormente editadas, formatando um **sistema normativo mínimo de regulamentação**, sem olvidar, contudo, a necessária e constante busca por soluções tecnológicas substitutas - em que pese o projeto de lei tenha sido aprovado com diversas modificações.

Com efeito, referido sistema normativo federal inseriu-se em um contexto normativo internacional sobre o tema. A Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual foi aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 51/1989 e promulgada por meio do Decreto n. 126/1991, traz regramento para a utilização do amianto, principalmente no que se refere ao grupo **serpentinhas** (crisotila ou amianto branco). Em seu art. 3º, pontua ser necessária uma **abordagem legislativa**

---

previstos no art. 3º desta Lei”. Em razão dessa disposição legal, foi celebrado o denominado “Acordo Nacional para Extração, Beneficiamento e Utilização Segura e Responsável do Amianto Crisotila”, o qual, contudo, possui diversos vícios, sendo objeto, inclusive, de Ação Civil Pública n. 0011751-32.2015.5.15.0093, proposta pelo Ministério Público do Trabalho. Nesse sentido, tem-se: “O exercício da autonomia privada coletiva não pode ultrapassar os limites e parâmetros impostos pela ordem jurídica vigente, sobretudo em se tratando do estabelecimento de obrigações relativas ao uso (pretensamente controlado) de substância cancerígena. [...] Conclui-se, portanto, que o acordo nacional de uso seguro do amianto, ao pretender assegurar maior nível de proteção à saúde, cria contrapartidas que, ao final, implicam retrocesso nas condições de saúde e de segurança no ambiente de trabalho em detrimento dos trabalhadores expostos ao amianto, violando dispositivos constitucionais, internacionais e legais de ordem pública, inafastáveis pela autonomia privada coletiva, por assegurarem direitos fundamentais indisponíveis” (PORTO; LEIVAS; ALIAGA, 2018, p. 138-139).

<sup>11</sup>O fim progressivo do amianto, à época, se justificava pela larga utilização do produto. Do relatório elaborado pelo Ministro Relator Marco Aurélio quando do julgamento da ADI 3.937-7/SP, p. 3-4 do voto, há a exposição do quanto disseminada é a fibra: “Atualmente, 92% do consumo nacional do amianto ocorrem na indústria de fibrocimento, responsável pela fabricação de telhas utilizadas na construção civil. Os outros 8% distribuem-se em produtos de fricção, têxteis, filtros, papéis e papelões, vedação, isolantes térmicos, plásticos, revestimentos e asfalto, bem como, até mesmo, em medicamentos. Cuida-se, como visto na audiência pública destinada ao debate sobre o tema, de uma política pública de relevância para o país. Atualmente, o Brasil ocupa o terceiro lugar na classificação mundial de produtores de amianto, sendo responsável por 20% da produção anual, segundo dados de 2011, embora só uma mina esteja em atividade, localizada no Município de Minaçu, no Estado de Goiás. Com a exportação, arrecada 80 milhões de dólares em divisas. Em tributos, são R\$ 341 milhões anuais. A comercialização tem o valor de R\$ 2,5 bilhões, o que representa acréscimo, a cada ano, de R\$ 1,6 bilhão de reais ao Produto Interno Bruto. Atualmente, 25 milhões de residências nacionais estão cobertas com telhas de fibrocimento, as quais contêm, em média, 8% de amianto na composição. Metade das novas construções emprega o material (dados fornecidos pelo representante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio)”. Em que pese ainda não tenha sido publicado o Acórdão da ADI 3.937-7/SP, foi disponibilizada no sítio eletrônico do STF a íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

**dinâmica** para com o amianto, tendo-se em vista dois pressupostos que parecem claros, isto é, o de que a fibra de amianto é utilizada largamente, sendo, àquela época, inviável sua proscricção imediata, e o reconhecimento de que a fibra de amianto é fator de adoecimento. A partir desses dois pressupostos, há a determinação para que se realize constante reavaliação das técnicas produtivas, visando não a um futuro uso controlado, mas sim, ao seu efetivo banimento:

1 - A legislação nacional deve prescrever as medidas a serem tomadas para prevenir e controlar os riscos, para a saúde, oriundos da exposição profissional ao amianto, bem como para proteger os trabalhadores contra tais riscos.

**2 - A legislação nacional, adotada em virtude da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo deverá ser submetida a revisão periódica, à luz do desenvolvimento técnico e do aumento do conhecimento científico.** (BRASIL, 1991) (marcas nossas).

Portanto, caso adotada técnica legislativa no sentido de se admitir o uso do amianto, dever-se-iam “prescrever as medidas a serem tomadas para prevenir e controlar os riscos”, sem olvidar que referido uso controlado “deverá ser submetid[o] a revisão periódica, à luz do desenvolvimento técnico e do aumento do conhecimento científico”. Ou seja, segundo a Convenção 162 da OIT, caso o país signatário opte, em sua legislação, por permitir o uso do amianto, deverá fazê-lo sob a condição de que esse uso, controlado, será objeto de revisão constante, para se alcançar, enfim, a proscricção. Referido norte fica claro no art. 10 da Convenção 162 da OIT<sup>12</sup>.

<sup>12</sup>Art. 10. Quando necessárias para proteger a saúde dos trabalhadores, e viáveis do ponto de vista técnico, as seguintes medidas deverão ser previstas pela legislação nacional: a) sempre que possível, a substituição do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto por outros materiais ou produtos, ou, então, o uso de tecnologias alternativas desde que submetidas à avaliação científica pela autoridade competente e definidas como inofensivas ou menos perigosas; b) a proibição total ou parcial do uso do amianto ou de certos tipos de amianto ou de certos produtos que contenham amianto para certos tipos de trabalho” (BRASIL, 1991). Ademais, interessante pontuar a previsão contida no art. 15 da Convenção 162 da OIT, com as observações constantes, ao final, do Decreto Legislativo n. 61/1989: “Art. 15. 1. A Autoridade Competente deverá prescrever limites de tolerância dos trabalhadores ao asbesto ou outros critérios de exposição que permitam a avaliação do meio ambiente de trabalho. 2. Os limites de exposição ou outros critérios de exposição deverão ser fixados, revistos e atualizados periodicamente, à luz do desenvolvimento tecnológico e do aumento do conhecimento técnico e científico”. Com relação aos parágrafos 1 e 2, sublinha-se que, em nossa legislação de saúde e segurança do trabalho, já é definido um limite de tolerância que deveria ter sido revisado de acordo com os atuais conhecimentos técnico-científicos e critérios internacionais. Esse limite está estabelecido pelo Anexo 12 da NR-15. Juntamente com a Convenção 162 da OIT, foi aprovada, na 72ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, a Recomendação 172 da OIT (“Recommendation concerning Safety in the Use of Asbestos”). Referida Recomendação, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 61/1989, traz, na mesma toada, orientação no sentido de que seja promovida a substituição progressiva do amianto por outras fibras, até a sua completa proibição.

A Lei n. 9.055, portanto, optou pelo uso controlado do amianto crisotila em 1995, indicando, expressamente, que referida permissão seria objeto de constante reavaliação. Já àquela época estava traçado o futuro do amianto, futuro este orientado pelos princípios da prevenção, da precaução<sup>13</sup> e da melhoria contínua. O banimento do amianto, assim, deveria ser apenas questão de tempo.

Contudo, em que pese o exposto, fato é que todo esse conjunto normativo restou estático em âmbito federal. Passados mais de 20 anos, nada, nem mesmo uma reanálise acerca do famigerado conceito de “limite de tolerância” contido no Anexo 12 da NR n. 15 foi objeto de alteração. O Estado, ao menos em âmbito federal, declinou de sua função (dever-poder) promocional (dos direitos humanos), olvidando não apenas a estrutura normativa infraconstitucional acima apresentada<sup>14</sup>, como a função promotora determinada pela Constituição em seus arts. 6º, 7º, XXII, 174, 196 e 225. Manteve-se, pois, uma insustentável lógica de **monetização de riscos e reparatória de danos**, sem considerar a evolução tecnológica pela qual passou, e passa, toda a humanidade, em que métodos arcaicos, poluidores e ineficientes são substituídos por técnicas mais apuradas, adequadas ao ser humano. Ignorou-se, assim, o direito como verdadeira barreira de contingência à manutenção de situações que, às claras, não mais se sustentam.

O presente trabalho, dessa forma, buscará discutir a relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar”, presente no art. 24, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), em especial quando se está a regulamentar matérias relacionadas a direitos humanos, sendo o debate guiado pelas discussões travadas durante o julgamento das ações em controle concentrado de constitucionalidade envolvendo o amianto.

Para tanto, se partirá da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, identificando os argumentos relacionados ao tema deste trabalho, bem como explicitando o confronto de perspectivas.

Sem a pretensão de apresentar conclusão fechada sobre tema tão complexo, buscar-se-á, ao final, sustentar hipótese no sentido da adoção de um condomínio legislativo orientado e informado pela

<sup>13</sup>GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 78, p. 258-280, 2012, p. 266-268.

<sup>14</sup>Conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais de direitos humanos - como é o caso das normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) -, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no art. 5º, § 3º, da CF/1988, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal. Nesse sentido, *vide* STF, Recurso Extraordinário (RE) 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento 3.12.2008, publicação DJe 4.6.2009.

promoção dos direitos humanos, em que se admita a possibilidade de aplicação da legislação concorrente suplementar mais benéfica - e protetiva - que a norma geral<sup>15</sup>, ainda que essa legislação venha a causar ruptura com a lógica tradicional que pauta a interpretação do condomínio legislativo, e que busca na uniformidade, a partir da norma geral, forma de se manter o equilíbrio federativo<sup>16</sup>.

### **Condomínio legislativo e competência concorrente suplementar - considerações acerca da hipótese de trabalho e sobre o conceito de direitos humanos utilizado neste trabalho**

Como afirmado acima, o presente estudo pretende, a partir da evolução jurisprudencial do STF acerca do banimento do amianto, discutir a relação entre as “normas gerais” e a “competência concorrente suplementar”, presente no art. 24, § 2º, da CF/1988.

Com efeito, sustenta-se como hipótese de trabalho que os entes políticos, no exercício de sua competência concorrente suplementar, podem, ao tratarem de temas afetos aos direitos humanos, avançar, sendo as normas gerais piso a partir do qual a evolução deve ser admitida, senão incentivada, visto decorrer dos direitos humanos a aplicação da norma mais favorável.

Assim, a hierarquia normativa decorrente do condomínio legislativo estabelecido pelo art. 24, § 2º, da CF/1988 deve atender-se para a matéria objeto de regulação, diferindo-se, pois, a perspectiva estática e

<sup>15</sup>Voto proferido pelo Ministro Edson Fachin quando do julgamento da ADI 4.066-9/DF, p. 129 do acórdão: “Em discussão pioneira sobre o tema, o e. Ministro Gilmar Mendes definiu os direitos fundamentais como expressando um postulado de proteção, também traduzido como proibição de proteção insuficiente: ‘Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)’. (HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 6.3.2012, acórdão eletrônico DJe-062 divulg. 26.3.2012, public. 27.3.2012)”. E voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, p. 234 do acórdão: “Todos esses fundamentos **que venho de expor** autorizam-me a reconhecer, **na espécie**, além da violação positiva referida pela eminente Relatora, também a existência de **situação de evidente inércia estatal**, ainda que incompleta ou parcial, **inteiramente imputável** à União Federal, o que me permite constatar a configuração, **no caso**, de ofensa **ao postulado que veda a proteção insuficiente**, considerado o tratamento normativo que a regra legal ora questionada dispensou ao trabalhador, ao deixar de estabelecer medidas e salvaguardas indispensáveis à defesa de sua saúde, em decorrência da **(absurda)** exposição às fibras de amianto” (com marcas no original).

<sup>16</sup>Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015; LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; MACIEL, Carlos Henrique. **Curso objetivo de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

uniformizadora própria de algumas matérias (voltadas, pois, a um certo equilíbrio federativo) da lógica protetiva e orientada pela norma mais favorável (própria dos direitos humanos), a qual encerra traços intrinsecamente dinâmicos.

Portanto, o presente estudo, a partir das discussões desencadeadas por um caso específico - mas de grande repercussão -, pretende sustentar a possibilidade de análise diversa, sob os pressupostos que orientam a interpretação dos direitos humanos - e que há tempos são manejados pelo Direito do Trabalho -, isto é, pela aplicação da "norma mais favorável" ao condomínio legislativo previsto na repartição de competências entre os entes federados.

Por derradeiro, cumpre esclarecer o conceito de direitos humanos que se utiliza neste trabalho.

Há, certamente, uma miríade de conceitos envolvendo os termos direitos humanos e direitos fundamentais<sup>17</sup>. Neste trabalho,

---

<sup>17</sup>Penso que não é a melhor denominação [direitos humanos fundamentais], pois significa fazer a soma de dois conjuntos de direitos que, embora possam ter a mesma finalidade, que é enunciar direitos indispensáveis da pessoa humana, são distintos. [...] Passando agora à definição, ou melhor, definições, é preciso, em primeiro lugar, indicar que a total compreensão das definições que serão apresentadas depende de três questões que serão apresentadas um pouco adiante: a universalidade como característica dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana como fundamento desse conjunto e a indispensabilidade desse conjunto para a realização de qualquer plano de vida das pessoas. [...] Nessa perspectiva, os Direitos Humanos constituem o conjunto de direitos indispensáveis à preservação da dignidade do ser humano, em qualquer lugar do planeta. [...] Já a segunda definição é apresentada a partir de uma linguagem típica da Filosofia Política e relaciona os Direitos Humanos ao objetivo primordial das pessoas, que é a busca do cumprimento de seu plano de vida, qualquer que seja esse plano de vida, ou seja, independentemente dos interesses que pretendam as pessoas explorar e priorizar, crítico ou volitivo, e das relações que pretendam implementar: de bem-estar ou de condição de agente, em suma, direitos que as pessoas necessitarão em qualquer hipótese, quer tenham mais interesses relacionados à sua própria vida, ou, ao contrário, à vida da comunidade, quer queiram direcionar seus esforços mais fortemente para o seu específico bem-estar, ou, também, por outro lado, queiram que esses esforços sejam feitos, principalmente em prol da sociedade. [...] Note-se, para encerrar este aspecto, que o elemento comum das duas definições é a existência de um conjunto de direitos tidos como indispensáveis, e esse elemento comum e que conduz à afirmação feita, no início do capítulo, de que há uma significação única para a ideia de Direitos Humanos, que não está relacionada somente à importância desses direitos, mas à sua indispensabilidade, à sua essencialidade" (BRITO FILHO, 2015, p. 22, 24-25). "Ao longo do tempo e da evolução doutrinária, muito se debateu, ou mesmo se confundiu, se realmente há uma distinção entre as expressões 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais'. Não há ponto de dúvida de que os direitos fundamentais, ao seu modo, são também direitos humanos, posto que o seu titular sempre será o ser humano, mesmo que representado por entes coletivos. Apesar de grupos utilizarem os termos como sinônimos, 'direitos fundamentais' são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera interna do direito constitucional de determinado Estado. Já 'direitos humanos' guarda relação com as 'documentações' de direito internacional, reconhecendo o ser humano como tal, independentemente de determinada ordem constitucional, havendo uma validade universal, com caráter supranacional. [...] A distinção também pode encontrar fundamento em que 'direitos humanos' guardam relação com uma concepção jusnaturalista de direitos, ao passo que os 'direitos fundamentais' assentam respeito à corrente positivista. Os 'direitos humanos', nessa ideia, acabam por ser transformados em 'direitos fundamentais' pelos positivistas, mediante processo de fundamentalização e internalização nos ordenamentos jurídicos estatais. [...] Recentemente, tem-se utilizado a expressão

utilizar-se-ão referidos termos como sinônimos, sendo, pois, ambos direitos que encerram fundamentalidades relacionadas aos seres humanos e, por isso, possuem centralidade em nosso sistema - o qual, atualmente, é composto não só por normas constitucionais, como também por normas internacionais, nos termos do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF/1988.

Há, por certo, ampla carga de indeterminabilidade no conceito utilizado, o qual reflete, no entanto, a inexistência de um rol taxativo de direitos humanos ou de uma homogeneidade de interpretações.

Sua importância e finalidade, contudo, não se encontra na pretensa identificação de um rol claro e determinado de direitos, mas na afirmação do valor que esse conceito busca sublinhar, tornando claro que a finalidade de todo o sistema jurídico é a afirmação da centralidade do ser humano, devendo-se, por esse norte, se pautar.

## **2 AS DISCUSSÕES JUDICIAIS SOBRE O AMIANTO: análise da jurisprudência do STF**

No campo judicial, tem-se a fixação dos pressupostos que embasam a hipótese deste trabalho. Neste ponto, e em razão da extensão dos temas que perpassam a questão do amianto, irá se focar o estudo na análise de algumas questões emblemáticas, isto é, nas questões que envolvem a evolução da jurisprudência do STF<sup>18</sup> no que se refere à [in]

---

direitos humanos fundamentais como meio híbrido para reunir todas as conjunturas numa única ideia. Apesar da clássica distinção acima, como dito, verifica-se a correlata e íntima aproximação entre os direitos humanos e fundamentais. [...] A principal função dos Direitos Humanos, bem como dos internos direitos fundamentais, é a de proteger os indivíduos das injustiças, do autoritarismo e dos abusos de poder, trazendo-lhe forte carga de sinônimo de liberdade” (BORSIO, 2017, p. 34-35). “[...] Muito embora existam os que sustentem a equivalência entre as duas noções, considerando até mesmo irrelevante a discussão em torno da eventual diferença ou identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais, o fato é que as diferenças, especialmente quando se tiverem bem presentes os critérios para tanto, são evidentes e têm sido reconhecidas por ampla doutrina e mesmo em caráter jurisprudencial, ainda que não se possa falar aqui em uma posição uníssona no direito brasileiro. Se não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado), também é certo que não é esse o motivo pelo qual a distinção se faz necessária, ainda mais no contexto do direito constitucional positivo. De acordo com o critério aqui adotado, o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 307).

<sup>18</sup>A pesquisa de julgados foi realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), na aba “jurisprudência”, sub-aba “pesquisa”, com a palavra-chave “amianto”, em 4.1.2018. Restringiu-se, inicialmente, a análise apenas aos acórdãos proferidos após a Constituição de 1988

constitucionalidade das leis federal e estaduais que tratam do amianto, mais especificamente na relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar” prevista no art. 24, § 2º, da CF/1988.

Assim, pretende-se, com foco no tema deste trabalho, o estudo da evolução jurisprudencial do STF sobre o banimento do amianto, apresentando-se os argumentos deduzidos. A análise, contudo, não terá por objetivo a defesa das leis estaduais em suas particularidades, mas se focará na crítica aos argumentos colocados para fundamentar as decisões adotadas, crítica essa que não será alheia ao contexto histórico em que as decisões foram proferidas.

## **2.1 Análise da jurisprudência do STF: competência legislativa para regular os atos da cadeia produtiva do amianto e a conformação do condomínio legislativo**

### **2.1.1 Primeira fase da jurisprudência do STF - perspectiva tradicional e estática do sistema normativo - inconstitucionalidade das leis estaduais mais protetivas**

Com efeito, tem-se por interessante a análise da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade das leis estaduais que tratam do amianto. Referida evolução é pontuada por três momentos históricos distintos, os quais, certamente, devem ser analisados no contexto em que se inserem, na medida em que refletem determinado momento do desenvolvimento jurisprudencial acerca da conformação e dos princípios que norteiam o Direito.

Em um primeiro momento, tem-se a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade pelo governador do Estado de Goiás

---

e em ações do controle concentrado de constitucionalidade. Foi encontrado um total de 38 acórdãos, dos quais, apenas cinco atendiam ao corte pré-estabelecido, quais sejam: ADI 3.937-7/SP (MC), 2.656-9/SP, 2.396-9/MS e 2.396-9/MS (MC) e ADPF 234/DF (MC). Após a análise desses julgados, verificou-se a existência de outras ações pendentes de julgamento, as quais foram, assim, acrescidas à análise. Ao final, foram analisados doze julgados no total (ADI 3.356-5/PE, ADI 3.357-3/RS, ADI 3.470-7/RJ, ADI 3.406-5/RJ, ADI 3.355-7/RJ, ADI 4.066-9/DF e ADPF 109-9/SP), todos explicitamente indicados ao longo do trabalho. A pesquisa releva, ademais, outras ações que versam sobre o tema deste trabalho, a indicar a relevância da discussão. Nesse sentido, cita-se como exemplo a decisão proferida quando do julgamento da ADI 3.852/SC, assim ementado: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual (SC) n. 13.922/07. Restrições ao comércio de produtos agrícolas importados no Estado. Competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, inciso VIII). 1. É formalmente inconstitucional a lei estadual que cria restrições à comercialização, à estocagem e ao trânsito de produtos agrícolas importados no Estado, ainda que tenha por objetivo a proteção da saúde dos consumidores diante do possível uso indevido de agrotóxicos por outros países. A matéria é predominantemente de comércio exterior e interestadual, sendo, portanto, de competência privativa da União (CF, art. 22, inciso VIII). 2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade das leis estaduais que constituam entraves ao ingresso de produtos nos Estados da Federação ou sua saída deles, provenham esses do exterior ou não (cf. ADI 3.813/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 20.4.2015; ADI 280, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 17.6.1994, e ADI 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 14.10.2005). 3. Ação direta julgada procedente” (BRASIL, 2015).

visando a contestar leis dos Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo que vedavam, e regulamentavam, atos da cadeia produtiva do amianto em seus respectivos territórios. Trata-se, pois, das ADIs 2.396-9/MS<sup>19</sup> e 2.656-9/SP<sup>20</sup>.

Com fundamento, em geral, nos arts. 1º, 18, *caput*, 22, incisos I e XII, 24, incisos V, VI e XII, 25, § 1º, e 170, *caput* e incisos II e IV (ADI 2.396-9/MS), e arts. 1º, 18, *caput*, 20, inciso IX, 22, incisos I, VIII e XII, e 24, incisos V, VII e VIII (ADI 2.656-9/SP) da CF/1988, buscavam referidas ADIs atacar a constitucionalidade de leis estaduais mais protetivas<sup>21</sup> que a Lei n. 9.055/1995.

Referidas ADIs foram, todas, julgadas procedentes, em votação unânime, pelo Tribunal Pleno em 2003.

Análise conjunta de referidas ações traz à tona questões importantes, as quais, analisadas à luz do momento histórico em que prolatadas, expõem a forma tradicional com que o tema relativo à relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar” foi vislumbrado. A análise acerca da constitucionalidade das leis estaduais foi feita sob uma perspectiva estática do condomínio legislativo, de verdadeiro confronto da lei estadual, supletiva, com o que se acreditava pretender a lei federal, geral, e a Constituição.

À época, não se considerou a maior proteção dispensada pelas leis estaduais como adequada à perspectiva progressiva dos direitos humanos, isto é, não se vislumbraram as leis estaduais como instrumentos promocionais dos direitos humanos (norma mais favorável), com a análise dos princípios da precaução, da prevenção e da melhoria contínua, mas sim como violadoras de uma suposta uniformidade federativa pretendida pela norma geral federal.

Os votos proferidos pelos relatores nas ADIs 2.396-9/MS e 2.656-9/SP partem do pressuposto de que a lei estadual impugnada deve

<sup>19</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.396-9/MS. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 8 de maio de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 1º ago. 2003a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>20</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.656-9/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 8 de maio de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 1º ago. 2003b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>21</sup>A Lei paulista n. 10.813/2001 vedava, já em seu art. 1º, “[...] a importação, a extração, o beneficiamento, a comercialização, a fabricação e a instalação, no Estado de São Paulo, de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto, sob qualquer forma”. Referida lei, ademais, trazia prazos específicos para determinadas atividades, como materiais automotivos contendo amianto, equipamentos de proteção individual e artefatos de uso infantil, bem como regulava o manejo do produto em processos de demolição ou remoção de material contendo o amianto e, durante o período de banimento da fibra, reduzia o limite de tolerância para 0,1 fibras de amianto por centímetro cúbico. Já a Lei sul-mato-grossense n. 2.210/2001, vedava a “[...] fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, no território do Estado do Mato Grosso do Sul”.

ser analisada sob a perspectiva da inconstitucionalidade formal<sup>22</sup>, seja por invadir seara reservada privativamente à competência legislativa da União, seja por extrapolar a competência suplementar dos Estados em matéria reservada à competência legislativa concorrente. Ademais, não se nota dos julgados - salvo passagem específica, a qual se faz referência mais à frente - que se tenha considerado como relevante a função promocional do Direito, função essa reconhecida pela própria lei federal quando prevê a progressiva proscição do amianto, conforme exposto na introdução deste trabalho.

No que se refere às razões suscitadas para fundamentar a inconstitucionalidade das leis estaduais, tem-se grande congruência nas razões de decidir de ambas as ADIs.

Preliminarmente, vale o registro de que a Ministra Relatora Ellen Gracie, ao tratar da ADI 2.396-9/MS, afasta o fundamento que buscava sustentar a inconstitucionalidade da lei estadual no fato de a matéria tratada referir-se a direito do trabalho (matéria reservada à lei federal)<sup>23</sup>.

Seguindo a mesma senda, tanto a ADI 2.396-9/MS quanto a ADI 2.656-9/SP fundamentam a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais na existência de vício formal no que tange à atuação legislativa suplementar estadual. A Ministra Relatora Ellen Gracie assim delinea sua percepção acerca da violação da Constituição Federal:

É que ao determinar a **proibição** de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil,

<sup>22</sup>O voto proferido pelo Ministro Relator Maurício Corrêa, quando do julgamento da ADI 2.656-9/SP, conquanto não suscite todos os fundamentos do voto proferido pela Ministra Relatora Ellen Gracie, é congruente com a análise realizada na ADI 2.396-9/MS, ao entender a existência de inconstitucionalidade com fundamento no art. 22, XII, da CF/1988, ante a vedação da lei paulista à extração e à importação do amianto, previsões estas inexistentes na lei sul-mato-grossense. Assim se manifestou o Ministro Relator Maurício Corrêa quando do julgamento da ADI 2.656-9/SP, p. 7 do acórdão: “[...] ao vedar a importação e extração de qualquer espécie de amianto no Estado, o art. 1º da lei paulista invadiu competência federal sobre comércio exterior, bem como acerca de minas e recursos naturais, que são bens da União [...]” (BRASIL, 2003b).

<sup>23</sup>Voto proferido pela Ministra Relatora, Ellen Gracie, quando do julgamento da ADI 2.396-9/MS, p. 11 do acórdão: “Quanto aos dispositivos constitucionais apontados pelo autor da presente ação direta (art. 22, incisos I e XII e art. 25, § 1º) reafirmo a não ocorrência de violação destes por parte do diploma atacado. A lei cuja inconstitucionalidade é arguida não dispõe sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial ou do trabalho. A legislação impugnada tampouco interfere ou dispõe sobre matéria reservada à competência privativa da União de legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais ou metalurgia. Não se refere à extração dos minerais cuja comercialização ou utilização proíbe. [...] Por igual não vislumbro ofensa ao art. 170, *caput* e incisos II e IV da Carta política posto que os princípios ali contidos não são aplicáveis isoladamente, mas se balançam e se conjugam para assegurar a ordem econômica que assegure a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Mantenho, ainda, o afastamento da alegação de agressão aos arts. 1º e 18 da CF posto que a legislação impugnada não tem a força de por em risco a autonomia estadual em que se funda a República nem de atentar contra o princípio federativo [...]” (BRASIL, 2003a).

o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). (BRASIL, 2003a, p. 11-12) (com marcas no original).

Em seguida, após descrever aspectos regulamentados pela Lei n. 9.055/1995, expõe o que entende como a “margem de competência concorrente” que é assegurada ao Estado membro atuar:

Como se vê, a Lei n. 9.055/95 dispõe extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. **A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta.** (BRASIL, 2003a, p. 12) (marcas nossas).

Nota-se, àquela época, inexistir a consciência de que a constitucionalidade da atuação suplementar das leis estaduais está, justamente, no incremento da proteção<sup>24</sup>, reduzindo “[...] a exposição ao nível mais baixo que seja razoavelmente exequível”, o qual, segundo percepção do legislador estadual, foi a proscricção do amianto. Os Estados do Mato Grosso do Sul e de São Paulo, assim, ciosos da função promocional do direito<sup>25</sup>, buscaram, na esteira aberta pela CF/1988, pela Convenção 162 da OIT e pela Lei n. 9.055/1995, progredir na proteção.

Essa perspectiva de análise, contudo, não foi a utilizada pelo STF, para quem a aparente permissividade da lei federal chocava-se com a vedação contida nas leis estaduais.

No mesmo sentido é a análise realizada na ADI 2.656-9/SP pelo Ministro Relator Maurício Corrêa, o qual foi seguido, à unanimidade, pelos demais ministros do STF, ao afirmar que a constitucionalidade formal da lei paulista prescinde de qualquer confronto entre a CF/1988 e

<sup>24</sup>A Lei n. 9.055/1995 trata de asbesto/amianto pela razão primordial de que esse produto apresenta perigo para a saúde humana. Situa-se a matéria tratada no campo da ‘proteção e defesa da saúde’ (art. 24, XII, da Constituição Federal). Importa salientar esse aspecto, pois este é o campo prevalente, enquanto outros campos, como os do ‘comércio exterior e interestadual’ e os das ‘jazidas e minas’ (arts. 22, VIII e XII, da Constituição Federal) e o da ‘produção e consumo’ (art. 24, V, da Constituição Federal) são acessórios” (MACHADO, 2003, p. 171).

<sup>25</sup>Diz-se “ciosos”, embora valha o registro de que referidos Estados não promulgaram suas leis atentos a tudo o quanto aqui exposto. Cita-se como exemplo manifestação do Governador do Estado de São Paulo no sentido de entender por inconstitucional sua lei estadual (p. 7 do acórdão proferido quando do julgamento da ADI 2.656-9/SP, em que o Ministro Relator Maurício Corrêa relata a posição do Poder Executivo paulista).

as leis estaduais. Se a lei federal, que trata de forma geral sobre a matéria, permite o uso do amianto crisotila, não podem as leis estaduais pretender regular a mesma matéria - vedação ou permissão -, uma vez que lei geral federal já existe, cabendo, assim, às leis estaduais apenas particularizar a questão. O que foi, genericamente, permitido pela lei federal não pode vir a ser proibido pela legislação estadual<sup>26</sup>. Aos Estados, nesse condomínio legislativo, caberiam apenas as funções de integrar lacunas ou particularizar questões já delineadas na norma geral.

Neste mesmo ponto vale sublinhar informação registrada pelo Ministro Relator Maurício Corrêa ao tratar da legitimidade da Lei n. 9.055/1995. A fim de justificar tal legitimidade, mormente no que se refere à questão da saúde pública, assevera o voto do Ministro Relator que:

[...] no âmbito federal vigora a Lei 9.055, de 1º.6.1995 [...], o que significa dizer que a União fixou as normas gerais relativas à produção e ao consumo de amianto, já consideradas, por óbvio, suas repercussões nas questões ligadas ao meio ambiente e à defesa da saúde pública, observando-se o interesse geral<sup>27</sup> e nacional que decorre do tema. (BRASIL, 2003b, p. 12-13).

Referida informação não foi suscitada quando da caracterização da inconstitucionalidade da lei paulista com base no art. 22, incisos VIII e XII, da CF/1988, que trata da competência privativa da União para legislar, a evidenciar que referida legitimidade, segundo a perspectiva do ministro relator, relacionar-se-ia ao papel de “norma geral” ocupado pela lei federal, isto é, a forma como estruturado o condomínio legislativo.

Referida passagem expõe, de forma clara, o quanto afirmado alhures, isto é, a forma tradicional e estática como o STF analisava a relação entre textos normativos infraconstitucionais no que se refere à promoção dos dispositivos da CF/1988. Por vislumbrar na questão relativa à proibição/permissão do amianto matéria de interesse nacional, atribui essa regulamentação à norma geral federal, tornando a atuação legislativa suplementar estadual que pretendeu evoluir ao buscar o banimento do amianto, inconstitucional.

<sup>26</sup>Referida conclusão fica clara quando da seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Relator: “No caso, é evidente que a lei paulista contraria a lei federal, pois esta última, longe de vedar o emprego do amianto ‘crisotila’, regula a forma adequada para a sua legítima extração, industrialização, utilização e comercialização [...]” (BRASIL, 2003b, p. 11).

<sup>27</sup>A questão do “interesse” a justificar a quem seria atribuída a competência na conformação do condomínio legislativo é trazida pelo Ministro Relator Marco Aurélio quando do julgamento da medida cautelar na ADPF 234/DF, p. 11 do acórdão, quando assim se manifesta: “[...] É com fundamento nessa ideia geral que a doutrina propõe a denominada prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, sugerindo seja reconhecida a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais”.

Assim, se a lei federal, de 1995, tratou de questão sensível à saúde de forma permissiva, não cabe à lei posterior estadual, ainda que informada por novas perspectivas acerca da matéria, elevar o nível protetivo, em um sistema hierárquico normativo dinâmico - com aplicação, *e. g.*, da norma mais favorável, como há tempos é conhecido e aplicado pelo Direito do Trabalho.

A perspectiva do STF, contudo, não se mostra de todo absoluta no mesmo julgado, como se nota a seguir, a despeito de não ser tratada nos julgados como questão relevante para o julgamento da ADI.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade formal com base na extrapolação da competência suplementar dos Estados não se estendeu ao art. 6º da lei paulista, o qual preceituava, em síntese, a necessidade de aplicação do Código Sanitário do Estado de São Paulo na execução de “obras de demolição ou remoção de material que contenha amianto [...]”, sob o entendimento de que:

Esse dispositivo **apenas reforça** a necessidade de observância de outras normas legais, tais como o Código Sanitário do Estado de São Paulo e a já mencionada lei federal que estabelece as regras gerais sobre o uso do amianto - Lei 9.505/97 (*rectius* 9.055/95). O § 1º fixa critério para a remoção da espécie de amianto proibida pela lei federal, sendo que eventual violação dessa última escapa aos limites do controle concentrado de inconstitucionalidade. **Inexiste, por outro lado, qualquer vício no § 2º, na medida em que apenas obriga a lavagem dos uniformes dos trabalhadores que manipulam o amianto, sendo correta a cautela de ordem sanitária [...].** (BRASIL, 2003b, p. 13-14) (marcas nossas).

Assim, oportuno notar que a fixação, por lei estadual, de obrigações voltadas apenas à regulamentação ou “reforço” da lei federal, mostra-se tolerável, “[...] sendo correta a cautela de ordem sanitária”. A mesma cautela a que se propõem as leis estaduais não é, contudo, admitida quando aparenta chocar-se com a permissividade da lei federal.

Interessante, no entanto, sublinhar que a referida “correta cautela de ordem sanitária” não se aplica quando da análise do art. 7º da lei paulista, que trata da necessária rotulagem de produtos que contenham amianto com a informação de que sua eventual inalação pode causar câncer<sup>28</sup>.

<sup>28</sup>Voto proferido pelo Ministro Relator, Maurício Corrêa, quando do julgamento da ADI 2.656-9/SP: “É notória a existência, no comércio interestadual, de produtos que contenham amianto, circunstância, aliás, que ensejou a proposição da presente medida por outro ente federado. Nesse cenário, ao impor aos comerciantes, inclusive de outros Estados, a aposição de rotulagem dita preventiva, o Estado de São Paulo cuidou de tema de competência da União (CF, art. 22, VIII) [...]” (BRASIL, 2003b, p. 15).

A suplementação, portanto, a que se refere a CF/1988, aos olhos do STF da época do julgamento das ADIs aqui analisadas, não admite evoluções, mas apenas o preenchimento de lacunas **normativas** ou a especificação da forma como as normas gerais traçadas em âmbito federal se concretizarão localmente. Desconsideraram-se, assim, princípios atualmente consagrados do direito e pertinentes à matéria, como os da precaução e da prevenção, bem como o princípio da melhoria contínua, este explicitamente previsto tanto na Lei n. 9.055/1995, quanto na Convenção 162 da OIT. A perspectiva promocional do direito, com aplicação da norma mais favorável, principalmente dos direitos humanos, neste primeiro momento da jurisprudência do STF sobre o amianto, passa, às claras, desprestigiada.

### 2.1.2 Segunda fase da jurisprudência do STF - início da contestação da perspectiva tradicional e estática da hierarquia do sistema normativo - constitucionalidade das leis estaduais proibitivas e contestação da constitucionalidade da lei federal permissiva

Caracterizado o primeiro momento da jurisprudência do STF sobre a questão do amianto, o qual é marcado por uma concepção estática e tradicional do condomínio legislativo constitucional e, por consequência, da relação entre “norma geral federal” e “competência concorrente complementar dos Estados”, pode-se seguir à análise para o segundo momento evolutivo.

Este segundo momento, a seu turno, teve início quando do julgamento da medida cautelar na ADI 3.937-7/SP, isto é, pela análise, em 2008, pelo Pleno do STF, de medida cautelar deferida monocraticamente pelo Ministro Relator Marco Aurélio com base na jurisprudência até então firmada pelo STF<sup>29</sup>. Em seu relatório, quando do julgamento do mérito de referida ADI, explicita o Ministro Marco Aurélio o histórico de discussões:

Ao apreciar o pedido cautelar formalizado, o Plenário do Supremo recusou-se a referendar a liminar que deferira para suspender a eficácia da Lei n. 12.684, de

<sup>29</sup>A divergência se inicia com o voto proferido pelo Ministro Eros Grau quando do julgamento da medida cautelar na ADI 3.937-7/SP, p. 14 do acórdão, ao assim afirmar: “Sou Relator na ADI 3.356, da qual pediu vista o Ministro Joaquim Barbosa. **Nela adotei uma posição essencialmente formalista, referindo uma inconstitucionalidade formal.** Depois disso, em razão dos debates quando proferi aquele meu voto e de ponderações que foram feitas, entre outros ministros, pelo Ministro Joaquim Barbosa, pareceu-me - e eu aguardava a ocasião para manifestar esse entendimento - que estava equivocado, **que a matéria não pode ser examinada única e exclusivamente desde a perspectiva formal.** Isso por quê?” A seguir, suscita a questão da inconstitucionalidade da Lei n. 9.055/1995. O Ministro finaliza seu voto para “[...] aproveitando a ocasião [...] referir à inclinação no sentido de evoluir, quando voltar ao debate da ADIn n. 3.356, para então analisar a Lei Federal n. 9.025 [rectius 9.055] - para não conceder a medida cautelar” (marcas nossas). Com sua aposentadoria, não houve a prolação de voto pelo Ministro Eros Grau sobre a matéria.

26 de julho de 2007, do Estado de São Paulo. Assim o fez ante o argumento de que a Lei federal n. 9.055/1995 seria potencialmente inconstitucional por violação ao direito a saúde, estampado no art. 196 da Carta de 1988, e também por descumprir a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, internalizada por intermédio do Decreto n. 126, de 22 de maio de 1991.

Notem que a jurisprudência havia se firmado no sentido da inconstitucionalidade formal das normas estaduais que implicavam a vedação do uso e comércio do amianto - Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.396, relatora ministra Ellen Gracie, e n. 2.656, relator ministro Maurício Corrêa, ambas julgadas em 8 de maio de 2003 -, corrente à qual me filiei naquela primeira sessão de julgamento relativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937. Na apreciação das referidas ações diretas, o Supremo assentou a inconstitucionalidade de norma estadual a veicular proibição ao comércio e uso do amianto, presentes nos arts. 24, incisos V, VI e XII, e § 1º e § 2º, da Constituição Federal. A rigor, o resultado obtido no exame do pedido de medida acauteladora formalizado nesta ação indica a tendência do Tribunal a modificar o entendimento anteriormente adotado.<sup>30</sup>

A ADI 3.937-7/SP busca contestar nova lei paulista que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade na ADI 2.656-9/SP, foi promulgada visando, mais uma vez, a regulamentar a questão do amianto. Trata-se, agora, da Lei estadual n. 12.684/2007. A ADI 3.937-7/SP, contudo, não se coloca como única representante deste segundo momento<sup>31</sup>, mas apenas como paradigmática, pois se identificam nesse mesmo contexto as seguintes ações de controle concentrado: (i) ADI 3.356-5/PE, cujo relator originário era o Ministro Eros Grau e, atualmente, é o Ministro Edson Fachin<sup>32</sup>; (ii) ADI 3.357-3/RS, cujo relator originário,

<sup>30</sup>Ministro Relator Marco Aurélio quando do julgamento da ADI 3.937-7/SP, p. 1-2 do voto. Em que pese ainda não tenha sido publicado o acórdão da ADI 3.937-7/SP, foi disponibilizada no sítio eletrônico do STF a íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

<sup>31</sup>Quando de seu voto na medida cautelar, o Ministro Joaquim Barbosa traz a seguinte informação de relevo: "Senhor Presidente, tramitam nesta Corte seis ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra leis estaduais que tratam do amianto" (p. 35 do acórdão). A seguir, em nota de rodapé, especifica a informação: "Sou relator na ADI 3.355. Tramitam ainda: ADI 3.356/PE, rel. Min. Eros Grau; ADI 3.357/RS, rel. Min. Carlos Britto; ADI 3.406 e 3.470, rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 3.937/SP, rel. Min. Marco Aurélio. A ADI 4.066, rel. Min. Carlos Britto, proposta por ANPT e ANAMATRA é mais recente e tem por alvo a Lei Federal 9.055".

<sup>32</sup>ADI julgada improcedente: "Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros

Ministro Carlos Ayres Britto, proferiu seu voto juntamente com a ADI 3.937-7/SP<sup>33</sup>; (iii) ADI 3.937-7/SP, cujo relator originário era o Ministro Marco Aurélio, sendo o relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli<sup>34</sup>; (iv) ADI 3.470-7/RJ que, por determinação do Ministro Relator Gilmar Mendes, foi apensada à ADI 3.406-5/RJ, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, uma vez que ambas buscam impugnar a Lei estadual carioca n. 3.579/2001 - a relatora atual das ações referidas é a Ministra Rosa Weber<sup>35</sup>; (v) ADI 3.355-7/RJ, cujo relator originário era o Ministro Joaquim Barbosa e, atualmente, é o Ministro Edson Fachin<sup>36</sup>; (vi) ADPF 234/DF, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que houve o deferimento da medida

---

Eros Grau (Relator) e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Ministro Edson Fachin reajustou seu voto para acompanhar o Ministro Dias Toffoli. Não votou o Ministro Luiz Fux, por suceder o Ministro Eros Grau. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.11.2017". Não houve, contudo, a publicação do acórdão. Consulta realizada em 17.4.2018. A ADI visa a atacar a Lei estadual pernambucana n. 12.589/2004.

<sup>33</sup>ADI julgada improcedente: "Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencido o Ministro Marco Aurélio. Nesta assentada, o Ministro Edson Fachin reajustou seu voto para acompanhar o Ministro Dias Toffoli. Não votou o Ministro Roberto Barroso, por suceder o Ministro Ayres Britto. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.11.2017". Não houve, contudo, a publicação do acórdão. Consulta realizada em 17.4.2018. A ADI visa a atacar a Lei estadual gaúcha n. 12.643/2001.

<sup>34</sup>ADI julgada improcedente: "Decisão: O Tribunal julgou improcedente a ação direta, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, que julgavam procedente a ação, e vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente a ação, sem declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto. Nesta assentada, o Ministro Edson Fachin reajustou seu voto para acompanhar o voto do Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 24.8.2017". Não houve, contudo, a publicação do acórdão. Consulta realizada em 17.4.2018. A ADI visa a atacar a Lei estadual paulista n. 12.684/2007. A medida cautelar na ADI 3.937-7/SP já teve seu acórdão publicado (BRASIL, 2008).

<sup>35</sup>ADI julgada improcedente: "Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e *erga omnes*. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017". Contudo, em 19.12.2017, deferiu-se pedido de tutela de urgência para se suspenderem "em parte, os efeitos da decisão, apenas no ponto em que se atribuiu eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, até a publicação do acórdão respectivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração". Não houve, contudo, a publicação do acórdão. Consulta realizada em 17.4.2018.

<sup>36</sup>Em consulta ao andamento desta ADI, em 17.4.2018, verificou-se que os autos haviam sido feitos conclusos ao Ministro Relator. O processo continua em trâmite, sem a realização de julgamento do mérito. A ADI visa a atacar a Lei estadual carioca n. 4.341/2004.

cautelar<sup>37</sup>; (vii) ADPF 109-9/SP, cujo relator originário era o Ministro Ricardo Lewandowski e, atualmente, é o Ministro Edson Fachin - houve, à época da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o indeferimento da medida cautelar pleiteada<sup>38</sup>, e, (viii) ADI 4.066-9/DF<sup>39</sup>, cujo relator originário era o Ministro Carlos Ayres Britto e, atualmente, é a Ministra Rosa Weber<sup>40</sup>.

Todas as ADIs acima indicadas foram propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, com exceção da ADI 4.066-9/DF, a qual foi proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Anamatra.

No julgamento da medida cautelar na ADI 3.937-7/SP pelo Pleno do STF notam-se passagens que abordam o tema deste trabalho,

<sup>37</sup>Em consulta ao andamento desta ADPF, em 17.4.2018, verificou-se que o processo foi sobrestado, por decisão do Ministro Relator, em 22.10.2012, sob a seguinte justificativa: “1. Em jogo a possibilidade de transportar, no Estado de São Paulo, produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto. Encontra-se pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937/SP, a envolver a constitucionalidade da lei estadual que banuiu o uso do referido produto. Assim, a tese que vier a prevalecer servirá de norte à definição desta ação”. A medida cautelar, contudo, foi deferida em votação plenária, por maioria, não se aventando, àquela época, prejudicialidade com a ADI 3.937-7/SP, conforme se nota do voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio, p. 10 do acórdão: “A questão versada neste processo não se confunde com o precedente firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937, tampouco com o de outras decisões, envolvendo o amianto, anteriormente proferidas pelo Supremo. Diferentemente, cuida-se de inviabilização de acesso, considerados certos usuários, a serviços públicos constitucionalmente atribuídos à União - rodovias interestaduais e portos, consoante dispõe a alínea ‘f’ do inciso XII do art. 21 da Lei Maior - bem como a usurpação da competência privativa da União para legislar sobre trânsito, transporte, o comércio interestadual e o internacional - incisos VIII e XI do art. 22 da Carta Federal. Sob esse ângulo, passo a analisar a controvérsia”. Tanto a ADI 3.937-7/SP quanto a ADPF 234/DF atacam a Lei estadual paulista n. 12.684/2007 (BRASIL, 2012).

<sup>38</sup>ADPF julgada improcedente: “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, ora reajustado, conheceu da arguição e, no mérito, julgou-a improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencido o Ministro Marco Aurélio. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.11.2017”. Não houve, contudo, a publicação do acórdão. Consulta realizada em 17.4.2018. A ação tem por objeto a Lei municipal paulistana n. 13.113/2001.

<sup>39</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.066-9/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 24 de agosto de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 mar. 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>40</sup>Ação julgada procedente. Contudo, por não se ter atingido o *quorum* mínimo, não houve a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 9.055/1995: “Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo a legitimidade ativa das autoras, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal computou cinco votos (dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia) pela procedência da ação, e quatro votos (dos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) pela improcedência da ação, e, por não se ter atingido o *quorum* exigido pelo art. 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 24.8.2017” (BRASIL, 2018b). Consulta realizada em 17.4.2018.

expondo, desta vez, uma maior percepção com relação à complexidade do tema<sup>41</sup>, valendo-se, pois, transcrever excerto do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, quando do julgamento da ADI 4.066-9/DF, que expõe esse momento de mudança jurisprudencial:

**Embora ao exame de medida cautelar, o julgamento representou evidente *overruling* da jurisprudência então firmada sobre a matéria.** Ainda que a Corte tenha flertado, na oportunidade, com um juízo incidental de inconstitucionalidade da ‘Lei Federal, que autoriza o uso do amianto’ (a Lei federal n. 9.055/1995) - notadamente no voto do eminente Ministro Eros Grau, inaugurador da divergência - o fundamento que sobressai com maior clareza e consistência, a partir da leitura dos votos proferidos por aqueles que o acompanharam na conclusão - Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto -, **consiste em uma interpretação menos centrípeto do modelo de divisão de competências comuns e concorrentes, a teor dos arts. 23 e 24 da Carta Política.** (BRASIL, 2018b, p. 40) (marcas nossas).

Já o Ministro Gilmar Mendes, conquanto não se mostre alheio à questão delineada pelo Ministro Joaquim Barbosa, expõe o confronto entre uma nova perspectiva e a abordagem tradicional sobre o tema. Relevante pontuar, aqui, a referência feita pelo Ministro Gilmar Mendes a um suposto **modelo** agora desafiado:

Sim. Quer dizer, a possibilidade de um Estado com alguma singularidade comece, por razões as mais diversas, inclusive de proteção à saúde, a buscar **uma solução idiossincrática em relação a um dado modelo.** Então, parece-me que devemos ter cuidado em relação a isso, **até porque aqui há um cúmulo de competência,** não só há a questão da saúde, mas também outros temas ligados, por exemplo, à produção industrial, a tudo isso. Portanto, **temos também esse embaralhamento de competência, e aí, talvez tenhamos que fazer um juízo.** (BRASIL, 2008, p. 17) (marcas nossas).

<sup>41</sup>Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa quando do julgamento da medida cautelar na ADI 3.937-7/SP, p. 40 do acórdão: “Diante dos riscos à saúde humana, a questão a ser decidida é a seguinte: os Estados estão autorizados a legislar sobre o amianto?” A seguir, o Ministro traz interessante julgado proferido pela Corte, anterior à Constituição Federal de 1988, em que se discutiu a constitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Sul que vedava o uso de determinados defensivos agrícolas. Referido julgado veio a ser conhecido como “Caso Agrotóxicos” ou “do DDT” (Representação n. 1.153, relator Ministro Oscar Corrêa). Em que pesem discussões que se travaram acerca do conceito de normas gerais, tal qual se discute nos casos envolvendo o amianto, a Corte, àquela época, entendeu por inconstitucional a lei gaúcha.

O choque entre a perspectiva própria da primeira fase da jurisprudência do STF (**modelo** admitido até então) e aquela que começou a se descortinar nesta segunda fase fica claro quando se confrontam dois excertos, um do Ministro Cezar Peluso e outro do Ministro Relator Marco Aurélio. O **incômodo** expresso pelo Ministro Cezar Peluso, embora desprovido de maiores considerações, talvez por se tratar de análise em sede de cautelar, contrapõe-se à eloquência da perspectiva tradicional acerca da relação entre norma geral e competência concorrente suplementar. Assim se apresenta o **incômodo** do Ministro Cezar Peluso em referendar a cautelar monocraticamente deferida pelo relator:

Estamos simplesmente dizendo que o sistema não é tão simples como parece. Basta imaginar alguma coisa que seja reconhecida, extraordinária e incontroversamente, como nociva, e que houve legislação federal permissiva de sua produção. Aí se vai dizer o quê? Como a União permite, então seria permitido matar todo mundo, porque nenhum Estado pode impedi-lo! (BRASIL, 2008, p. 18).

Em contraponto, o Ministro Relator Marco Aurélio busca ratificar seu posicionamento, bem como justificar a jurisprudência assentada na primeira fase da evolução jurisprudencial do STF:

O que cumpre perceber é se poderia ou não o Estado de São Paulo, diante de possíveis efeitos nefastos do produto, proibir a comercialização no próprio território, **limitando, portanto, a abrangência da lei de cunho federal.** [...]

Agora, fico a imaginar, considerados produtos nefastos, unidades da Federação a legislarem proibindo a comercialização. Talvez seja o caso de sugerir à Assembléia de São Paulo que proíba, porque também cancerígeno, a comercialização do cigarro, do tabaco. Ou seja, **defrontamo-nos com situação concreta em que o vício articulado é o formal, sustentando-se que não poderia, como quer o Estado de São Paulo, restringir no cenário jurídico a aplicação da lei federal, proibindo a comercialização do amianto no respectivo âmbito.** (BRASIL, 2008, p. 33-34) (marcas nossas).

A diferença de perspectivas é patente. A diversidade de aproximações mostra-se clara, na medida em que um lado vislumbra na constitucionalidade da lei estadual instrumento de promoção do cidadão e, *a fortiori*, dos direitos humanos. Já o lado contrário tem a inconstitucionalidade da lei estadual como imperativo necessário a se manter homogêneo o trato de questões **de interesse da União** em todo o território

nacional (e de suas repercussões no sistema federativo), ainda que essa homogeneidade possa representar uma vulneração aos direitos humanos.

Da divergência, vale menção ao voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa em razão dos argumentos que sustentam a superação da primeira fase da evolução da jurisprudência do STF, vez que bem ilustram este momento de transição:

[...] Alega-se que os Estados da federação têm legislado de forma contrária à Constituição. Estou convencido de que essas normas não são inconstitucionais. Por duas razões.

A primeira é a existência de norma que respalda a postura legislativa adotada pelos Estados.

Trata-se da Convenção 162, da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto n. 126, de 22 de maio de 1991.

Este tratado é um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto. [...]

O conteúdo dessa Convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos Estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, a Convenção possui, no mínimo, o *status* de norma supralegal e infraconstitucional.

Além de proteger o direito humano à saúde, a Convenção foi muito feliz ao exigir que os Estados-partes condicionassem possíveis exceções nacionais à proibição do amianto ao progressivo desenvolvimento de materiais que pudessem substituir o crisotila. [...] (BRASIL, 2008, p. 48-49).

E, assim, conclui a primeira razão apresentada:

Ora, se o Brasil, no plano internacional, assumiu o compromisso de substituir progressivamente a utilização do amianto crisotila, esse compromisso deve ser executado também no plano interno, por todos e cada um dos membros da federação. [...]

Não faria sentido que a União assumisse compromissos internacionais que não tivessem eficácia para os Estados e municípios. Ao atuar no plano internacional como 'República Federativa do Brasil', estaria comprometida com os tratados de direitos humanos. No plano interno, face aos Estados e municípios, estaria livre desses compromissos. Não é possível admitir essa conclusão. (BRASIL, 2008, p. 51-52).<sup>42</sup>

<sup>42</sup>O Ministro identifica, também, como fundamento constitucional do que viria a ser denominado como "princípio da melhoria contínua" o art. 196 da CF/1988.

Já quanto à segunda razão a sustentar a constitucionalidade das leis estaduais, apresenta os seguintes fundamentos:

Passo à segunda razão pela qual estou convencido da legitimidade da legislação estadual impugnada. É que não vejo sentido prático em se saber se são leis específicas que devem ser confrontadas com uma lei geral. Penso ser inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A pré-existência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao *status* de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade. A distinção entre lei geral e lei específica é inaplicável ao caso das leis sobre amianto. E isto por uma razão simples: em matéria de defesa da saúde, matéria em que os Estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do Estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade. O exercício dessa opção esvaziaria o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção. (BRASIL, 2008, p. 52-53).

A despeito de atacar a questão que envolve a norma geral, nota-se que o Ministro Joaquim Barbosa tenta, em seu voto, adequar uma postura evolutiva com critérios ainda presentes na primeira fase da jurisprudência do STF.

Com efeito, busca saída que não aborda eventual discussão com relação à rigidez e à estaticidade da estrutura normativa no sentido de se admitir que textos **suplementares** possam prevalecer, haja vista ser a hierarquia normativa, em temas relativos aos direitos humanos, informada pela norma mais favorável. Na realidade, mantendo a estrutura tradicional, identifica como norma geral a Convenção 162 da OIT - tida como **supralegal** na medida em que trata de direitos humanos -, à qual estaria adequada a lei estadual, dando-lhe, assim, suporte.

O Ministro Eros Grau, ao complementar seu voto proferido quando do julgamento da medida cautelar, parece seguir na mesma senda aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa<sup>43</sup>.

<sup>43</sup>Aditamento ao voto proferido pelo Ministro Eros Grau quando do julgamento da medida cautelar na ADI 3.937-7/SP: “[...] Eu penso, Senhor Presidente, que é imprescindível o exame da conformidade da Lei Federal [Lei n. 9.055/1995] com o texto da Constituição do Brasil. Eu não posso fazer de conta que essa afronta não existe. Desejo, pelo menos do meu ponto de vista, afirmar essa inconstitucionalidade, que não posso, em hipótese alguma, fazer de conta que não vejo. Há estudos científicos segundo os quais o uso do amianto é prejudicial à saúde daqueles que manipulam o material. A Lei Federal n. 9.055 parece-me violar o art. 196 da Constituição do Brasil [...]. Diante da inconstitucionalidade flagrante da Lei Federal, que autoriza o uso do amianto, não tenho dúvida nenhuma de que sua inexistência - porque o que é afrontoso à Constituição não existe - torna perfeitamente compatível com a Constituição a competência dos Estados-membros para legislar”. (BRASIL, 2008, p. 59-60).

Assim, a despeito da fundamentação diversa<sup>44</sup>, chega o Ministro Eros Grau à mesma conclusão que o Ministro Joaquim Barbosa, isto é, pela validade da lei estadual. Do voto proferido pelo Ministro Eros Grau infere-se que a lei estadual é constitucional, pois, por ser a lei federal inconstitucional, exerce o Estado-membro competência plena. A inferência que se faz resulta da falta de informação explícita no que se refere à posição ocupada pela Convenção 162 da OIT, isto é, se ela exerceria a função de norma geral, tal qual o faz o Ministro Joaquim Barbosa.

Após os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 3.937-7/SP, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia<sup>45</sup> alteraram seus votos já proferidos, a fim de seguir a divergência. Do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski<sup>46</sup>, destaca-se o seguinte excerto, que corrobora a hipótese sustentada neste trabalho, em nítida superação da primeira fase da jurisprudência do STF:

Como argumento final, tenho defendido não apenas em sede acadêmica, mas também em algumas decisões que proferi já na corte estadual à qual pertenci, como também tive oportunidade de manifestar esse entendimento nesta Suprema Corte, no sentido de que, **em matéria de proteção ao meio ambiente e em matéria de defesa da saúde pública, nada impede que a legislação estadual e a legislação municipal sejam mais restritivas do que a legislação da União e a legislação do próprio Estado, em se tratando dos municípios.** (BRASIL, 2008, p. 68) (marcas nossas).

Ao final, a medida cautelar monocraticamente deferida pelo Ministro Relator Marco Aurélio não foi referendada pelo Pleno<sup>47</sup>, com

<sup>44</sup>Diz-se diversa por se utilizar de fundamento jurídico não apresentado no voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa. Contudo, e mais uma vez vale aqui o registro dessa informação, muitos dos votos analisados foram proferidos quando do julgamento da medida cautelar, logo, em análise superficial da matéria, e com foco nos requisitos da cautelar. Com exceção dos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, os demais Ministros se aposentaram antes de proferirem seus votos definitivos quanto ao mérito da demanda, não havendo um maior detalhamento de suas posições.

<sup>45</sup>A Ministra Cármen Lúcia traz, na reconsideração de seu voto, interessante argumento, o qual será objeto de análise mais à frente: "Entretanto, reexaminando a matéria agora, verifiquei, conforme os princípios constitucionais, que especialmente alguns direitos, como o direito à saúde, são não apenas de competência concorrente, como realçou aqui tanto o Ministro Eros Grau quanto o Ministro Joaquim Barbosa, mas também de competência comum - é o art. 23, inc. II, da Constituição -, e que, portanto, no exercício dessa competência, aquela norma poderia ter sido editada". (BRASIL, 2008, p. 64-65).

<sup>46</sup>Ao apresentar as razões para a reconsideração de seu voto, traz o Ministro Ricardo Lewandowski, p. 68 do acórdão, posição que parece se coadunar com a tese segundo a qual em matéria de saúde a hierarquia normativa rege-se por critérios fluidos, informados pela norma mais favorável.

<sup>47</sup>Quando da análise da medida cautelar, agrega o Ministro Carlos Ayres Britto elementos interessantes aos argumentos daqueles que indeferiram a cautelar. Ainda que neste momento não tenha

votação por maioria, vencidos o relator e os Ministros Menezes Direito e Ellen Gracie.

Finda a fase referente ao julgamento da cautelar, iniciou-se o julgamento do mérito da ADI 3.937-7/SP, o qual se encerrou de forma surpreendente, alterando por completo a posição inicialmente adotada pela Suprema Corte.

### 2.1.3 Terceira fase da jurisprudência do STF - constitucionalidade das leis estaduais proibitivas e inconstitucionalidade da lei federal permissiva

A mudança de jurisprudência do STF ocorreu ao longo de vários anos, sendo contabilizados votos proferidos por ministros que representavam composições diversas da Suprema Corte.

Ao analisar o mérito da ADI 3.937-7/SP, traz o Ministro Marco Aurélio questão de ordem - na esteira do quanto suscitado no julgamento da medida cautelar -, no sentido de se apreciar, previamente à análise da constitucionalidade da lei estadual objeto da ADI, a constitucionalidade do art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.055/1995<sup>48</sup>.

Em análise mais aprofundada, expõe o Ministro Marco Aurélio extenso voto, para ao final sustentar sua posição pela inconstitucionalidade da lei estadual paulista.

No que se refere às passagens atinentes que são tema deste trabalho, qual seja, a forma como é tratada a relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar”, assim delimita o Ministro Marco Aurélio sua análise acerca dos conceitos mencionados:

---

sido detalhada a posição do Ministro, o que somente viria a ocorrer em seu voto definitivo, traz à discussão os princípios da prevenção e da precaução, além de suscitar a ideia de que a lei federal, em razão da Convenção 162 da OIT, deveria ser tida como “norma de eficácia progressivamente atenuada até o limite de sua exaustão eficaz” (p. 72-75 de seu voto na medida cautelar), isto é, de que deveria a lei federal atentar para o agora denominado princípio da melhoria contínua a fim de se evitar a inconstitucionalidade.

<sup>48</sup>Voto proferido pelo Ministro Relator, Marco Aurélio, quando do julgamento da ADI 3.937-7/SP, p. 4: “Pois bem. A questão a ser enfrentada pelo Supremo é a seguinte: o art. 2º, cabeça e parágrafo único, da Lei n. 9.055/1995 mostra-se compatível com os princípios constitucionais da proteção à saúde (art. 196), da proteção progressiva à saúde do trabalhador (inciso XXII do art. 7º) e da proteção ao meio ambiente (art. 225)? Rechaço, desde logo, a evocação de princípios como os da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, incisos III e IV, e 170, cabeça e inciso VI), porquanto inseridos na argumentação relativa aos específicos já citados, que encontram incidência no caso concreto. No outro lado da equação, estão os princípios da separação dos Poderes e da democracia, os quais impõem deferência às escolhas legislativas, especialmente em contexto de incerteza científica, assim como a busca pelo desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República, consoante o art. 3º, inciso II, da Carta Federal. Essa é a delimitação que faço da controvérsia”. Em que pese ainda não tenha sido publicado o acórdão da ADI 3.937-7/SP, foi disponibilizada no sítio eletrônico do STF a íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

Deve-se ainda aludir ao fato de que a expressão 'normas gerais' carrega, em si, um conceito jurídico indeterminado, sobre o qual há zonas de absoluta certeza, de absoluta incerteza e de penumbra. A disciplina do uso e comércio do amianto encontra-se nesta última, porque não parece matéria afeta ao interesse particular de qualquer Estado da Federação. [...]

No mais, a proibição do comércio pode ensejar um novo capítulo de guerra federativa, que consiste no embate dos entes políticos em busca de incremento arrecadatório, com prejuízo ao interesse público, considerado o país como um todo. Existe a possibilidade de que Estados e municípios, pretendendo fomentar a indústria local, acabem inviabilizando a entrada de produtos que são produzidos e gerem renda a outros Estados da Federação (o crisotila, por exemplo, vem do Estado de Goiás). É sintomático que leis dos Estados do Sudeste, ou seja, os maiores mercados consumidores de amianto na construção civil, tenham sido as primeiras a banir o produto. Não que esteja estabelecendo uma relação definitiva de causa e efeito, mas o Supremo deve agir de modo a evitar que venha à balha outro capítulo da crise federativa vivenciada em razão dos tributos.<sup>49</sup>

A analogia com a denominada **guerra fiscal** entre Estados membros, que buscam, pela via tributária, a atração de investimentos, parece ser incongruente com a pretensão de proibição ao amianto como instrumento de promoção da saúde. Críticas à concessão de isenções, mormente no que se refere à manutenção de patamares arrecadatórios adequados à promoção dos direitos dos cidadãos, não se coadunam com os benefícios que se alcançariam com a proibição de atos da cadeia produtiva do amianto. O foco das leis estaduais volta-se à promoção da saúde e não ao ataque aos demais entes federados. A finalidade alcançada com o incremento arrecadatório é exatamente a mesma atingida com a proibição de atos da cadeia produtiva do amianto, isto é, a promoção de direitos - no caso, direitos humanos.

A perspectiva apresentada pelo Ministro Relator Marco Aurélio, de análise da questão das "normas gerais" como um **teto uniformizador**, e da "competência concorrente suplementar" como mera atribuição particularizante ou colmatadora de lacunas, choca-se com a perspectiva promocional dos direitos humanos. Nesse sentido promocional, de concretização dos direitos humanos, as "normas gerais" seriam vislumbradas, na realidade, como um **piso uniformizador**, abaixo do

---

<sup>49</sup>Voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio, quando do julgamento da ADI 3.937-7/SP, p. 7.

qual nenhum ente político poderia colocar-se - ou admitir que os demais agentes privados coloquem-se. Acima disso, incrementos seriam louváveis, senão incentivados, na medida em que não se está a tratar de relações eminentemente mercantis ou de equilíbrio federativo, mas sim de questões cuja primazia, e sensibilidade, encontram respaldo constitucional, como bem expressam os arts. 6º, 7º, inciso XXII, 174, *caput*, e 225 da CF/1988 - trata-se, assim, da aplicação da norma mais favorável.

A posição adotada pelo ministro relator se esclarece, ainda mais, em excerto no qual é assentada a inadmissibilidade de um sistema normativo orientado pela norma mais favorável - ainda que em um contexto de promoção dos direitos humanos:

**Deve-se afastar, ainda, a ideia** lançada pelo Procurador-Geral da República, **de prevalência da norma que for mais favorável ao meio ambiente, à saúde, ao trabalhador, ao consumidor, etc.** Esse critério não pode ser acolhido, porquanto representa inequívoca subversão do condomínio legislativo erigido pelo constituinte originário. Descabe reconhecer como correto um princípio que implique alocação dinâmica da competência legislativa, sob pena de instaurar-se a mais completa insegurança jurídica. (Marcas nossas).<sup>50</sup>

A estrutura do condomínio legislativo, sob a perspectiva tradicional (estática), tem por critério orientador, em regra, definir quais as atribuições reservadas à lei geral federal e à competência concorrente suplementar dos Estados com base no interesse de cada um desses entes políticos<sup>51</sup>.

Denota-se do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio interpretação do art. 24 da CF/1988 com olhos na expressão “interesse local” constante do art. 30, inciso I, da CF/1988, a qual se refere à competência legislativa suplementar dos municípios. Utiliza-se, assim, como **norte** interpretativo o critério do **interesse** sem, contudo, se perquirir acerca do tema objeto da regulamentação. Com isso, sujeitam-se à mesma lógica interpretativa disposições como “custas dos serviços forenses”, “juntas comerciais” ou “orçamento”, por um lado, e “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”, “previdência social, proteção

<sup>50</sup>Voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio, quando do julgamento da ADI 3.937-7/SP, p. 8.

<sup>51</sup>Voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio quando do julgamento da medida cautelar na ADPF 234/DF: “[...] É com fundamento nessa ideia geral que a doutrina propõe a denominada prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, sugerindo seja reconhecida a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais” (BRASIL, 2012, p. 11).

e defesa da saúde” e “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”<sup>52</sup>.

Ocorre, contudo, que os diversos temas versados pelo art. 24 da CF/1988 não se submetem à mesma lógica, sendo o traço distintivo marcante entre esses dois grupos o fato de alguns se relacionarem aos direitos humanos, e outros apenas se referirem à organização federativa do Estado.

O critério do “interesse prevalecente”, portanto, não atenta para a natureza do direito a ser regulado, olvidando, assim, o inarredável caráter promocional do direito quando se está a tratar dos direitos humanos.

As posições assumidas pelo ministro relator da ADI 3.937-7/SP<sup>53</sup> podem ser confrontadas com aquelas do Ministro Carlos Ayres Britto<sup>54</sup>. Referido ministro, em seu voto, traz questões que bem esclarecem a evolução da jurisprudência do STF.

O voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto inicia-se com a pretensão de delimitar conceitos<sup>55</sup>. A seguir, passa para uma primeira interpretação acerca do art. 22 da CF/1988 - e que pode ser estendida ao art. 24 -, que trata das matérias de competência legislativa privativa da União. Referido artigo traz três categorias: matérias de competência legislativa privativa da União, matérias cuja competência privativa da União restringe-se, apenas, a “normas gerais” (i. e., art. 22, incisos XXI e XXVII, da CF/1988)<sup>56</sup> e, de forma residual, matérias em que

<sup>52</sup>Art. 24, incisos IV, III, II, VI, XII e XIV, respectivamente, da CF/1988.

<sup>53</sup>Assim conclui seu voto quando do julgamento da ADI 3.937-7/SP, p. 33 do voto: “Assentada a constitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, torna-se singela a análise atinente à Lei estadual n. 12.684/2007, do Estado de São Paulo. Revela-se inequívoca a inconstitucionalidade formal da norma, por inadequação ao art. 24, incisos V, VI e XII, e § 3º, da Carta Federal”.

<sup>54</sup>Como já afirmado alhures, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator na ADI 3.357-3/RS, prolatou voto conjunto em relação à ADI referida e à ADI 3.937-7/SP. A ADI 3.357-3/RS ataca a Lei n. 11.643/2001 do Estado do Rio Grande do Sul. Em que pese ainda não tenha sido publicado o acórdão da ADI 3.357-3/RS, foi disponibilizada no sítio eletrônico do STF a íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3357votorelator.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

<sup>55</sup>Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento das ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS, p. 1 do voto: “Ultimado o relatório, passo ao voto que me cabe proferir. Fazendo-o, começo por examinar a alegada contrariedade da lei gaúcha à competência legislativa da União para editar normas gerais sobre ‘produção e consumo’, ‘responsabilidade por dano ao meio ambiente’ e ‘ao consumidor’, [...] proteção e defesa da saúde’ (incisos V, VIII e XII, respectivamente, do art. 24 da CF). Alegação que me obriga a buscar uma precisa diferenciação entre as seguintes categorias constitucionais: a) competência legislativa privativa; b) ‘normas gerais’; c) competência legislativa concorrente; d) ‘competência suplementar dos Estados’; e) competência legislativa plena de cada Estado-membro para o atendimento das respectivas ‘peculiaridades’. Busca de diferenciação que se faz necessária para a vitalização do regime federativo em tema de distribuição constitucional de competências legislativas”.

<sup>56</sup>Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento das ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS, p. 1-2 do voto: “É no círculo dessa competência que a União detém com privatividade que toma corpo, pela primeira vez, o fraseado constitucional ‘normas gerais’. Isto por oposição inicial à figura da competência

há a possibilidade de que, por lei complementar, haja delegação para que Estados membros legissem sobre “questões específicas” (art. 22, parágrafo único, da CF/1988). Da análise dessas três categorias, conclui o Ministro Carlos Ayres Britto importante questão, a qual perpassará seu voto:

**Numa frase, há competências específicas em que as pessoas federadas periféricas (Distrito Federal, Estados e Municípios) se investem de plano pela consideração de caber à União tão-somente editar normas gerais, assim como há competências específicas em que os Estados e o Distrito Federal somente se investem por delegação veiculada por lei complementar federal. Hipótese (esta última) em que o Estado e o Distrito Federal apenas podem fazer o que lhes permitir a União no ato mesmo da delegação legislativa, pois a competência originária é exclusivamente dela, União, e em caráter pleno. Só por condescendência da nossa pessoa federativa central é que tal plenitude se relativiza quanto a esse ou aquele específico aspecto da matéria objeto da mesma delegação. A outra hipótese, no entanto, por se tratar de relações jurídicas em que a União se limita a expedir normas gerais, ela, União, nada delega às pessoas estatais periféricas. Tem que atuar contidamente no campo das normas gerais (menos que plenas), pois a legislação específica sobre o mesmo tema ou relação jurídica é titularizada por outrem: cada qual dos nossos entes federados periféricos. O que nos conduz à intelecção de que enquanto as normas gerais mantêm com a materialidade dos princípios e regras constitucionais uma relação de verdadeira subordinação, pois de tais regras e princípios é que tiram seu fundamento de validade, não é exatamente isso o que sucede com as normas específicas que de logo se inscrevem na competência constitucional dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tais normas específicas não retiram do querer legislativo da União o seu fundamento de validade, pois nada lhes é delegado. E não retirando**

---

legislativa plena; ou seja, é no rol das matérias do art. 22 que a nossa Constituição fala que, alusivamente a algumas delas, o poder normativo da União é tão somente o de produzir normas gerais. [...] Saltando à evidência que tais normas gerais ainda têm por contraponto normas específicas, estas últimas franqueadas ao Poder legiferante dos demais entes federados. Com o que elas, normas gerais, se revelam como atos legislativos de conteúdo menor que o da competência normativa plena; quer dizer, enquanto a competência normativa plena se vocaciona para apanhar certas relações jurídicas por todos os ângulos possíveis e imagináveis, material e processualmente, a competência legislativa geral somente conforma tais relações naqueles aspectos de logo perceptíveis como de aplicabilidade federativa uniforme. Também material e processualmente”. Em que pese ainda não tenha sido publicado o acórdão da ADI 3.357-3/RS, foi disponibilizada no sítio eletrônico do STF a íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3357votorelator.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

**da vontade normativa da União o seu fundamento de validade, tal modalidade de normas específicas mantém com as normas gerais uma relação de simples compatibilidade.** Não de subordinação. (Marcas nossas).<sup>57</sup>

Assim, havendo previsão constitucional para que a União legisle de forma geral e Estados legislem sobre questões específicas, nenhuma relação há entre a lei geral federal e as leis específicas estaduais que não de compatibilidade - a qual, complementa-se, pode ser vislumbrada, quando se tratar de questões afetas aos direitos humanos, sob a perspectiva da norma mais favorável.

Dessa posição assentada pelo Ministro Carlos Ayres Britto extrai-se sua conclusão no sentido de que não há que se cogitar da inconstitucionalidade da lei estadual tendo por parâmetro o quanto regulamentado pela Lei n. 9.055/1995, uma vez que a análise há de ocorrer em face da Constituição<sup>58</sup>. No que se refere a essa análise, nenhum vício é apontado.

Já com relação à **compatibilidade** entre a **norma geral** e as **normas suplementares**, a qual pode ser identificada com a estrutura hierárquico-normativa do ordenamento jurídico<sup>59</sup>, extrai-se de seu voto manifestação a indicar a assunção de uma estrutura fluida no que se refere a “bens jurídicos que portam consigo o timbre da fundamentalidade”, fluidez essa informada pela norma mais favorável<sup>60</sup>. A **compatibilidade**,

<sup>57</sup>Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento das ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS, p. 2-3 do voto.

<sup>58</sup>Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento das ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS, p. 18-19 do voto: “32. A toda evidência, não é o que se dá com a lei estadual aqui impugnada. Lei estadual que, ao proibir a comercialização de produtos à base de amianto, cumpre muito mais a Constituição da República no plano da proteção da saúde (evitar riscos à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente). Quero dizer: a legislação estadual é que está muito mais próxima do sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em tema de direitos fundamentais. Tão mais próxima da Convenção da OIT, acresça-se, quanto o diploma federal dela se distancia. 33. Mas não é só: no caso, a norma estadual ainda sintoniza com outra de índole constitucional; qual seja, o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna, que diz ser direito dos trabalhadores a ‘redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança’. Além do que precedida de estudos e debates conclusivamente demonstradores da nocividade do amianto em qualquer de suas variedades [...]”, para concluir, na p. 20: “[...] Logo, e ainda considerando que a legislação internacional impõe a substituição desse produto, não vejo como reconhecer a inconstitucionalidade que se faz objeto da presente ação”. Em que pese ainda não tenha sido publicado o acórdão da ADI 3.357-3/RS, foi disponibilizada no sítio eletrônico do STF a íntegra do voto proferido pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3357votorelator.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

<sup>59</sup>Voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento das ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS, p. 5 do voto. Já na p. 6, indica o Ministro que o aspecto promocional dos bens jurídicos tutelados pela legislação estadual atacada se justifica, pois, “[...] a Constituição Federal somente fala de consumidor, saúde e meio ambiente para tutelá-los ou promovê-los”. Logo, não há como se sustentar que possa lei federal limitar a promoção incentivada, e tutelada, pela Constituição.

<sup>60</sup>Questão que se coloca, contudo, é a seguinte: admitindo-se a aplicação de uma hierarquia normativa fluida, informada e orientada pela norma mais favorável, a quais bens jurídicos essa

portanto, não se dá de forma singela, direta, mas sim, em busca da promoção daquilo constitucionalmente indicado como fundamental:

[...] 13. Agora, por se cuidar de competência legislativa igualmente primária, ninguém precisa esperar por ninguém. Se a União sai na frente ou resolve tomar a dianteira do ato mesmo de legislar, há de se conter na produção de normas gerais (menos que plenas, insista-se). Quanto aos Estados e ao Distrito Federal, estes, diante da eventual edição de normas federais de caráter geral (normas gerais, entenda-se), **produzirão normas do tipo suplementar**. Mas **suplementar** - atente-se - como adjetivo de significado precisamente dicionarizado: **acrescer alguma coisa**. Fornecer suplemento ou aditamento. **Suprir, acudir, inteirar, com o objetivo de solver os *deficits* de proteção e defesa de que as normas gerais venham a padecer. Acréscimos necessários de tutela aos bens jurídicos objeto das normas gerais em causa, porém somente válidos no território do Estado ou do Distrito Federal que passe a legislar por suplementação**. Com o que as normas do tipo suplementar, nos termos de que estamos a tratar, mais do que fazer render os conteúdos das normas gerais, o que fazem é desatar os conteúdos de cada qual dos bens jurídico-constitucionais a proteger e defender por legislação federativamente condominial. O condomínio legislativo, bipartido em gestação de normas gerais e aporte de normas complementares, a atuar como fórmula de eficácia plena da tutela de cada qual das matérias entregues à competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. (Marcas nossas).<sup>61</sup>

Assentadas as premissas aqui expostas, passa o Ministro Carlos Ayres Britto à análise da Lei n. 9.055/1995. O voto proferido expõe

---

sistemática se aplicaria? O voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto nas ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS explicita ser essa lógica aplicável aos consumidores, ao meio ambiente e à saúde. Não se manifesta, contudo, no que se refere a outros bens jurídicos, sem que isso queira dizer que o Ministro restringiu a aplicação a esses direitos.

<sup>61</sup>Ministro Carlos Ayres Britto em julgamento das ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS, p. 5 do voto: “23. O que se tem, à face do art. 3º da Convenção da OIT, é uma prévia qualificação das leis de cada País signatário como normas de eficácia progressivamente atenuada, até ao ponto da proibição pura e rasa da permanência do amianto no mercado”. Na p. 8, corrobora a posição aqui exposta, mormente no que se refere à defesa e proteção de consumidores, do meio ambiente e da saúde: “Mas cogitando-se dos bens jurídicos aqui especificamente versados, parece-nos claro que eventual colisão normativa há de ser compreendida em termos de proteção e defesa; isto é, o exame das duas tipologias de leis passa pela aferição do maior ou menor teor de favorecimento de tais bens ou pela verificação de algo também passível de ocorrer: as normas suplementares de matriz federativamente periférica a veicular as sobreditas proteção e defesa, enquanto a norma geral de fonte legislativa federal, traindo sua destinação constitucional, deixa de fazê-lo. Ou, se não deixa totalmente de fazê-lo, labora em nítida insuficiência protetiva e de defesa”.

percepção do sistema normativo diversa daquela tradicional, própria da primeira fase da jurisprudência do STF.

Com efeito, afirma-se que a regulamentação do amianto - no que se inclui seu banimento - trata-se de algo em construção, e que por isso deve mostrar-se atento à evolução cultural e tecnológica por que passa a sociedade. Assim, se à época da promulgação da Convenção 162 da OIT e da Lei n. 9.055/1995 havia possibilidade de se permitir a utilização do amianto (permissão se obedecidas rígidas regras, obviamente, e justificada por questões históricas, como a necessária criação de substitutos à fibra de amianto), referida possibilidade deveria ser objeto de paulatina e progressiva restrição, ao ponto de se ter, no futuro, a vedação total<sup>62</sup>.

Não conclui, contudo, o Ministro Carlos Ayres Britto, de forma expressa, pela inconstitucionalidade da Lei n. 9.055/1995.

Este terceiro momento evolutivo, portanto, tem por traço característico o reconhecimento da complexidade da questão que envolve o amianto, deixando-se de se analisar o condomínio legislativo de forma estática, baseado na perspectiva do interesse prevalecente, alheio, portanto, à matéria regulamentada. Passa-se a considerar, então, a possibilidade de que questões atinentes aos direitos humanos possam se pautar por critério diverso, como o da norma mais favorável.

Este terceiro momento, ademais, é marcado, em novembro de 2017, pelo julgamento definitivo das ADIs 3.356-5/PE, 3.357-3/RS, 3.470-7/RJ e da ADPF 109-9/SP, julgadas improcedentes, reconhecendo-se, pois, a constitucionalidade das leis estaduais e municipal, bem como pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995 - com atribuição de efeito vinculante e *erga omnes*, o qual ainda se encontra em discussão quanto a eventual modulação de efeitos. É marcado, ainda, pela procedência da ADI 4.066-9/DF, a qual, conquanto não tenha alcançado *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, nos termos do art. 97 da CF/1988, expôs, de forma clara, o novo posicionamento do STF.

Desse novo posicionamento, e acerca da hipótese sustentada neste trabalho, vale a transcrição do seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADI 4.066-9/DF:

[...] 10. O Poder Judiciário, em tema de direitos humanos (como se qualificam os direitos sociais), há de fazer incidir, em sua atividade hermenêutica, o critério da norma mais favorável. [...]

<sup>62</sup>Ministro Carlos Ayres Britto em julgamento das ADIs 3.937-7/SP e 3.355-7/RS, p. 14 do voto. A passagem é corroborada pela afirmação, na p. 13, de que “[...] a legislação nacional é de ser revista para se ajustar aos progressos técnicos e científicos na matéria”.

**Não constitui demasia assinalar que, em matéria de direitos humanos (como se qualificam os direitos sociais), cabe ao Poder Judiciário fazer incidir, sempre, a norma mais favorável, o que permite invocar, presente o contexto em referência, a própria jurisprudência constitucional que o Supremo Tribunal Federal firmou a esse respeito:**

**‘[...] HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.’ (HC 96.772/SP, Rel. Min. Celso de Mello). (BRASIL, 2018b, p. 255-257) (marcas nossas).**

A virada jurisprudencial, portanto, demonstra a existência de bases teóricas aptas a justificar a reinterpretção do condmínio legislativo, atribuindo, pois, à competência concorrente suplementar a possibilidade de avançar quando estiver a regulamentar matérias afetas aos direitos humanos.

## **2.2 A doutrina sobre normas gerais e competência concorrente**

**suplementar:** a necessária construção de um paradigma próprio para os direitos humanos

Análise da doutrina acerca da conformação do condmínio legislativo e, por conseguinte, da relação entre normas gerais e competência

concorrente complementar dos Estados e Distrito Federal (DF), contida no art. 24 da CF/1988, expõe a necessidade da busca de um novo paradigma, mormente em razão dos desafios apresentados pela questão do amianto.

Feita a apresentação e contextualização da discussão por meio da evolução jurisprudencial que culminou no banimento do amianto, pode-se, agora, buscar a análise da doutrina, a fim de se estruturar uma base teórica para o tema deste estudo, isto é, a conformação de uma hierarquia normativa atenta aos direitos humanos, ditada por uma lógica protetiva e orientada pela norma mais favorável.

A doutrina que trata do tema, em regra, apresenta a questão da relação entre normas gerais e competência concorrente complementar, contida no art. 24 da CF/1988, em uma perspectiva ainda tradicional.

Nessa perspectiva, vislumbra-se a competência concorrente complementar dos Estados e do DF, de modo geral, como mera integradora de lacunas ou **detalhadora** dos aspectos gerais já traçados em âmbito federal. A norma geral federal é, assim, **teto** além do qual não se pode ir<sup>63</sup>.

Em que pese possa haver discussões com relação aos contornos assumidos pela norma geral<sup>64</sup> - discussões essas que, no caso do amianto, sustentaram tanto a inconstitucionalidade como a constitucionalidade das leis estaduais -, não se encontra, em regra, análise do condomínio legislativo sob uma perspectiva dinâmica, pautada na natureza do direito regulamentado, e não no **interesse preponderante**.

Nesse sentido, registra-se desde posição no sentido da inconstitucionalidade de lei estadual complementar sobre o amianto quando analisada em face da lei federal, podendo-se citar Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>65</sup>; passando por posição que não adentra nessa questão em específico, mas da qual se pode

---

<sup>63</sup>DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em precioso trabalho sobre a competência concorrente, após sistematizar as principais características das normas gerais, que costumam ser apontadas pela doutrina, mostra que subjacente a todas essas características está uma 'sobre característica', a ideia de um sentido limitativo nas normas gerais, inscritas no mais alto Estatuto, que é, por excelência, o instrumento de limitação do poder no Estado contemporâneo" (ALMEIDA, 2013, p. 134).

<sup>64</sup>Discussões essas que, conforme aponta Fernanda Dias Menezes de Almeida, ainda se mostram distantes de alcançar um denominador comum: "De fato, existem, a propósito, conceituações para todos os gostos, construídas a partir da tentativa ora de identificar os elementos constitutivos das normas gerais, ora de caracterizá-las negativamente, dizendo o que elas não são ou não podem conter" (ALMEIDA, 2013, p. 132).

<sup>65</sup>"A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais - i. é, normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência complementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas. Não há falar em preenchimento de lacunas, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente [...]", neste ponto, inserem os autores nota de rodapé com referência ao julgado na ADI 2.396-9/MS. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 871).

inferir não ser outra a conclusão, como nos casos de Dirley da Cunha Junior<sup>66</sup>, Pedro Lenza<sup>67</sup>, Carlos Henrique Maciel<sup>68</sup> e José Afonso da Silva<sup>69</sup>; ainda, tem-se posição ligeiramente diversa, que parece não vislumbrar no conceito de norma geral a possibilidade para a permissão, ou proibição, de condutas pelos demais entes políticos, podendo-se, nesta vertente, citar Toshio Mukai<sup>70</sup>.

Por fim, tem-se a posição de Frederico Augusto Di Trindade Amado, que após expressar sua discordância com relação à decisão proferida pelo STF quando do julgamento da ADI 2.396-9/MS, sustenta, por um lado, que não caberia à lei federal tratar de tema afeto às peculiaridades locais e, por outra banda, não se encerraria na competência atribuída à União exaurir a matéria relativa ao amianto - por meio da sua permissão<sup>71</sup>.

Em todos os autores mencionados, contudo, nota-se uma abordagem estática do condomínio legislativo, a qual não considera o tema objeto de regulamentação, de modo a se permitir a adoção de critério diverso, como sustentado neste trabalho.

<sup>66</sup>“A competência concorrente dos Estados é aquela do art. 24, que ele poderá exercer em conjunto com a União. Essa competência compreende a competência legislativa concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e a competência legislativa concorrente cumulativa ou plena (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso de sua competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às suas peculiaridades (art. 24, § 2º); [...]” (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 735).

<sup>67</sup>“[...] Assim, poderíamos, conforme a doutrina, dividir a competência suplementar em duas, a saber: a) competência suplementar complementar - na hipótese de já existir lei federal sobre a matéria, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal (na competência estadual) simplesmente completá-las; [...]” (LENZA, 2012, p. 443).

<sup>68</sup>“Por normas gerais tomamos os preceitos editados no âmbito da legislação concorrente com o objetivo de regular os aspectos fundamentais do assunto e, ao mesmo tempo, limitar a ação legiferante dos demais entes políticos aos aspectos secundários da questão. Compreendemos por normas específicas as regras jurídicas oriundas das entidades federadas e consistentes em meros detalhamentos temáticos voltados à adaptação daqueles parâmetros às peculiaridades regionais ou locais” (MACIEL, 2014, p. 131).

<sup>69</sup>“[...] (d) concorrente, cujo conceito compreende dois elementos: (d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos); (e) suplementar, que é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º)” (SILVA, 2010, p. 481).

<sup>70</sup>“Sabe-se (e já o demonstramos) que no âmbito da legislação concorrente (ou vertical) há uma hierarquia de normas, no sentido de que a lei federal tem prevalência sobre a estadual e municipal, e a estadual sobre a municipal. Mas, evidentemente, tal prevalência não significa que os princípios federativos das autonomias dos entes políticos possam ser afetados, no sentido de que a lei federal possa determinar a Estados e Municípios que se abstenham ou ajam em certo sentido. Ai haveria absoluta inconstitucionalidade” (MUKAI, 2014, p. 44). O autor, contudo, não chega a detalhar mais essa posição ou a confrontá-la com sua assertiva seguinte no sentido de que a lei federal geral tem prevalência sobre as normas suplementares.

<sup>71</sup>“[...] não observou a competência legislativa concorrente, sendo válida a norma mais restritiva estadual, pois observadas as suas peculiaridades regionais, não podendo a norma geral exaurir o tema de modo a excluir a competência dos demais entes políticos” (AMADO, 2015, p. 46).

Da doutrina, no entanto, extraem-se também posições outras, a indicar leitura inovadora sobre o tema em estudo.

Em um primeiro momento, cita-se a posição de Paulo Affonso Leme Machado que, ao comentar a decisão proferida na ADI 2.396-9/MS - que declarou a inconstitucionalidade da lei estadual de Mato Grosso do Sul -, assentou questões preliminares a justificar a incongruência da interpretação tradicional acerca da relação entre normas gerais e competência concorrente suplementar<sup>72</sup>. A evolução da concepção tradicional, por si só, já torna relevante a citação:

A Lei n. 9.055 só não proibiu totalmente o uso do amianto crisotila, como o fez com os outros tipos. Essa lei deixou o devido espaço que os Estados **poderiam completar ou aprimorar**.

**Atente-se que a função dos Estados, usando de sua competência suplementar, só poderia ser no sentido de exigir mais proteção da saúde ou melhor defesa do meio ambiente e não menos proteção.** A lei de Mato Grosso do Sul, ao proibir a fabricação e a utilização de produtos tanto à base de amianto do grupo das serpentinas (crisotila) como do grupo dos anfibólios, nada mais fez do que seguir a orientação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção 162 já mencionada.

**A lei estadual seguiu a mesma linha da lei federal, mas querendo mais proteção à saúde proibiu um tipo de amianto que a lei federal interditou só parcialmente.** A norma estadual de Mato Grosso do Sul não incidiu no erro de ser mais 'permissiva', como criticou, em outro caso, o Ministro Sepúlveda Pertence. Ao proibir a variedade do amianto crisotila, o Estado não faz 'diametral objeção' à lei da União, como chegou a afirmar a eminente Ministra [Ellen Gracie, em seu voto na ADI 2.396-9]. **Em nenhum momento pretende-se ofender a lei federal, mas se quer avançar no mesmo caminho que a lei federal começou e não terminou.**

**O cerne da questão discutida reside nesse ponto: não tendo a União proibido totalmente o amianto/**

<sup>72</sup>"O Estado federal caracteriza-se tanto pela unidade como pela diversidade. É um sistema em que, conforme a Constituição que esteja em vigor, haverá matérias em que a uniformidade suplantará a diversidade e outras matérias em que a diversidade ou a diferença existirão. Aplicando-se a metodologia do custo-benefício será aferida se a diversidade ou uniformidade é mais vantajosa para a existência do Estado federal, isto é, se determinada lei ou ato do governo central ou dos Estados pode ou não causar prejuízo significativo para os interesses de todos os Estados federados ou só de um ou alguns Estados. [...] Ressalte-se, no caso em estudo, que o amianto - variedade crisotila - não é encontrado em todos os Estados da Federação Brasileira. Trata-se da exploração feita em uma cidade - Minaçu - no Estado de Goiás. O impedimento do comércio desse produto não produzirá nem a falência nem sérios gravames para esse Estado, cuja fecunda vida econômica está fundamentada na pecuária e na agricultura e cuja proximidade com o Distrito Federal possibilita-lhe inúmeras vantagens" (MACHADO, 2003, p. 173).

**crisotila, os Estados poderiam fazê-lo? [...]**

**Entendo que a resposta deva ser positiva. Os Estados estão agindo totalmente dentro do seu poder de suplementar. Os Estados poderão adicionar regras que irão suprir as lacunas da lei federal ou preencher os vazios existentes na lei federal, na parte em que ela é incompleta. [...]**

**É necessário sublinhar o papel do poder público em reduzir o ‘risco de doença’, que o referido artigo menciona [art. 196 da CF/1988]. Em havendo meios científicos, há uma obrigação constitucional de que não ocorra a doença.**

A União, na Lei n. 9.055/1995, não esgotou a possível atuação do poder público na prevenção das doenças que podem ser causadas pelo asbesto/amianto. **Os Estados têm, portanto, o poder e o dever de agir de forma suplementar, estabelecendo normas de controle do risco. [...]**

**Suplementar não é desunir. Suplementar não é somente ornamentar uma norma geral, como se essa competência representasse uma superfluidade. Adicionar, completar e aprimorar a norma geral federal faz parte de um federalismo participativo e cooperativo. O contrário é praticar um federalismo ‘consentido’, em que as autonomias estaduais não são desejadas, mas somente toleradas. (MACHADO, 2003, p. 175-177) (marcas nossas).**

Adotando posição diversa da tradicional, tem-se a obra de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, na qual se encontra interessante análise acerca da competência concorrente suplementar. Segundo os autores, pode-se classificar a repartição de competências na CF/1988 de duas formas: horizontal e vertical<sup>73</sup>. O “critério horizontal foi adotado na definição de competências privativas, ou exclusivas, de cada esfera federativa. [...]” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 257). Já o critério vertical, pertinente a esta análise, é caracterizado como aquele que:

[...] a Constituição Federal atribui o trato da mesma matéria a mais de um ente federativo, ora especificando o nível de intervenção de cada ente (competências concorrentes próprias), ora admitindo que todos os entes exerçam indistintamente a competência que se lhes for simultaneamente atribuída (competências concorrentes impróprias). (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 258-259).

<sup>73</sup>Essa distinção, principalmente no que se refere à repartição vertical de competência, é atribuída a um modelo de federalismo cooperativo, isto é, modelo no qual a relação entre os entes políticos se dá em condomínio, com mútua cooperação e coordenação, na consecução das competências atribuídas verticalmente.

A seguir, explicitando sua classificação, assim expõem a distinção entre a competência concorrente própria e imprópria:

**As competências concorrentes podem ser classificadas em próprias e impróprias. Aquelas são assim designadas por indicação expressa do texto constitucional (art. 24), que preconiza o exercício simultâneo e limitado de competências por mais de uma das ordens federativas. Estas, diferentemente, não são expressamente previstas na Constituição, mas encontram-se implícitas na definição das competências comuns. Em outras palavras, as competências concorrentes impróprias só têm lugar ante a necessidade de se dar alicerce legislativo para o exercício de uma competência comum, como, por exemplo, aquela indicada no art. 23, VI, da Constituição da República ('proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas'). (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 260) (marcas nossas).**

Com efeito, infere-se da classificação proposta pelos autores mencionados que a competência concorrente imprópria é aquela que decorre, implicitamente, do art. 23 da CF/1988, posto não haver um correspondente, limitativo, no art. 24 da CF/1988, o qual traz a denominada competência concorrente própria, orientada, e limitada, pela relação entre normas gerais e suplementares.

Trata-se, assim, de competência material atribuída sem a delimitação da correspondente competência legislativa, do que decorreria ampla possibilidade aos entes incumbidos de efetivar o comando constitucional para legislar sobre o assunto.

Apresenta, ainda, como exemplo, o art. 23, inciso VI<sup>74</sup>, da CF/1988, como indicativo de que na competência concorrente imprópria,

[...] as três ordens federativas exercem competência [legislativa] ilimitada, sem que uma se superponha a

<sup>74</sup>Como exemplo prático, citam: "De outro lado, a necessidade de implementação das competências materiais faz nascer as concorrentes impróprias, cujo regime jurídico indica a inexistência de limites a cada uma das ordens federativas, ou seja, cada uma delas pode legislar de maneira integral sobre as mesmas matérias. A situação regulamentada, de sua vez, ficará submetida ao espectro regrativo das leis de todas as ordens da Federação. Veja-se, a exemplo de ilustração, as competências comuns de proteção ao meio ambiente e preservação de florestas (incisos VI e VII do art. 23 da CF). Figure-se a hipótese de que, no exercício dessas competências comuns, leis federal, estadual e municipal disponham sobre uma faixa de proteção florestal da Mata Atlântica. Nesse exemplo, a lei federal estabelecerá a proteção da vegetação nativa a partir de 100m do nível do mar, a lei estadual a partir de 140m e a municipal a partir de 70. Assim, a vegetação estaria protegida a partir de 70m do nível do mar, pois a observância da legislação mais rigorosa implicaria automaticamente a dos demais comandos normativos" (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 261-262).

outra. De todo o modo, os três comandos normativos são de observância obrigatória. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 262).<sup>75</sup>

Ocorre, contudo, que a distinção entre competência concorrente própria e imprópria, embora traga avanços frente à forma tradicional de se analisar a questão do condomínio legislativo, bem como apresente fundamentação jurídica para se entender a hierarquia normativa sob perspectiva dinâmica, não resolve a questão atinente às matérias constantes do art. 24 da CF/1988 e que tratam de direitos humanos.

Ao revés, a identificação da competência concorrente imprópria com o art. 23 da CF/1988, bem como o entendimento de que o art. 24 da CF/1988 “[...] preconiza o exercício simultâneo e limitado de competências por mais de uma das ordens federativas [...]”, pode ensejar restrições à promoção dos direitos humanos, seja porque as competências materiais do art. 23 da CF/1988 relacionadas à saúde e ao meio ambiente encontram-se, também, previstas no art. 24 da CF/1988<sup>76</sup>, seja porque esse último dispositivo, quando trata de questões relacionadas aos direitos humanos, não encerra, de veras, traço limitativo.

Por derradeiro, tem-se importante posição expressa por Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que sustentam a possibilidade da adoção de norma mais favorável quando se está a regulamentar matéria ambiental:

[...] 7.8.2.3. Considerações de natureza crítica à luz do exemplo da proteção ambiental  
À vista das considerações precedentes, é possível acompanhar Paulo de Bessa Antunes, quando averba que **‘a centralização da federação brasileira, diante do Texto de 1988, é muito mais uma obra da interpretação constitucional do que uma realidade que se apresenta clara ante a redação da norma’**. Assim, tal centralização, inclusive o campo das competências concorrentes, seguramente em muito deve ao modo pelo qual os Tribunais, especialmente o STF, têm compreendido o papel da União e das entidades federadas. O problema

<sup>75</sup>A questão do amianto, sob a perspectiva da competência concorrente imprópria, é objeto de atenção da doutrina constitucional. Nesse sentido: BALERA, Felipe Penteado. **Federalismo e as possíveis alterações no território dos estados federados**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 119-121.

<sup>76</sup>Os incisos VI e II do art. 23, que tratam, respectivamente, de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, encontram correspondência nos incisos VI, XII e XIV do art. 24, que tratam, respectivamente, de “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”, “previdência social, proteção e defesa da saúde” e “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”.

é que **além das críticas que se pode endereçar à centralização de um modo geral, os problemas se revelam ainda mais contundentes em algumas áreas sensíveis, como é o caso da proteção do ambiente.** [...] No caso do ambiente, a tendência centralizadora resulta na habitual rejeição (no sentido de posição ainda prevalente na jurisprudência) das iniciativas estaduais e locais naquilo em que ampliam (em relação aos padrões eixados pela União) os parâmetros normativos de proteção ambiental (ou mesmo quando regulam a matéria integralmente na hipótese da sua ausência de lei federal). [...] De tal sorte, **entendemos que há sim 'espaço legislativo' para os entes federativos, dos contextos e especificidades regionais e locais, aperfeiçoarem a norma geral editada pela União no âmbito da competência legislativa concorrente. Não nos parece que alguma medida de teor mais restritivo - como, por exemplo, a proibição de determinada atividade ou comercialização de determinada substância no âmbito regional ou local - implique necessariamente violação ao sistema constitucional de competência legislativa.** (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 395-396) (marcas nossas).

Vê-se, assim, despontar na doutrina posição convergente com a hipótese de trabalho aqui defendida, mas que se restringe às matérias ambientais.

As teses acerca da competência concorrente imprópria e da hipótese de que normas em matéria ambiental editadas no exercício da competência concorrente suplementar, quando mais protetivas, prevaleçam, abrem, assim, a possibilidade de que a forma tradicional com que se tem analisado o condomínio legislativo seja, ainda que parcialmente, superada.

Contudo, essa abertura proporcionada pelos autores referidos, conquanto traga avanços, na medida em que desafia a doutrina tradicional sobre a matéria, pode ser pautada sob parâmetro diverso. Defende-se, neste estudo, a possibilidade de se adotar critério outro, calcado na matéria objeto de regulamentação - qual seja, os direitos humanos.

Portanto, ao se tratar de direitos humanos, e em havendo condomínio legislativo, há que se ter as normas gerais como **pisso**, aquém do qual não se pode ir, sendo, pois, a estrutura hierárquico-normativa ditada por uma lógica protetiva e orientada pela norma mais favorável.

Não há, assim, que se falar em limitação ao exercício da competência concorrente suplementar prevista no art. 24 da CF/1988, mas sim em progressiva implementação de direitos humanos. O critério de distinção não seria topológico - onde se encontra a previsão constitucional - ou baseado no **interesse**, mas sim material, sendo a natureza do direito a razão a justificar o trato específico.

A percepção de que questões específicas devem ser tratadas de forma diversa, refletindo os valores cuja proteção é um imperativo constitucional, apresenta-se como fator essencial a justificar a hipótese defendida neste trabalho.

Trata-se, inclusive, da aplicação do princípio da isonomia, consagrado pela CF/1988 e pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Assim, em se tratando de direitos humanos, o critério a orientar a hierarquia normativa é o protetivo, sendo a existência de norma geral um **piso** aquém do qual não se pode ir, mas além do qual há não só incentivos, como deveres, para se evoluir.

Portanto, os limites da competência concorrente suplementar entre os entes federados devem se pautar pela matéria objeto de tutela, a fim de evidenciar qual critério hierárquico deverá prevalecer. Tratando-se de questão afeta aos direitos humanos, como foi o caso do amianto, sorte outra não resta que a assunção de um critério dinâmico, ditado por uma lógica protetiva e orientado pela norma mais favorável.

### 3 CONCLUSÕES

A **constitucionalização** e a interdisciplinaridade do direito, mormente do Direito do Trabalho, apresentam-se, neste trabalho, como pressupostos ao desenvolvimento da hipótese aqui suscitada. As diversas interpretações que envolvem a apreciação da constitucionalidade das leis estaduais que regulam - e proscvem - o amianto, e que foram explicitadas quando da análise dos julgados do STF, lastreiam a percepção de que a forma tradicional como estruturado o condomínio legislativo, alheia à natureza do direito objeto de regulamentação e ciosa de uma suposta uniformidade federativa, mostra-se incongruente com a promoção dos direitos humanos incentivada pela própria Constituição Federal de 1988. Essa percepção, ou **incômodo**, que acomete o intérprete, parece poder operacionalizar-se teoricamente a partir, justamente, do ferramental encontrado em outras searas do conhecimento.

A superação de um condomínio legislativo informado unicamente pelo critério do “interesse preponderante” ou da topologia da previsão normativa mostra-se, portanto, possível, em especial após o julgamento das ações de controle concentrado envolvendo o banimento do amianto.

Com efeito, a percepção de que a noção tradicional do condomínio legislativo, em que a relação entre “normas gerais” e “competência concorrente suplementar” dá-se de forma estática, não responde à função promocional dos direitos humanos, é, por si só, razão fundamental a desencadear mudanças.

Nesse sentido, a adoção de um critério dinâmico, ditado por uma lógica protetiva, em que o condomínio legislativo orienta-se pela norma mais favorável quando se está a tratar da competência concorrente suplementar de questões de direitos humanos, melhor se adequa à própria tônica promocional da CF/1988.

O Direito do Trabalho, nesse contexto, traz elementos importantes para se compreender referido critério, pois há tempos é conhecido e manejado na seara laboral o princípio da **norma mais favorável**. A constitucionalização e a interdisciplinaridade, aqui, mostram-se como vias de mão dupla, na medida em que institutos e instrumentos passam a ser operacionalizados quando pertinentes à consecução dos fins pretendidos pelo sistema normativo.

A interpretação constitucional, portanto, atenta às evoluções sociais e tecnológicas alcançadas em outras searas do conhecimento, passa a poder utilizar-se de instrumental **juslaboral** para a promoção dos direitos humanos, ainda que esse instrumental sujeite-se a adaptações, adequações e aperfeiçoamentos - como no caso da utilização dos princípios da vedação à proteção insuficiente, como decorrência da proporcionalidade, ou da aplicação dos princípios da precaução, da prevenção e da melhoria contínua.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALERA, Felipe Penteado. **Federalismo e as possíveis alterações no território dos estados federados**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

BORSIO, Marcelo Fernando. Direitos humanos e direitos fundamentais. Conceito. Diferença. Função. Características. Classificação dos direitos humanos fundamentais. *In*: CALSING, Renata de Assis; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Direitos humanos e relações sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer INCA. **Amianto**. Brasília, 2018a. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 126, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 maio 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0126.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0126.htm). Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.396-9/MS. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 8 de maio de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 1º ago. 2003a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.656-9/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 8 de maio de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 1º ago. 2003b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.852/SC. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 7 de outubro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 dez. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975878>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.937-7/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 4 de junho de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.066-9/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 24 de agosto de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 mar. 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 234/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 fev. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1694638>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. Versão digital.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao CPC. *In*: MIESSA, Élisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 78, p. 258-280, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Federalismo, amianto e meio ambiente. **Boletim Científico**, Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União ESMPU, a. II, n. 9, p. 169-177, out./dez. 2003.

MACIEL, Carlos Henrique. **Curso objetivo de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PORTO, Lorena Vasconcelos; LEIVAS, Luciano Lima; ALIAGA, Marcia Cristina Kamei Lopez. O acordo nacional do uso seguro do amianto à luz da ordem jurídica brasileira: uma abordagem crítica. *In*: PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Jannotti da. (Org.). **Trabalho: diálogos e críticas**. Homenagem ao Prof. Dr. Márcio Túlio Viana. V. 1. São Paulo: LTr, 2018. Versão digital p. 125-140.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

## **HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E DIREITO INTERTEMPORAL: por uma interpretação que considere a lógica do razoável**

### **SUCUMBENCY AND INTERTEMPORAL LAW FEES: for an interpretation that considers the logic of the reasonable**

**SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira\***

**Resumo:** A Lei n. 13.467/2017 entrou em vigor no dia 11.11.2017. Contudo, a chamada Reforma Trabalhista há de preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas, tanto no campo do direito material quanto na seara processual. Neste breve artigo, analisarei as questões de direito processual sob a perspectiva do direito intertemporal, sempre com atenção ao princípio da irretroatividade da lei. A questão mais complexa de direito transitório é a relacionada aos honorários de sucumbência, instituto que não era aplicável na Justiça do Trabalho, pelo menos nas demandas derivadas da relação de emprego. De se prestigiar, nessa temática, o princípio da causalidade, o princípio da vedação da decisão surpresa (arts. 9º e 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em última medida, o princípio da dignidade humana. Também os princípios peculiares de cada fase processual, ou os gerais de processo, deverão guiar a solução quanto ao direito intertemporal nas fases recursal e de execução. Em suma, há de se preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas quando da vigência da nova lei, procedendo-se a uma interpretação que leve em conta a lógica do razoável.

**Palavras-chave:** Honorários de sucumbência. Direito intertemporal. Interpretação à luz dos princípios e da lógica do razoável.

---

\*Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto-SP. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha, título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela Unesp. Professor da Escola Judicial do TRT-15 e Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto.

**Abstract:** The Law n. 13.467/2017 took effect on November 11th, 2017. However, the so-called Labor Reform must preserve acquired rights and consolidated legal situations, both in the field of material and procedural law. In this brief article, I will analyze procedural law issues, from the perspective of intertemporal law, always paying attention to the principle of non-retroactivity of law. The most complex issue of transitional law is that relating to sucumbency fees, an institute which was not applicable in the Labor Court, at least in the demands arising from the employment relationship. In this regard, the principle of causality, the principle of prohibition of the surprise decision (articles 9 and 10 of CPC/2015), the inherent guarantee of existential minimum and, ultimately, the principle of human dignity. Also the peculiar principles of each procedural phase, or the general procedural ones, should guide the solution regarding the intertemporal law in the appeals and the execution phases. In short, acquired rights and consolidated legal situations should be preserved when the new law is in force, proceeding to an interpretation that takes into account the logic of the reasonable.

**Keywords:** Sucumbency fees. Intertemporal Law. Interpretation in the light of the principles and logic of the reasonable.

## 1 NOTA INTRODUTÓRIA

De partida, convém pontuar que, como largamente difundido no segmento justrabalhista, não havia, em regra, condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho. Daí que a **Lei n. 13.467/2017**, mais conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, promoveu alteração de 180 graus nessa temática, ao prever, de modo generalizado, o cabimento de honorários de sucumbência nas demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho.

Não bastassem as inúmeras dúvidas relacionadas à aplicação do instituto no processo do trabalho quanto ao seu conteúdo (sentido) e alcance, exsurge como um dos mais intrincados problemas de hermenêutica no que concerne à temática o que diz respeito à **aplicação no tempo** das novas regras insertas na Consolidação das Leis do Trabalho, com o acréscimo do art. 791-A e parágrafos.

Se não há mais dúvida quanto à data correta da vigência desta lei, de outra mirada há muita discussão doutrinária e na jurisprudência acerca da data de aplicabilidade do novo regramento dos honorários de sucumbência aos processos em curso na data de 11 de novembro de 2017.

Por isso, mister um estudo metuculoso do **direito intertemporal**, de seus princípios, bem como das melhores técnicas de interpretação da normativa posta, a fim de se definir com o mínimo de senso de justiça a questão que se coloca: esse regramento dos honorários de sucumbência aplica-se aos processos que estavam tramitando em 11.11.2017? E mais: haverá necessidade de uma regra de direito transitório para cada fase processual?

## 2 VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017 E OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Como pontuei alhures, na Teoria Geral do Direito há que se distinguir entre os planos de validade, vigência e eficácia da lei:

A **validade** diz respeito ao aspecto formal da lei, ou, ainda, ao seu aspecto material. Como já se disse, na perspectiva da formalidade, há de se observar rigorosamente o processo legislativo, sob pena de **inconstitucionalidade formal**, caso em que a lei não será considerada válida. Também é possível analisar a validade na perspectiva material. Toda vez que a lei ignora uma norma ou um princípio constitucional, fala-se em **inconstitucionalidade material**. O **plano de validade**, portanto, diz respeito a essa esfera, ao processo legislativo e à constitucionalidade material da lei. [...] Quanto à vigência, ela exige que se verifique um outro critério: **a publicação da norma**.

Destarte, o **plano de vigência** diz respeito à obrigatoriedade da lei, após sua publicação. Para que a lei obrigue é necessário que ela esteja em vigor e, assim, possa produzir efeitos. Normalmente, há uma coincidência entre a obrigatoriedade (vigência) e a eficácia, já na data de publicação ou vencido o prazo de *vacatio legis* para que a lei entre em vigor. Assim, **em regra**, a lei vigente produz seus efeitos. Entretanto, há exceções, como ocorre com as leis orçamentárias, que são publicadas e entram em vigor, mas produzem seus efeitos apenas no ano vindouro [...].

Assim sendo, **nem sempre há coincidência entre a vigência e a eficácia**. Essa sutil distinção se torna bastante clara quando se estudam as **classificações das normas constitucionais, quanto à sua eficácia**, sobretudo no direito constitucional, falando-se em normas de **eficácia plena, limitada e contida ou restringível**. [...] Em suma, **eficácia formal diz respeito à aplicabilidade da lei**. (SILVA, 2011, p. 45-46).

A respeito da contagem do prazo de vacância e entrada em vigor da nova lei - vigência da lei -, assim explanei na obra citada:

De acordo com o **art. 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**, Decreto n. 4.657/1942, 'Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada'. No entanto, sabe-se que 'Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada' (§ 1º).

Ocorre que a **Lei Complementar n. 95/1998**, ao estabelecer normas para a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no país, modificou essa diretriz. Com efeito, o art. 8º desta fonte normativa disciplina que a vigência da lei promulgada deve ser indicada 'de forma expressa', sendo que o prazo de *vacatio legis* assinado deve ser razoável, para que, da lei, seus destinatários tenham 'amplo conhecimento'. Entrementes, permitiu-se que as leis de pequena repercussão possam entrar em vigor 'na data de sua publicação'. Neste particular, muito interessante o § 1º do referido dispositivo, incluído pela Lei Complementar n. 107/2001, o qual estabelece forma de contagem do prazo de *vacatio legis*, merecendo ser transcrito: 'A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral'. (SILVA, 2011, p. 49).

Atenta a essa teoria, a melhor doutrina sustentou, com propriedade, que a data correta da vigência da Lei n. 13.467 seria o dia **11 de novembro de 2017**, considerando-se que a lei foi publicada no Diário Oficial em 14 de julho, com prazo de *vacatio legis* de 120 dias. Incluindo-se o dia da publicação e o do vencimento do prazo, os 120 dias se esgotaram em 10 de novembro, entrando a lei em vigor no dia seguinte, 11 de novembro, um sábado.

Como ponderei algures, ainda que normalmente não haja expediente forense nesse dia, isso não muda a conclusão explanada, tendo em vista que não se trata de prazo processual, mas de prazo de vacância, necessário para a melhor compreensão do sentido e do alcance da novel legislação.

A propósito, foi a solução encontrada pelo Tribunal Superior do Trabalho, na edição da excepcional Instrução Normativa n. 41/2018, que buscou conferir um norte interpretativo seguro aos juslaboralistas, no que concerne ao direito intertemporal. Assim nos manifestamos sobre a referida IN:

De saída, a Instrução Normativa n. 41/2018 enuncia que a **vigência e eficácia** da Lei n. 13.467 foi 'a partir de 11 de novembro de 2017', como pontuamos na 1ª edição desta obra - e, aliás, a doutrina amplamente majoritária, senão uníssona -, destacando que a aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, e alteradas pela referida lei, 'é imediata'. Mas a questão não é tão simples assim. Por isso mesmo, ressaltou-se que essa aplicação imediata da nova lei não deve 'atingir', de modo algum, 'situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada'. (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 29).

Com efeito, ainda que a vigência geral da Lei da Reforma Trabalhista tenha sido o dia 11.11.2017, observamos em obra recente que, diante das **peculiaridades** do direito processual do trabalho, há de se perquirir inúmeras situações jurídicas, para não se cometer o desatino de violar o **princípio da irretroatividade das leis**, uma garantia constitucional albergada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 291).

Bem se vê, portanto, que a questão da **aplicabilidade no tempo** da chamada Reforma Trabalhista não é tão simples quanto pareça. Muito menos quanto às intrincadas questões que envolvem os **honorários de sucumbência**.

Com efeito, em regra, quanto à aplicabilidade da lei processual no tempo, o sistema jurídico brasileiro adota a **teoria do isolamento dos atos processuais**, de modo que se respeitem os atos jurídicos processuais já praticados segundo a lei antiga - os atos jurídicos perfeitos -, aplicando-se a lei nova, a partir de sua vigência, apenas aos atos processuais ainda não praticados. Todavia, a solução dos problemas de direito intertemporal ou transitório não é tão simples assim. Pode haver direito adquirido da parte a que o ato siga um ritual já previamente estabelecido, não se podendo olvidar, principalmente, das **situações jurídicas consolidadas**, tal como preconiza o art. 14 do CPC/2015 (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 304-305).

Ademais, quanto aos honorários de sucumbência, de se observar a fase em que o processo se encontra, porque, a título meramente exemplificativo, nas fases recursal e de execução (ou cumprimento de sentença) há marcos temporais específicos para se definir qual a lei aplicável, se a antiga ou a recém-publicada. Voltarei a essa temática. Agora, convém recordar quais os principais efeitos das regras que tratam de **honorários de sucumbência no processo do trabalho**, para ao depois se definir com clareza os marcos de aplicabilidade da novel legislação.

### 3 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO

Quanto aos honorários de sucumbência, a Lei da Reforma Trabalhista promoveu uma verdadeira revolução na Justiça do Trabalho, com uma mudança de 180 graus, como já afirmado de maneira introdutória.

De todos sabido que o TST sempre manteve jurisprudência arredia à possibilidade de haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça especializada, como bem demonstram as Súmulas n. 219 e 329 daquele Tribunal. De se recordar que a Súmula n. 219, em sua primeira versão, é anterior à Constituição de 1988, mas o entendimento ali manifestado foi mantido sob a égide do novo regime constitucional, como se observa da análise da Súmula n. 329. Assim, ainda que o art. 133 da CF/1988 tenha estatuído a **imprescindibilidade** da participação do advogado para se assegurar a plenitude dos direitos formais e materiais, com fulcro no velho *ius postulandi* que sempre foi uma das marcas registradas da Justiça do Trabalho, consubstanciado no art. 791 da CLT, a Corte Superior Trabalhista **nunca admitiu** a possibilidade de avanço nessa matéria, mantendo firme orientação de não cabimento de honorários de sucumbência no segmento especializado da Justiça, ainda que tenha admitido sua incidência em hipóteses excepcionais, com bem retrata a atual redação da Súmula n. 219 (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 309).

Pode-se afirmar, portanto, sem receio de equívoco, que a água tanto bateu, que **furou a pétrea jurisprudência restritiva** do TST quanto aos honorários de sucumbência. O art. 791-A e §§ da CLT passou a ser um **divisor de águas** no processo do trabalho. Como se tem verificado na prática, mais de um ano após a vigência da novel legislação, é que os trabalhadores e seus advogados estão muito receosos, e sope-sando com muita cautela os riscos da demanda, tendo em vista que, ainda que alguns direitos tornem-se quase evidentes - por exemplo, o direito ao pagamento de salários e verbas rescisórias quando incontroversa a relação de emprego e afirmando o trabalhador que não houve o adimplemento -, outros dependem de prova convincente sobre sua existência. E quanto mais controvertida mostrar-se a situação fática que pode ou não dar ensejo ao reconhecimento do direito material alegado, **maior o risco de sucumbência** na demanda, lembrando-se que haverá sucumbência **recíproca** quando o trabalhador não obtiver sucesso quanto a alguns dos direitos reivindicados (§ 3º do art. 791-A) (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 309-310).

Por certo que se trata de **antiga reivindicação** dos advogados trabalhistas, a qual encontrava eco na doutrina, ainda que minoritária.

De se render aqui homenagem a Jorge Luiz Souto Maior, o jurista que sempre defendeu a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, desde 1998. Ainda no século passado este grande jurista afirmava que a ausência de sucumbência no processo do trabalho “acaba por constituir, em verdade, uma verdadeira barreira ao acesso à ordem jurídica justa”. E sustentava que os dispositivos processuais aplicáveis no âmbito trabalhista (especialmente do CPC e da Lei n. 1.060/1950) já forneciam plena possibilidade “de se adotar a sucumbência no processo do trabalho, como forma de concretização do movimento do acesso à justiça nesta especializada” (SOUTO MAIOR, 1998, p. 134-142).

Bem-vinda, pois, a novidade, não fosse a malsinada regra inserida no § 4º do art. 791-A, a permitir a “compensação” dos honorários de sucumbência do advogado do empregador com o crédito recebido pelo trabalhador, “ainda que em outro processo” e **mesmo que consiga o benefício da justiça gratuita**. Um despropósito!

O legislador reformista copiou literalmente a regra do § 3º do art. 85 do CPC/2015, segundo a qual ocorre a suspensão da exigibilidade do crédito resultante dos honorários de sucumbência até que o advogado credor possa demonstrar que o beneficiário da justiça gratuita adquiriu condições materiais de suportar tal despesa, no prazo de cinco anos após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Ainda que no processo do trabalho o prazo tenha sido reduzido a dois anos, **prazo geral da prescrição trabalhista**, não se trata de regra benéfica ao trabalhador, que poderá ter descontado de seu crédito de natureza alimentar valor suficiente ao pagamento dos honorários de sucumbência em prol do advogado do empregador. Lógico que, decorridos esses dois anos sem a referida demonstração, dá-se o fenômeno da **prescrição intercorrente**, extinguindo-se a obrigação do trabalhador, beneficiário da justiça gratuita.

Como advertimos alhures, até aí nenhuma novidade, porquanto essa já era a diretriz desde a edição da Lei n. 1.060/1950 (art. 12). O problema fica por conta da matreira intromissão de uma regra de “compensação” logo no início do citado § 4º, permitindo-se que os créditos obtidos pelo trabalhador no julgamento da demanda, “ainda que em outro processo”, possam ser “compensados” para o pagamento do advogado da parte contrária. E se os créditos obtidos forem de natureza nitidamente salarial, como saldo de salário e verbas rescisórias? E se essas verbas nem sequer tiverem sido objeto de controvérsia? Imaginem a situação do trabalhador que se viu forçado a contratar advogado para demandar seu ex-empregador a fim de receber aquelas sagradas verbas, diante de seu latente estado de necessidade, e resolve postular indenização por dano moral por conta dessa situação de penúria, mas o juiz

entende que não há dano moral no caso. Exemplo: a) trabalhador ganha a demanda de R\$ 5.000,00 de saldo de salário e verbas rescisórias; b) mas sucumbe em relação à indenização de dano moral, sendo condenado a pagar 15% de R\$ 50.000,00 = R\$ 7.500,00; c) ele não receberá os incontroversos R\$ 5.000,00, e ainda ficará devendo R\$ 2.500,00 de honorários de sucumbência. Situação tão esdrúxula que não poderia ser aceita pela jurisprudência trabalhista (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 310).

No entanto, se vingar a tese da plena possibilidade de “compensação” do crédito do trabalhador com os honorários de sucumbência do advogado do empregador, há de se ter em conta que até a vigência da nova lei os trabalhadores não tinham qualquer preocupação quanto a eventual sucumbência - e menos ainda com a possibilidade de “compensação” -, porque a insistente jurisprudência trabalhista era no sentido de não haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, em casos gerais de demandas típicas das relações de emprego (Súmula n. 219, I e IV, do TST). Como poderia agora ser surpreendido com uma nova lei que lhe imponha esse pesado fardo?! Seria uma **surpresa inaceitável**. Daí que a doutrina e a jurisprudência hão de encontrar um caminho de **equidade** para essa drástica situação. De modo que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho não pode ser imposta nos processos em curso, ou, pelo menos, nos processos que já se encontram em grau avançado de percurso (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 310).

Não é só. **Também para o empregador** pode haver uma desagradável surpresa caso a Justiça do Trabalho resolva, no curso de processo instaurado anteriormente à vigência da Lei da Reforma Trabalhista, aplicar as novas regras e condená-lo ao pagamento de honorários de sucumbência. Imagine-se a situação do pequeno empresário que viu seu negócio ruir, dispensou seus empregados e não teve condições de honrar o pagamento das verbas rescisórias e de outros direitos dos trabalhadores, diante da difícil situação financeira por que passava a empresa no período que antecedeu a “quebra”. Em defesa, ele nem contestou, por lealdade, a dívida de saldo de salário, verbas rescisórias, diferenças de FGTS e da integralidade da multa de 40%; impugnou parte dos horários de trabalho, mas admitiu que não tinha condições de pagar as horas extras devidas; admitiu que havia insalubridade no meio ambiente de trabalho e fez acordo processual para pagar 20% sobre o salário-mínimo; contudo, recorreu da sentença porque havia sido condenado também ao pagamento de indenização por dano moral em valor muito alto. Imagine-se sua surpresa ao ver, em sede recursal, o tribunal afastar a condenação por dano moral, mas lhe aplicar uma condenação de **15% sobre o valor da liquidação**, quanto a todas as demais verbas, a título de honorários de

sucumbência. Se ele já estava com dificuldades para honrar o pagamento das tantas verbas objeto de condenação e recorreu porque na época não havia aplicação de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, matéria sumulada (Súmula n. 219 do TST), por que ser surpreendido dessa maneira?

Urge, portanto, que a jurisprudência busque uma solução justa para essa complexa questão, com fundamento nas **teorias do direito transitório**, mas fazendo opção pela que não cause às partes sensação de severa injustiça. Na sequência, pois, a análise dessas teorias.

### 3.1 Data do ajuizamento da ação ou data da sentença?

A partir de **qual momento** se poderia cogitar da aplicação das novas regras a respeito dos honorários de sucumbência? Essa intrincada questão de **direito intertemporal** ou de direito transitório encontra **duas teorias** de maior aceitação:

1ª) **teoria da sucumbência**, de Chiovenda - segundo essa teoria, o **marco temporal** para a aplicação do regramento relativo aos honorários de sucumbência é a **data da prolação da sentença**, tendo em vista tratar-se a imposição de tais honorários de uma punição ao demandante que litiga sem razão, sem ter o direito material postulado (**princípio da sucumbência**), sendo a sentença de **natureza constitutiva** do direito aos honorários de sucumbência. Tendo a parte sucumbido em sua pretensão, deve arcar com os honorários do advogado da parte contrária. De outra mirada, se a sentença já tinha sido prolatada ao tempo da lei anterior, é a disciplina desta que deve ser aplicada até o final do processo, ainda que a lei posterior venha reduzir ou aumentar o campo de atuação em torno da questão. Foi o que ocorreu com o novo Código de Processo Civil, que ampliou as situações em que devidos honorários de sucumbência no processo civil (art. 85, §§ 1º e 11), além de impor uma tabela (faixas) de percentuais de honorários de sucumbência em relação à Fazenda Pública (§ 3º do citado art. 85):

Nesse sentido decidiu o STJ em relação ao novo Código de Processo Civil, no julgamento do REsp n. 1.465.535/SP, em 21 de junho de 2016, por sua 4ª Turma. Após identificar que se tratava de um instituto de direito processual-material, a 4ª Turma, no citado recurso, 'elegeu a sentença como marco processual a separar a incidência do Código antigo da do Código novo'. (NÓBREGA, 2016);

2ª) **teoria da causalidade** - por essa teoria, o **marco temporal** para a aplicação do novo regramento a respeito de honorários de

sucumbência é a **data do ajuizamento da ação**, não importando se já houve decisão de fundo no processo. Ora, se a condenação em honorários de sucumbência decorre da ideia de punição ao demandante que não sopesou adequadamente os riscos do processo, devendo, por isso, ao sucumbir em sua pretensão, arcar com todas as despesas processuais, inclusive honorários de sucumbência, deve ser aplicada a **lei do tempo da demanda**, porque é nesse momento que o demandante **sopesa os riscos do processo**, tomando em conta todas as despesas que terá de suportar caso não saia vencedor, como custas, emolumentos, honorários de perito e, **principalmente**, honorários de sucumbência. De tal modo que ele não pode ser surpreendido posteriormente, recebendo “castigo” superior ao que divisara quando da propositura da demanda (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 311).

Já bastante difundido que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece a primeira teoria, que é amplamente majoritária na justiça comum. No entanto, a situação é completamente distinta da que se passa na Justiça do Trabalho. Lá desde sempre houve aplicação do princípio da sucumbência e todos os códigos de processo sempre contiveram extenso regramento sobre as hipóteses de cabimento da condenação em honorários de sucumbência, dos percentuais aplicáveis e de outras situações jurídicas conexas. Tão extensa é a problemática relacionada aos honorários de sucumbência que o CPC de 2015 contém uma **normativa demasiadamente ampla sobre a matéria**, não somente no seu art. 85 e dezenove parágrafos, mas também nos arts. 86 e 87, bem como em inúmeras outras passagens do Estatuto Processual.

Se no processo comum já causa certa surpresa que o Judiciário mande aplicar as novas regras a processos em curso quando da entrada em vigor no novo CPC, a menos que já houvesse sentença prolatada, não é difícil imaginar o caos jurídico que poderia ocorrer caso a Justiça do Trabalho resolva aplicar o novo regramento do art. 791-A e §§ da CLT - e ainda subsidiariamente outras regras do CPC - aos processos trabalhistas em curso, quando ambas as partes sequer divisavam essa possibilidade quando da propositura ou contestação da demanda.

Ademais, mesmo no processo civil a doutrina tem sustentado que, a despeito de o STJ ter definido que o marco temporal para a questão é a data da prolação da sentença - porque é nesta que o crédito aos honorários de sucumbência é constituído, motivo pelo qual seria possível utilizar o novo regramento do CPC/2015 para as condenações em sentenças **ainda não proferidas** em 18 de março de 2016, data do início da vigência do novo CPC -, em nome do **princípio da causalidade**, o marco temporal deve ser a **data do ajuizamento da demanda**.

Com efeito, se o demandante é punido ao pagamento de honorários de sucumbência porque **deu causa ao processo** - como autor,

réu ou terceiro interveniente, em sede de ação ou reconvenção -, ele não pode ser surpreendido com regramento que piora sua situação jurídica, não imaginada quando do sopesamento dos riscos de se demandar em Juízo.

Guilherme Pupe da Nóbrega cita lição de Yussef Said Cahali, que em 1978 procurou demonstrar a **insuficiência da teoria da sucumbência** em seu livro **Honorários advocatícios** (Revista dos Tribunais), afirmando que:

[...] a raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa. (NÓBREGA, 2016).

No **processo do trabalho** essa teoria é ainda mais necessária, porque neste sequer havia condenação em honorários de sucumbência nas lides derivadas das relações de emprego. Seria um **atentado** surpreender o trabalhador com a possibilidade de “compensação” de seus créditos para o pagamento dos honorários de sucumbência do advogado do empregador, em caso de sucumbência recíproca, que é a regra generalíssima na Justiça do Trabalho. Ainda que ele tenha um enorme sucesso e consiga sair vencedor em todas as suas pretensões, o que é raríssimo, em verdade ele não tinha a menor expectativa de que seu advogado pudesse receber honorários de sucumbência porque o instituto, repita-se, era inaplicável no processo do trabalho (Súmula n. 219 do TST).

Nesse sentido, Fabrício Lima Silva, com amparo, inclusive, na **teoria dos jogos**:

Neste ponto, importante a invocação da Teoria dos Jogos em âmbito processual. Segundo esta teoria, ao se compreender o processo como um jogo, em que também são esperados comportamentos de cooperação, disputa e conflito, em que o resultado não depende somente do fator sorte, mas da *performance* dos jogadores em face do Estado Juiz. (SILVA, 2017a).

Ou seja, é preciso conhecer as regras do jogo antes do início da partida. Continua o referido autor:

As condutas dos atores processuais, assim como nos jogos, são tomadas conforme as regras pré-estabelecidas para o jogo.

Portanto, é imprescindível que [a] parte tenha ciência das consequências jurídicas do ajuizamento do processo ou da defesa apresentada, com a possibilidade de previsibilidade para avaliação das condutas processuais a serem adotadas.

Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação que não estabelecia a obrigatoriedade de pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no âmbito da Justiça do Trabalho, fossem surpreendidos com a condenação ao pagamento da referida parcela em benefício da parte contrária, com a aplicação do novo art. 791-A da CLT. Tal conduta implicaria em afronta ao disposto no art. 10, CPC/15, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal. (SILVA, 2017a).

E, como já pontuado, **também o empregador pode ser duramente penalizado** caso seja condenado ao pagamento de honorários de sucumbência que, ao tempo da contestação, da audiência ou do recurso, não imaginava ser possível. Dito de outra maneira, se o empregador soubesse que poderia haver essa condenação, aumentando em até 15% o valor de seu débito, poderia ter avaliado melhor a possibilidade de celebrar um acordo. Igualmente, poderia ter sopesado um pouco mais o risco de recorrer, porque poderá obter a absolvição da condenação de uma verba cuja imposição considera totalmente injusta, mas, em contrapartida, diante do recurso adesivo do trabalhador, ser condenado ao pagamento de honorários de sucumbência sobre **todos os demais capítulos** da condenação:

Como observamos alhures, em boníssima hora o E. Tribunal Superior do Trabalho normatizou que 'a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais', no processo do trabalho, 'será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017', subsistindo, nas demandas ajuizadas anteriormente a esta data, 'as diretrizes do art. 14 da Lei n. 5.584/1970 e das Súmulas n. 219 e 329 do TST', no art. 6º da Instrução Normativa n. 41/2018.

Para nosso goáudio, foi exatamente a tese que sustentamos na 1ª edição desta obra, na companhia da melhor doutrina a respeito do tema. (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 313).

Convém, pois, definir com clareza os **fundamentos** pelos quais deve prevalecer a tese da **não aplicação** do novo regramento às demandas propostas até o dia 10.11.2017, não somente por um senso de equidade - que já seria o bastante -, mas também porque assim recomenda a **lógica do razoável**, que deveria nortear toda interpretação jurídica, em especial a relacionada ao direito transitório.

### 3.1.1 A teoria do mínimo existencial

O primeiro fundamento a ser esgrimido é o que toca à ideia do **mínimo existencial**, uma máxima no campo do direito internacional dos direitos humanos. Ora, se o trabalhador tem, para além dos direitos fundamentais inerentes à sua condição humana - os chamados direitos de liberdade ou de primeira dimensão -, **direitos sociais imprescindíveis** no megacampo da relação de trabalho, não pode o legislador editar uma lei que suprima tais direitos e, se o fizer, cabe ao intérprete mais destacado - o juiz, considerando-se que sua primeira tarefa é a de assegurar a plenitude dos direitos fundamentais - encontrar no vasto arcabouço das teorias jurídicas, teses que invalidem a normativa recente, ou que pelo menos amenizem seus efeitos deletérios. Em suma, se o trabalhador tiver que suportar a retirada de valores de créditos de natureza eminentemente alimentar para satisfazer o crédito de honorários de sucumbência em prol do advogado do empregador - a despeito de sua natureza igualmente alimentar -, isso, ao fim e ao cabo, implica em **retirada de valores básicos**, essenciais à sobrevivência digna do trabalhador e de sua família. Isso, por certo, desencadeará uma **grave violação à garantia do mínimo existencial**.

Como se trata de uma doutrina densa, permito-me transcrever neste breve artigo uma síntese da explanação que fiz em obra na qual tratei do tema (SILVA, 2008, p. 73-78):

Procurando identificar esse mínimo existencial social, Robert Alexy (ALEXY, 2002, p. 495) se refere ao direito a uma **moradia simples**, à **educação escolar**, a uma **formação profissional** e a um *standard* mínimo de **assistência médica**. Cançado Trindade (TRINDADE, 1993, p. 99-100) faz alusão a 'grupos vulneráveis', aos quais o direito internacional dos direitos humanos deve propiciar uma proteção especial, diante da urgência do atendimento de suas **necessidades humanas básicas**. E anota: 'Com efeito, a formulação do conceito de necessidades básicas (*basic needs*) remonta à Conferência Mundial da OIT sobre Emprego, Distribuição de Renda e Progresso Social, realizada em Genebra em

junho de 1976, com a participação de delegações tripartites (representantes de governos, empregadores e empregados) de 121 Estados-membros. Ante o alarmante problema global do empobrecimento de vastos segmentos da humanidade (pobreza e desemprego), a Conferência desenvolveu a idéia central de que as políticas de desenvolvimento econômico e social devem redirecionar-se para o atendimento das necessidades básicas das populações’.

Definiu-se que **as necessidades básicas** compreendem uma alimentação adequada, moradia, vestuário, água potável, saneamento, transporte público, **saúde**, educação e acesso à cultura.

[...] A satisfação dos chamados direitos sociais, na implantação de um **autêntico** Estado social de Direito, é o caminho mais seguro para **a concretude da teoria do mínimo existencial**. Pelo menos a satisfação dos direitos básicos dos trabalhadores, empregados ou não, aqui incluídos os benefícios previdenciários, bem como do direito à saúde - e em particular do **direito à saúde** dos trabalhadores - e do direito à educação gratuita no nível fundamental. Sem a realização dos direitos sociais que configuram o chamado **patamar civilizatório mínimo**, na feliz expressão de Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, 2005, p. 1321), não há falar em direitos humanos ‘sociais’ ou de ‘segunda geração’, os quais desempenham dupla função, de limitar a autonomia do mercado e, em consequência disso, de **materializar a justiça distributiva**, especialmente por meio de um sistema de prestações e serviços públicos, para a satisfação das necessidades básicas da população.

[...] **Em suma**, pode-se afirmar que **a Constituição brasileira definiu muito bem o tal mínimo existencial social**, quando no seu art. 6º consagrou os direitos sociais à educação, **à saúde**, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança (social), à previdência social, à proteção da maternidade e da infância, e ainda à assistência social aos desamparados. Mais rigorosa ainda quando elencou as **necessidades vitais básicas** dos trabalhadores, urbanos e rurais, e de sua família, no inciso IV do seu art. 7º, as quais são identificadas como sendo a moradia, a alimentação, a educação, **a saúde**, o lazer, o vestuário, a higiene, o transporte e a previdência social, razão pela qual o salário-mínimo fixado por lei **deveria** atender a todas estas necessidades, simplesmente porque **vitais**.

Bem se vê, portanto, que, na medida em que valores que seriam destinados ao pagamento de saldo de salário, verbas rescisórias e até mesmo horas extras e demais adicionais legais - verbas cuja natureza

alimentar é indiscutível - sejam destinados ao pagamento de honorários de sucumbência em favor do advogado do empregador - na sucumbência recíproca -, isso implica, ao fim das contas, em **retirada de valores do patrimônio mínimo do trabalhador**. Por isso, ainda que se entenda constitucional essa “compensação”, ela não pode, em absoluto, ser aplicada nos processos que já estavam em curso quando da entrada em vigor do art. 791-A e §§ da CLT, porque, repita-se uma vez mais, o trabalhador não tinha a menor ideia de que, mais tarde, poderia ser punido pela sucumbência em parte dos pedidos formulados.

Não por outra razão, um dos principais fundamentos pelos quais se postula a declaração de inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A referido é justamente a **grave violação à garantia do mínimo existencial**. Nos termos da ADI 5766:

[...] créditos trabalhistas auferidos em demandas propostas por trabalhadores pobres assumem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, inciso III) [da CF/1988]. ‘Essas verbas trabalhistas, marcadas pelo caráter alimentar, não diferem das prestações estatais de direitos sociais voltadas à garantia de condições materiais mínimas de vida à população pobre, a que o STF confere natureza de mínimo existencial’, destaca [o ex-Procurador-geral da República Rodrigo Janot]. (BRASIL, 2017).

### 3.1.2 Os princípios da causalidade e da vedação da decisão surpresa

O segundo fundamento é o próprio **princípio da causalidade**, de ordem processual, já estudado anteriormente. Ora, a ideia de sucumbência tem como premissa básica uma certa punição ao demandante que não tinha razão, como autor, réu ou terceiro interveniente, por onerar a parte contrária com despesas processuais e fazê-la suportar as agruras de um processo judicial, moroso e repleto de armadilhas formais, bem como por ocupar tempo indevido do Judiciário, assoberbado de processos de modo a não cumprir sua missão a tempo e modo. Destarte, não está na própria sucumbência o fundamento essencial da base da condenação, mas na **própria origem da demanda ou da resistência** à postulação, ou seja, na própria causa do processo - por isso, **princípio da causalidade**, tão pouco estudado no segmento justrabalhista, talvez porque ainda não houvesse a aplicação genérica do princípio da sucumbência antes da Lei da Reforma Trabalhista.

Em certa medida, quando o juiz aplica o regramento novo sobre honorários de sucumbência num processo em que a expectativa a

essa condenação fosse ínfima, colhe a parte sucumbente de surpresa, até porque toda a discussão travada anteriormente partia de uma premissa completamente distinta - teses a favor ou contra a aplicação da Súmula n. 219 do TST -, pois, por óbvio, a discussão sobre o regramento do art. 791-A e §§ só teve início com a Lei da Reforma Trabalhista, não antes de sua vigência, nos casos concretos.

Daí que o terceiro fundamento é justamente o **princípio da vedação da decisão surpresa**, insculpido como norma fundamental de todo o sistema processual brasileiro, mais precisamente nos arts. 9º e 10 do CPC/2015. Sobre esse importante princípio, assim tem se manifestado a doutrina:

Os arts. 9º e 10 do NCPC também inovam na ordem legal processual civil, não tendo equivalentes perfeitos no CPC de 1973. E, na mesma linha do art. 7º do NCPC (*supra*), recrudescem a garantia do contraditório no contexto das decisões judiciais. Sua finalidade básica é **evitar as 'decisões-surpresa'** (também denominadas de '**decisões de terceira via**'). (WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, 2015, p. 81).

Pela literalidade do texto do art. 9º, nenhuma decisão prejudicial aos interesses de uma das partes processuais poderia ser prolatada sem a **prévia oitiva** dessa mesma parte. Em decisões judiciais que imponham alguma sucumbência, portanto, o contraditório haveria de ser sempre **prévio**, ressalvadas três exceções: **(a)** as tutelas de urgência (arts. 300 a 310 do NCPC); **(b)** as tutelas de evidência, mas somente aquelas previstas no art. 311, II e III [...]; **(c)** a decisão prevista no art. 701 do NCPC [= **mandado liminar em ação monitória**]. (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2016, p. 35-36).

Como não há espaço para nenhuma das três exceções na questão ora analisada, a toda evidência, o juiz, desembargador ou ministro que pretenda impor condenação em honorários de sucumbência nos processos que já estavam em andamento em 11.11.2017 deverá, no mínimo, **oportunizar às partes manifestação prévia sobre a temática**, para somente depois impor a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência. Assim, não haveria surpresa à parte sucumbente, que desde logo e com mais tempo ao preparar seu recurso contra a decisão respectiva, poderia explanar todos os seus argumentos contrários à condenação, tendo assegurado, portanto, o **princípio do contraditório**.

### 3.1.3 A lógica do razoável

Poder-se-ia trazer à colação ainda **um fundamento de ordem hermenêutica**, por não ser nada razoável que se aplique uma legislação punitiva de forma retroativa. Todas as regras de hermenêutica caminham na direção de impedir essa aplicação. A razão fundamental de se impor a condenação em honorários de sucumbência é a de impor uma penalidade ao demandante que não tinha razão jurídica, mas por ter dado causa à demanda, conforme já exposto em linhas pretéritas. Daí que não se mostra adequado, num sistema de justiça, impor penalidade a quem não tinha dever legal de prevê-la, simplesmente por desconhecê-la. Mais, por estar respaldado por entendimento sumular da mais alta Corte Trabalhista, *ex vi* de sua Súmula n. 219, tantas vezes aqui mencionada. **A interpretação há de ser coerente e justa:**

A propósito, o grande jusfilósofo Recaséns Siches (SICHES, 1959, p. 660-663) propõe que ‘a única proposição válida que pode ser emitida sobre a interpretação é a de que o juiz, em todos os casos, deve interpretar a lei precisamente do modo que conduza à solução mais justa para resolver o problema apresentado à sua jurisdição’. De modo que o exercício do *logos de lo razonable* ou *de lo humano*, ‘aplicado à interpretação jurídica, supera a pluralidade de métodos’ de interpretação. Diante de qualquer caso, **fácil ou difícil**, o juiz deve proceder com bom-senso, verificando a realidade e os sentidos dos fatos, buscando os valores nos quais se inspira o ordenamento jurídico positivo, ou até mesmo complementando esses valores, com a produção de outros, em harmonia com o referido sistema. E, assim, conjugando todos esses princípios, chegar a **uma solução satisfatória**, considerando-se como tal a decisão no sentido ‘do que o ordenamento jurídico considera como senso de justiça’. O **cerne da questão** está, pois, em compreender que o conteúdo jurídico das normas prescritivas, proibitivas ou permissivas não pertence ‘ao pensamento regido pela lógica de tipo matemático, pelo racional’, mas a outro campo do pensamento, que está regido por outro tipo de lógica, pela **lógica** de *lo razonable*, *de lo humano* ou da razão vital e histórica. (SILVA, 2017b, p. 182-186).

Se assim deve ser com a interpretação do sentido e alcance das normas de caráter prescritivo, proibitivo ou permissivo, quanto mais com a averiguação das **normas punitivas**, ainda mais quando se trata de uma questão relacionada ao direito intertemporal. Portanto, o que se deve buscar nessa temática é a interpretação razoável, justa, equânime.

### 3.1.4 O princípio da dignidade humana

Enfim, exsurge o **fundamento ontológico** de todo o sistema jurídico, o **princípio da dignidade humana**. Por mais que soe estranho invocar esse princípio geral, havendo ainda a crítica de que ele não deve ser invocado de maneira açodada, como se fosse um remédio para todos os males do jurídico, toda vez que a interpretação da norma - ou de sua aplicação no tempo - conduza a um estrangulamento de direitos fundamentais, sobretudo se essenciais à sobrevivência digna das pessoas, haverá espaço para se buscar o princípio-guia, por não ser aceitável sua violação.

Nem se objete que se trata de uma questão processual, primeiro, porque os honorários de sucumbência pertencem ao campo do chamado direito material-processual; segundo, porque, na realidade cruenta da vida, a fatia suprimida do crédito alimentar do trabalhador para o adimplemento dos honorários de sucumbência do advogado do empregador - em processos nos quais ele jamais poderia imaginar tal situação jurídica, repita-se quantas vezes for necessário - implica, de fato, em **supressão de parte considerável de ingressos imprescindíveis à sua sobrevivência digna** e de sua família, como já se afirmou.

Enfim, por todos esses fundamentos, penso que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho somente será possível nas **ações aforadas a partir de 11.11.2017**. Do contrário, insistindo-se pura e simplesmente no princípio da sucumbência, o juiz do trabalho estará atentando contra o **princípio da causalidade**, o princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em último grau, contra o **princípio da dignidade humana** (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 312).

### 3.2 Honorários de sucumbência na fase recursal

A despeito dos fundamentos antes analisados, pode ser que a jurisprudência incline-se pela aplicação imediata do regramento do art. 791-A e §§ da CLT aos processos em curso, desafiando uma análise mais acurada das teorias aplicáveis nas fases processuais subsequentes, mormente nas fases recursal e de cumprimento de sentença (ou de execução). Neste tópico, passo ao exame da primeira questão. No seguinte, virá a investigação quanto ao procedimento executivo.

No que concerne ao direito transitório, a **fase recursal** normalmente é regida pela lei vigente ao tempo da publicação (entrega) da decisão objeto de recurso.

Nery observa que há **duas situações** a serem observadas: 1ª) quanto ao **cabimento** e à **admissibilidade** do recurso aplica-se a lei vigente à época da prolação da decisão, explicando que a data da decisão de primeiro grau é a da entrega em cartório (e não a da publicação no diário oficial), enquanto o marco temporal em segundo grau é a data da sessão de julgamento; 2ª) quanto ao **procedimento** aplicável, o recurso é regido pela lei vigente na data da efetiva interposição do recurso (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 228-229).

Com efeito, tratando-se o recurso de uma retomada do curso do processo em direção à instância superior - em regra - para que nesta se possa rever a decisão anteriormente tomada, questionada quanto à sua validade e/ou correção material - postulações de anulação e/ou de reforma -, não podem as partes ser surpreendidas com a supressão de possibilidade recursal quando já prolatada a decisão. Em tempos de PJe - Processo Judicial eletrônico - de se entender como data da decisão aquela na qual o texto respectivo é inserido no sistema, não a data da publicação, como adverte Nelson Nery. Tampouco se pode alterar o **procedimento recursal** depois de já interposto o recurso. Daí que, interposto o recurso no processo do trabalho, antes de 11.11.2017, não se poderia, em absoluto, aplicar o novo regramento de honorários de sucumbência no processo em curso, pelos mesmíssimos fundamentos já amplamente investigados nos tópicos anteriores. Seria uma surpresa desagradável ao recorrente e/ou ao recorrido, que não tinham a menor expectativa, até então, de serem apenados com mais essa despesa processual:

A propósito, a respeito de custas e depósito recursal, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, nos arts. 4º e 20 da Instrução Normativa n. 41/2018, disciplinou que: 1º) a regra do art. 789, *caput*, da CLT será aplicável tão somente às decisões - interlocutórias, sentenças, acórdãos - 'proferidas a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017', no que se refere às **custas processuais** (art. 4º); 2º) a longa normativa dos §§ 4º, 9º, 10 e 11 do art. 899 da CLT - com a redação dada pela Lei da Reforma Trabalhista -, deverá ser observada apenas quando se tratar de 'recursos interpostos contra as decisões proferidas a partir de 11 de novembro de 2017'. Bem se vê, portanto, que a **data da decisão** - e não de sua publicação no Diário Oficial - é que será tomada em conta para se averiguar questões relativas a **custas** - limite máximo - e **depósito recursal** - conta para depósito, correção monetária, redução pela metade ou isenção e, ainda, substituição por fiança bancária ou seguro garantia judicial. (SILVA; DIAS; FELICIANO; TOLEDO FILHO, 2018, p. 30).

A respeito dos honorários de sucumbência na fase recursal, o mesmo norte interpretativo deveria ser utilizado.

**Friso:** se a sentença foi prolatada a partir de 11.11.2017, a se adotar o princípio da sucumbência como único fundamento para a solução da intrincada questão de direito transitório, poderia ser aplicado o novel regramento, como tem decidido o STJ; nesse caso, por óbvio, seguindo o tribunal a mesma linha de raciocínio jurídico, poderia também aplicar as novas regras. E seria possível, adotando-se esse fundamento exclusivo, ao tribunal aplicar essas regras no recurso interposto a partir de 11.11.2017, ainda que a sentença não as tivesse aplicado anteriormente. Contudo, o tribunal **jamais poderia aplicar** o regramento do art. 791-A e §§ aos recursos interpostos **até 10.11.2017**, porque no procedimento respectivo não havia a menor expectativa de que, de súbito, fosse a instância superior apenar o recorrente - ou o recorrido - com a condenação em honorários de sucumbência. Se a parte pudesse antever essa situação, poderia optar por não interpor o recurso cabível.

É uma questão de justiça, não somente de regramento processual aplicável.

### 3.3 Honorários de sucumbência na fase de execução

Quanto ao procedimento executivo, interessantes questões surgem quanto ao direito intertemporal, nessa matéria dos honorários de sucumbência.

Em se tratando de **processo de execução** em sentido estrito, por exemplo, a execução de termo de conciliação firmado junto à comissão de conciliação prévia, valem os mesmos fundamentos expostos anteriormente quanto à data do ajuizamento da ação. Se o processo de execução teve início antes de 11.11.2017, não há falar em honorários de sucumbência nos moldes do novo regramento da CLT; se a partir daquela data, as partes já sabiam da vigência das novas regras. E essa diretriz aplica-se à execução de qualquer **título executivo extrajudicial**, não havendo espaço neste breve artigo para se enfrentar a questão de serem devidos ou não honorários de sucumbência nas demandas propostas pelo Ministério Público do Trabalho e pela União.

Poder-se-ia objetar que o legislador reformista não tratou de honorários de sucumbência na fase executiva, tanto que os parâmetros para a condenação referem-se basicamente ao valor da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido, ou ao valor atualizado da causa (*caput* do art. 791-A). Assim, não haveria o menor espaço para condenação em honorários de sucumbência no procedimento executivo, nem mesmo nas ações cognitivas propostas incidentalmente na execução. Teria havido um **silêncio eloquente** do legislador.

De partida, contra esses argumentos, de se pontuar um dado histórico. De todos sabido que a Lei da Reforma Trabalhista foi aprovada em tempo recorde, sem qualquer discussão com a sociedade ou com os atores sociais que militam na Justiça do Trabalho. Trata-se, em verdade, de uma lei feita às pressas, com uma atecnia exuberante, repleta de contradições, não havendo cientificidade alguma em se afirmar silêncio eloquente quanto a essa temática. Segundo, se o propósito era o de criar maior dificuldade à propositura de demandas, com a pecha de serem todas aventureiras, não se pode inocentar aquele que propõe uma demanda executiva sem razão - ou que se defende sem razão alguma -, devendo, pois, o instituto aplicar-se também nessas demandas. Terceiro, se o propósito foi o de premiar o advogado da parte que tinha razão, remunerando-se adequadamente seu trabalho, sobretudo se realizado com zelo e com emprego de tempo demasiado, não se pode ignorar o trabalho do advogado que milita nas causas executivas. Imagine-se uma execução de título extrajudicial proposta pela União, em cujo processo o advogado da empresa realiza um trabalho impecável, que culmina na declaração de nulidade ou de inexigibilidade do título, em sede de embargos à execução. Não haveria condenação em honorários de sucumbência nesse caso?

Alinhada a essa questão, surge a de serem ou não devidos honorários de sucumbência nos embargos à execução promovida pelo trabalhador ou na exceção de pré-executividade.

A respeito do tema, tomei uma decisão logo após a vigência da Lei da Reforma Trabalhista que, não sendo pioneira, talvez tenha sido uma das primeiras sobre essa intrincada questão. Tomo a liberdade de transcrevê-la, pois entendo que a sequência de argumentos seja necessária à compreensão de meu raciocínio jurídico. Eis a decisão:

#### **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

A Lei n. 13.467/2017 inseriu o art. 791-A na CLT, prevendo o cabimento de honorários de sucumbência no processo do trabalho. Penso que a referida condenação somente é possível nas ações aforadas a partir de 11.11.2017 (data da entrada em vigor da nova lei). [...] Ocorre que, na nova sistemática do processo civil restou ainda mais claro, após o advento do CPC/2015, que há possibilidade de o juiz arbitrar honorários de sucumbência nas fases processuais distintas, seja na fase recursal, seja na fase de cumprimento de sentença. Tanto é assim que o § 1º do art. 523 daquele Código prevê que o réu seja intimado, na pessoa de seu advogado (art. 513, § 2º, I), a pagar o valor da condenação no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10% e de honorários sucumbenciais de 10% sobre aquele valor.

Por conta disso, a jurisprudência do C. STJ se encaminhou no sentido de que não há possibilidade de condenação em honorários de sucumbência - ou de majoração de honorários já arbitrados anteriormente - na fase de cumprimento de sentença, exatamente porque esses honorários já são arbitrados no início da referida fase. De modo que seriam arbitrados honorários de sucumbência na fase de cumprimento apenas se o impugnante ou até um eventual excipiente - exceção de pré-executividade - fossem vencedores em sua pretensão, normalmente de extinção da execução em face de si. Além disso, a jurisprudência admite a majoração daqueles honorários de 10%, caso o réu pratique artimanhas para furtar-se ao cumprimento da obrigação, aumentando a carga de trabalho do advogado do credor.

Acontece que a defesa do executado, no processo do trabalho, não é feita por simples impugnação, cuja previsão legal vem inserida no art. 525 do CPC/2015, mesmo porque a jurisprudência do C. TST não vem acolhendo a aplicação, nesta seara, dos artigos inseridos no Código de Processo Civil quanto ao cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa.

No processo do trabalho, por força do art. 884 da CLT, a defesa do executado é feita por meio dos embargos à execução, os quais teriam natureza de ação autônoma e, sendo assim, entendo cabível, no momento de seu julgamento, o arbitramento dos honorários de sucumbência. Explico: se no início da execução o Juiz do Trabalho não arbitra honorários de sucumbência para o caso de o devedor, citado na forma do art. 880 da CLT ou intimado nos termos do art. 523 do CPC, não pagar a dívida no prazo de 48 horas ou de 15 dias, respectivamente, não é possível que, uma vez opostos embargos à execução, demanda incidental de caráter cognitivo, o juiz não possa arbitrar honorários de sucumbência em favor do advogado do reclamante, que terá um sobretrabalho na defesa de seu cliente, não só na impugnação aos embargos, mas também ao ter que postular medidas executivas na sequência, diante da nova redação conferida ao art. 878 da CLT.

Dito tudo isso, considerando-se que os presentes embargos foram opostos em **13.11.2017**, é de se aplicar a diretriz anteriormente explanada.

Sendo assim, observando os critérios estabelecidos no art. 791-A, § 2º, da CLT, condeno o embargante ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência em prol do advogado do reclamante, **no percentual de 10%**. Considerando que o valor líquido homologado foi fixado em **R\$ 144.760,12** e o valor líquido constante dos

cálculos da ré juntados com os embargos à execução foi no importe de **R\$ 98.637,39**, entendo que a reclamada é sucumbente na pretensão de ver o valor da liquidação diminuído em **R\$ 46.122,73**.

Assim, **fixo os honorários de sucumbência, pela ré, em favor do advogado do(a) reclamante, no valor de R\$ 4.612,27 em 31.7.2017 (data dos cálculos). Observe a Secretaria.**

Em suma, no **processo civil** não há dúvida quanto ao cabimento de honorários de sucumbência nas execuções de título extrajudicial (art. 827 e §§ do CPC) e também na fase de cumprimento de sentença (art. 523, § 1º, do CPC). Também não resta dúvida de que os honorários arbitrados de início podem ser majorados posteriormente, sobretudo quando **rejeitados os embargos à execução** (regra clara do § 2º do citado art. 827).

Já no **processo do trabalho** não é aplicável sequer a multa de 10% preconizada no § 1º do referido art. 523 - segundo tese jurídica fixada pelo Pleno do E. TST em sede de IRRR - Incidente de Recurso de Revista Repetitivo - nos autos do Proc. n. TST-IRR-1786-24.2015.5.04.0000 -, não sendo possível, portanto, que o juiz do trabalho cite (ou intime) o reclamado para pagar a quantia apurada em liquidação de sentença no prazo legal, sob pena de honorários de sucumbência de 10% sobre o referido valor. Entretanto, como é largamente sabido, há **inúmeros embargos à execução**, no processo do trabalho, opostos muitas vezes para procrastinar a solução definitiva do processo. O índice de **rejeição** dos embargos à execução e dos subsequentes agravos de petição é enorme, havendo o Judiciário de encontrar uma solução hermenêutica que torne mais onerosa essa prática de devedores contumazes, além de **premiar** o advogado do reclamante que tem um **sobretabalho** para impugnar os embargos e contraminutar os agravos de petição, tendo de explicar a todo momento ao seu cliente por que, finalmente apurado o valor de seu crédito, ele não recebe o que a Justiça já reconheceu.

Como se não bastasse, conquanto discutível a natureza jurídica dos embargos à execução, penso que, no processo do trabalho, eles continuam tendo a feição de uma ação - ação constitutiva (ou desconstitutiva), na lição de Manoel Antonio (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 2240) -, quando menos, de uma **demanda cognitiva incidental** na fase executiva. Nada justifica, pois, que não haja condenação em honorários de sucumbência no julgamento dos embargos à execução opostos a partir de 11.11.2017. Por coerência, se o trabalhador opuser impugnação à “sentença” de liquidação e sua pretensão revelar-se infundada, também deve arcar com honorários de sucumbência em favor do advogado do empregador, em percentual a ser calculado sobre a diferença entre o valor que apresentar na impugnação e o valor correto da dívida.

Enfim, na **exceção de pré-executividade**, tal como se dá no processo civil - embora lá a medida tenha perdido a sua importância diante da inexigibilidade de garantia do juízo para a oposição da impugnação, de acordo com o *caput* do art. 525 do CPC/2015, a não ser na hipótese do § 11 deste mesmo artigo -, de se observar a data da propositura da exceção para que se possa aplicar o novo regramento do art. 791-A e §§ da CLT. Contudo, somente haverá condenação em honorários de sucumbência se o excipiente for vencedor, porque nesse caso a decisão teria cunho de definitividade, desafiando, por isso mesmo, a interposição de agravo de petição. Se rejeitada a exceção, como é sabido, a decisão seria interlocutória, tanto que a matéria poderia ser renovada em sede de embargos à execução, nestes, sim, havendo espaço para honorários de sucumbência, em conformidade com os parâmetros já examinados.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto exposto até esta parte, de se concluir que, em regra, a normativa da Reforma Trabalhista aplica-se aos processos em curso, **a partir de 11.11.2017**, sobretudo na fase de conhecimento, em primeiro grau de jurisdição.

Contudo, há de se preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas quando da entrada em vigor da Lei n. 13.467. Por isso, proponho que a doutrina e a jurisprudência criem **barreiras de contenção** em busca da preservação dos princípios ontológicos do processo do trabalho, mormente quanto às intrincadas questões que envolvem o instituto dos honorários de sucumbência.

Com efeito, apesar da inconstitucionalidade da regra que possibilita a “compensação” do crédito do trabalhador para o pagamento de honorários de sucumbência em prol do advogado do empregador, a se admitir essa possibilidade, que a regra seja aplicada somente nas **ações propostas a partir de 11.11.2017**, prestigiando-se o **princípio da causalidade**, o princípio da vedação da decisão surpresa (arts. 9º e 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em última medida, o **princípio da dignidade humana**.

E, para que não haja afronta ao **princípio da irretroatividade da lei**, na fase recursal, de se verificar a **data da interposição do recurso**, porque o procedimento recursal deve ser regido pela lei vigente nessa data. Na fase executiva, tratando-se de processo de execução de título extrajudicial, de se observar a **data da propositura da demanda** e, nas demandas incidentais de embargos à execução ou de exceção de pré-executividade, o marco para a aplicação do novo regramento do art. 791-A e §§ da CLT deve ser também a data da oposição da medida impugnativa,

não sendo adequada a tese de não haver possibilidade de condenação em honorários de sucumbência nessas demandas, pelos fundamentos já expostos.

Enfim, é esperar para ver como a jurisprudência trabalhista vai se comportar quanto a essas delicadas questões, na expectativa de que a interpretação mais razoável e consentânea com a **natureza jurídica dos institutos** e os **princípios** da celeridade e da efetividade prevaleçam, recordando-se que a única razão de ser do Direito é a de propiciar o devido respeito à **dignidade da pessoa humana**, ainda que com uma dose de segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução da 1. ed. Theorie der Grundrechte, por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça. **Notícias STF**, Brasília, 28 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>. Acesso em: 23 set. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. O STJ decidiu: a sentença é o marco temporal-processual para identificação das normas a regular os honorários. E aí? **Migalhas**, Ribeirão Preto, 29 jun. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241493,31047-O+STJ+decidiu+a+sentenca+e+o+marco+temporalproc+essual+para>. Acesso em: 23 set. 2017.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Porrúa, 1959.

SILVA, Fabrício Lima. Aspectos processuais da reforma trabalhista. **JOTA**, São Paulo, 19 jul. 2017a. Disponível em: <https://jota.info/artigos/aspectos-processuais-da-reforma-trabalhista-20072017>. Acesso em: 23 set. 2017.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Magistratura e temas fundamentais do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Magistratura e temas fundamentais do direito**: reforma trabalhista e direito intertemporal. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017b.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**: atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016. V. 1. Parte geral: arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Comentários à lei da reforma trabalhista**: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direito processual do trabalho**: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. V. III. São Paulo: LTr, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

# O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NA ERA DA CONEXÃO PERMANENTE

## THE ORGANIC HARASSMENT AT WORK IN THE AGE OF PERMANENT DIGITAL CONNECTION

MORAIS, André Oliveira\*

NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira\*\*

**Resumo:** A competitividade global das organizações e os avanços das tecnologias digitais colocam o trabalhador em permanente conexão com o trabalho. A promoção do ambiente de trabalho competitivo com estabelecimento de metas inatingíveis e atribuições inexecutáveis que levem o trabalhador ao sacrifício de seu tempo (ou qualidade dele) destinado ao descanso, convívio social e familiar, projetos pessoais e lazer, configura o chamado assédio moral organizacional. A partir de um levantamento bibliográfico sobre o tema é possível perceber sua importância nas relações de trabalho contemporâneas, onde os tradicionais conceitos de poder empregatício e jornada de trabalho estão relativizados pela conectividade.

**Palavras-chave:** Assédio moral organizacional. Conexão permanente. Direito à desconexão.

**Abstract:** The global competitiveness of organizations and the advancement of digital technologies put the work relationships in situation of permanent connection. The promotion of the competitive work environment with the establishment of unattainable goals and attributions that are impracticable that lead the worker to the sacrifice of his time (or quality) destined to rest, social and familiar living, personal projects and

---

\*Mestrando em Direitos Sociais e Econômicos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal, Lorena-SP.

\*\*Professora Doutora no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal, Lorena-SP.

leisure, set up organic harassment at work. From a bibliographical survey on the subject, still in evolution in the doctrine, it is possible to perceive the importance of the subject in the contemporary labor relations, where the traditional concepts of work power and work day are relativized by connectivity.

**Keywords:** Organic harassment at work. Permanent connection. Right to disconnect.

## 1 INTRODUÇÃO

Os avanços digitais nas tecnologias da informação e análise de dados abriram uma nova corrida entre as organizações pelo aprimoramento das formas de produção com maior integração das informações e inovação digital em um cenário de competitividade global, onde sobrevivem aquelas que evoluem em relação à capacidade de produzir mais com menos custo.

A relação de trabalho contemporânea enfrenta o desafio da conexão digital permanente face à garantia da dignidade do trabalhador em sua condição humana com o convívio familiar e social, e a liberdade para viver plenamente o que desejar fora do ambiente e da jornada de laboral.

A integração cada vez mais intensa do homem com a máquina por meio das tecnologias digitais, indiscutivelmente favorável em diversos aspectos, desumaniza a gestão de produção das organizações. Percebe-se que quanto maior o acesso às conexões digitais, menor o acesso às pessoas. O distanciamento das pessoas e a integração de dados de produtividade é campo fértil para um ambiente de trabalho competitivo, o qual ganha ainda mais força com a infeliz situação do desemprego em nosso país.

As organizações pregam como atributos desejáveis em seus profissionais a autonomia, responsabilidade, resiliência e foco em resultados, mas estabelecem metas irracionais e atribuições inexecutáveis no limite da jornada de trabalho. Nesse cenário, o trabalhador muitas vezes sacrifica seu tempo de descanso e lazer (ou a qualidade dele) para se manter em conexão permanente com suas atividades e responsabilidades no trabalho.

O assédio moral organizacional e a conexão permanente dos trabalhadores relativizam os tradicionais conceitos de poder empregatício e jornada de trabalho, passando a ser temas que merecem especial atenção do Direito, haja vista que têm por consequência danos gravíssimos na vida do trabalhador, tanto de ordem social e familiar quanto em sua saúde física e mental.

O dano causado pelo sacrifício do tempo destinado à vida pessoal atinge sua existência e condição humana, com consequências permanentes e inestimáveis em sua vida e na das pessoas de seu convívio. O tempo pode ser medido, mas o tempo que se perde da nossa limitada existência humana não tem preço. Esse dano existencial precisa ser estudado no contexto da revolução digital nas relações de trabalho, abordando a necessária proteção do trabalhador contra o assédio moral organizacional.

## 2 O SOFRIMENTO PELA CONEXÃO PERMANENTE

No contrato laboral o trabalhador, de certa forma, vende parte de seu tempo. Na escravidão o que se compra é o próprio sujeito, ao passo que no trabalho assalariado é a sua energia física e mental, o que representa tempo de vida (AMADO, 2018, p. 255). Apenas na vida extraprofissional é que o trabalhador recupera sua autodisponibilidade.

Mas não podemos deixar de reconhecer que o trabalho também é instrumento de realização do homem em sociedade. Assim, podemos refletir:

A noção de sofrimento está presente na origem da palavra 'trabalho', que se associa aos termos latinos *tripalium* e *trabacula*, cujos significados estão ligados à tortura, a algo penoso e, até mesmo, indesejado. Por outro lado, como pensar a vida sem o trabalho, atividade que constrói o homem e a sociedade e que tem um papel fundamental para a saúde e para a qualidade de vida das pessoas. Esta atividade que caracteriza a vida humana, identificando o homem e fazendo o elo com a vida social, é sempre uma mistura entre prazer e sofrimento. (ALVARENGA; MARCHIORI, 2014, p. 23).

A existência humana é muito mais ampla que a relação de trabalho e o plano profissional. Ao Direito do Trabalho, então, além da proteção do trabalhador na relação laboral, cabe garantir que a vida do trabalhador não se reduza ao plano profissional, garantindo-lhe condições para se dedicar às outras dimensões da sua vida.

O trabalho nos dias atuais, em virtude do avanço tecnológico que facilitou o desenvolvimento dos processos e a comunicação entre as pessoas, independentemente do local onde se encontrem, ocasionou uma vinculação quase constante do trabalhador em relação ao trabalho, acarretando consequências físicas e psíquicas em sua saúde, comprometendo seu relacionamento familiar, atividades de lazer e, conseqüentemente, sua felicidade e qualidade de vida (NASCIMENTO; VILLAS BOAS, 2016, p. 34).

O modelo contemporâneo das relações de trabalho em face das novas tecnologias é de conexão permanente, com exigência de dedicação quase ilimitada. O receio da perda do emprego ou de prejuízo na evolução da carreira faz com que o trabalhador não ouse se desconectar.

Surge então a necessidade de proteção do trabalhador fora do ambiente laboral, mas remotamente conectado, dividindo o seu tempo de lazer, convívio social e familiar e projetos de vida pessoal com a atenção permanente ao trabalho. Essa situação de hiperconectividade imposta na relação de trabalho contemporânea passa a ser um dos grandes pontos de atenção do Direito:

Os problemas derivados da hiper-conectividade que caracteriza os nossos tempos são numerosos, complexos e, claro, nada fáceis de resolver. Nem o Direito poderá, aliás, aspirar a resolver todos esses problemas. Como falar em desconexão a alguém que já não se conecta nem se desconecta, mas vive permanentemente conectado? Ainda assim, o Direito pode ajudar. Pode, desde logo, sinalizar. E aqui, parece-nos, o atual papel do Direito do Trabalho, neste novo contexto digital, deve continuar a ser aquele que, desde a sua origem, o anima: limitar o tempo de trabalho, preservar períodos de repouso, salvaguardar a saúde do trabalhador e garantir a autodisponibilidade (*rectius*: a liberdade) deste, para que ele não se veja reduzido à unidimensional condição de força produtiva e assim despedido dos múltiplos atributos da sua humanidade (AMADO, 2018, p. 266).

Os efeitos da competitividade global e das inovações digitais nos modos de produção e organização das empresas vêm interferindo na saúde dos trabalhadores não apenas com o desgaste físico, mas especialmente com o esgotamento mental. O silêncio ou sofrimento velado desses trabalhadores aumenta um sintoma negativo para a relação laboral, chamado presenteísmo. O termo tem por significado as situações em que pessoas trabalham adoecidas sem manifestar queixas e, geralmente, sem procurar tratamento, ao mesmo tempo que a doença agrava-se e se cronifica, e inevitavelmente o desgaste atinge também o desempenho profissional e torna grave fator de risco a acidentes de trabalho (ALVARENGA; MARCHIORI, 2014, p. 29).

A possibilidade de conexão com as ferramentas de trabalho fora do ambiente laboral relativiza os tradicionais conceitos de local de trabalho e horários de início e fim da jornada, fazendo com que a sujeição do trabalhador ao controle patronal ultrapasse esses limites.

A conexão remota do trabalhador a suas ferramentas de trabalho por meios digitais e fora da jornada de trabalho pode ser considerada

jornada extraordinária ou regime de sobreaviso quando o trabalhador apenas permanece em alerta, mas não realiza atividades. O mero fornecimento de meios de conexão remota pelas organizações sem o controle patronal não caracteriza o regime de sobreaviso, de acordo com o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho:

SÚMULA 428 DO TST. SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º, DA CLT (REDAÇÃO ALTERADA NA SESSÃO DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA EM 14.9.2012). RES. 185/2012, DEJT DIVULGADO EM 25, 26 E 27.9.2012. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. Desta forma, o uso de aparelhos tecnológicos apenas caracterizará sobreaviso se o empregado estiver em regime de plantão ou equivalente, aguardando eventual chamado para o serviço durante o período de descanso.

O sobreaviso disposto na Súmula n. 428 do TST é tratado apenas no plano da remuneração de jornada extraordinária de trabalho. No entanto, é importante destacar que a conexão permanente do trabalhador afeta direitos indisponíveis de saúde física e mental, convívio social e familiar e sua dignidade humana.

Ocorre que muitas vezes, embora fora da jornada laboral o trabalhador não esteja sujeito ao controle patronal explícito ou regime de plantão, situações de alta competitividade no ambiente de trabalho e imposição de metas e atribuições inexecutáveis na jornada ordinária forçam o trabalhador a se manter conectado em silêncio, situação conveniente aos interesses patronais. Por esse motivo é importante ressaltar o dever patronal de não conexão no período de descanso, estabelecendo uma trégua que permita ao trabalhador repousar e viver todas as dimensões da sua vida (AMADO, 2018, p. 264).

### **3 O DANO EXISTENCIAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO**

O conceito de dano existencial no âmbito trabalhista aplica-se quando ocorre a violação de direitos inerentes à relação de trabalho, em especial quando há sobrejornada habitual ou impossibilidade de desconexão do ambiente laboral, acarretando a redução da qualidade de vida ou o

prejuízo dos projetos pessoais do empregado (OLIVEIRA; GAMELEIRA, 2017, p. 48).

Como o próprio termo aponta, trata-se de um dano que atinge a existência do trabalhador como pessoa humana, que prescinde de inserção familiar e social com a liberdade e autonomia para viver todas as dimensões da sua vida sem o aprisionamento permanente às preocupações do trabalho.

O dano existencial define-se em uma alteração danosa à personalidade do trabalhador, que impõe uma renúncia forçada das ocupações de sua vida cotidiana e das suas relações interpessoais; a principal diferença em relação ao dano moral é que a lesão não é momentânea, pois tem repercussão permanente na vida da pessoa e destrói suas relações sociais e seu planejamento de vida (OLIVEIRA; GAMELEIRA, 2017, p. 51).

Cabe pontuar que o trabalhador, em razão da acirrada competitividade no mercado de trabalho, muitas vezes sujeita-se ao labor extraordinário por conexão remota às suas atividades sem que haja determinação expressa do empregador. Podemos dizer que se trata de uma forma velada de abuso do controle patronal ao demandar ao trabalhador resultados impossíveis de serem obtidos sem o sacrifício do horário de lazer, descanso e convívio familiar e social.

As consequências do dano existencial vão muito além da dimensão econômica do tempo perdido de sua vida (ou de sua qualidade). Por esse motivo, não há adicional remuneratório ou indenizatório que se aplique ao direito inalienável do trabalhador de ser livre para viver em plenitude sua condição humana.

Mesmo que o empregador remunere corretamente o empregado a título de jornada extraordinária laborada, havendo comprovação do prejuízo da vida afetiva e social do empregado, está caracterizado o dano existencial (OLIVEIRA; GAMELEIRA, 2017, p. 52).

Neste sentido, a submissão do trabalhador ao chamado terror psicológico (muitas vezes travestido), a que preço for, é inadmissível:

No contexto trabalhista, não é admissível que o empregado se sujeite psicologicamente ao empregador (conhecida por alguns como subordinação subjetiva), em troca de valor financeiro nenhum (salários ínfimos ou não). A troca que se espera no ambiente de trabalho é de respeito à dignidade humana do trabalhador e a concretização constitucional do verdadeiro valor social do trabalho (e não puramente econômico). (CALVO, 2013, p. 167).

Apesar das conquistas positivadas no ordenamento constitucional, ordinário e internacional, é difícil falar de irrenunciabilidade

a direitos fundamentais pelo trabalhador sem trazer à tona as reflexões sobre o valor social do trabalho e a posição do trabalhador na sociedade capitalista (RAMOS, 2015, p. 66).

Amartya Sen, com sabedoria aponta-nos um importante olhar sobre a liberdade que pode ser inserido no contexto dos danos existenciais:

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos - tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros. (SEN, 2011, p. 262).

O valor da liberdade ao ser humano existe em vários aspectos, inclusive nos de oportunidade e escolha. O cerceamento dessa liberdade nas relações de trabalho em conexão permanente do trabalhador às suas atividades retira-lhe suas condições de se projetar e promover como pessoa.

#### **4 O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL**

Os impactos econômicos, políticos e sociais advindos da introdução de novas tecnologias no ambiente de trabalho exigem do trabalhador um novo perfil, mais autônomo, flexível, competitivo, criativo e qualificado, resistente às pressões crescentes e angustiantes por aumento de produtividade e adaptado ao ambiente de trabalho desumanizado (CALVO, 2013, p. 154).

A redução da produtividade, o aumento do capital e a saturação do consumo em massa com redução dos lucros deram causa à crise do padrão fordista de produção. A partir de então a racionalização de máquinas e equipamentos, o aumento do controle sobre o trabalho, a qualificação do trabalhador apto a executar diversas funções e disposto a contribuir com sugestões que impulsionem o processo produtivo trazem novos paradigmas às relações de trabalho, não sendo possível deixar de reconhecer também a precarização do emprego, a terceirização da força de trabalho e o enfraquecimento do sindicalismo (LORA, 2017, p. 35).

O mundo do trabalho, ao invés de proporcionar ao homem os meios de sua emancipação, sujeita-o a mero ser que busca constantemente a sobrevivência, ao passo que a integração funcional leva ao trabalho destituído de sentido humano, como mero meio de produção (ARAÚJO; OURIQUES, 2009, p. 113).

Nesse contexto destaca-se o assédio moral organizacional, que consiste na sobrecarga de trabalho resultante de estratégia empresarial voltada à maximização da produtividade:

É inegável que cabe ao empregador o poder de direção em relação à organização e à fiscalização do trabalho, estando o empregado subordinado às ordens de seu superior. Contudo, devido aos diversos problemas de natureza econômica e financeira, sempre em busca da concretização e aumento do lucro, muitas empresas adotam modelos de gestão que promovem um ambiente de trabalho altamente competitivo, desequilibrado e estressante, caracterizando o chamado 'assédio moral organizacional'. (NASCIMENTO; VILLAS BOAS, 2016, p. 44).

Essa prática afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), da valorização social do trabalho (art. 1º, IV, CF/1988), da vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. art. 5º, III, CF/1988) e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF/1988).

Para a concretização da teoria dos direitos fundamentais nas relações do trabalho é imprescindível a proteção dos direitos dos trabalhadores face ao assédio moral organizacional e à hiperconectividade, buscando o equilíbrio dos interesses entre o capital e a energia de trabalho:

Se a ausência do trabalho ocasiona sofrimento e desesperança, principalmente diante do elevado índice de desemprego atual no país, talvez fosse correta a afirmação de que os profissionais que ocupam um espaço no mercado de trabalho sentem-se felizes e realizados. Infelizmente, porém, por diversas razões, essa premissa não é necessariamente verdadeira. Questões relacionadas às jornadas excessivas de trabalho, ao assédio moral organizacional e o avanço da tecnologia contribuem para o aumento do desgaste físico e emocional do trabalhador, também acarretando sofrimento ao profissional devidamente engajado no mercado de trabalho. (NASCIMENTO; VILLAS BOAS, 2016, p. 32).

A contextualização do direito fundamental do trabalho necessita de uma interpretação crítica que considere a integração da história às transformações e configuração das relações de trabalho contemporâneo,

estabelecendo a compreensão do trabalho de forma mais ampla e complexa que leva em conta as variáveis sociais, políticas, econômicas, culturais e jurídicas através do tempo (DELGADO, 2017, p. 59).

Como regente da vida em sociedade visando o bem comum, com a complexidade social, econômica, jurídica e política contemporâneas, cada vez mais se tornam necessários regramentos de proteção da pessoa humana que estabeleçam e fortaleçam direitos (MARTINEZ; COSTA, 2016, p. 239).

As vítimas de assédio moral organizacional trabalham em constante estresse, sujeitas a metas exageradas, comparações e humilhações que comprometem sua saúde física e emocional, em alguns casos engendrando doenças psicossomáticas como ansiedade, insônia, depressão e síndrome de *burnout* (NASCIMENTO; VILLAS BOAS, 2016, p. 45).

Há de se reconhecer que o eixo da constitucionalização e a primazia dos direitos fundamentais orientam a construção da ordem jurídica, e que a tutela das relações de trabalho é essencial à construção do estado de direito humanizado que, com estabilidade social, seja capaz de seguir o curso da evolução (JUCÁ, 2016, p. 14).

Somente com a adoção, pelas organizações, de uma gestão capaz de conjugar trabalho digno e zelo ao lazer e tempo livre do trabalhador é que a produtividade crescerá com o respeito à dignidade do trabalhador em sua plenitude humana. Os modelos de competitividade e controle de resultados inatingíveis, ao contrário, apenas acarretarão sofrimento ao trabalhador, comprometendo a qualidade do ambiente organizacional (NASCIMENTO; VILLAS BOAS, 2016, p. 47).

Em enriquecedor estudo sobre o trabalho decente, Avila e Pereira explicam:

A noção de trabalho sustentável está relacionada à ideia de trabalho decente. Com relação a este último, a OIT - Organização Internacional do Trabalho dedica parte de seus programas e discussões particularmente a esse objeto. De acordo com a OIT - Organização Internacional do Trabalho, a noção de trabalho decente converge para quatro objetivos estratégicos: (1) o respeito aos direitos no trabalho, (2) a promoção do emprego produtivo e de qualidade, (3) a extensão da proteção social e (4) o fortalecimento do diálogo social. (AVILA; PEREIRA, 2016, p. 278-279).

O trabalho digno, além da valorização pela sociedade de uma contribuição eficaz ao bem geral, inclui condições de liberdade e equidade, com o reconhecimento dos trabalhadores como sujeitos dotados de autonomia (AVILA; PEREIRA, 2016, p. 285). Essa perspectiva está intimamente ligada à liberdade para completa desconexão fora do trabalho.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho longe está do exaurimento do tema, mas acreditamos que possa contribuir ao fomento de novas reflexões sobre assunto tão sensível nas relações de trabalho contemporâneas.

Os sacrifícios pessoais em prol do suposto sucesso (ou mesmo sobrevivência) profissional desumanizam o trabalhador. Interessante refletir como os avanços tecnológicos não mudaram o propósito do Direito do Trabalho na proteção do trabalhador em sua condição humana. A máquina a vapor e a lâmpada incandescente deram início aos primeiros entraves entre capital e trabalho para limitação da jornada laboral. Atualmente, em nova roupagem, discutimos o impacto de uma jornada de atenção permanente ao trabalho em face das tecnologias digitais de conexão remota do trabalhador às suas atividades.

Por outro lado, novas dimensões dos direitos humanos desdobram-se, mas o direito fundamental à liberdade permanece como ponto de preocupação nas relações laborais face ao aprisionamento ao trabalho pela conexão permanente.

É indiscutível que as inovações tecnológicas no mundo digital têm muito a contribuir e se tornaram indispensáveis para a sociedade contemporânea. O que se deve proteger é a dignidade do trabalhador e seu direito à desconexão. O assédio moral organizacional revela-se como forma velada de aprisionamento virtual, na medida em que expõe o trabalhador à necessidade de se manter permanentemente conectado e atento ao trabalho em sacrifício da vida pessoal.

Os danos existenciais e à saúde física e mental do trabalhador e das pessoas de seu ciclo de convivência são inestimáveis, não havendo de se falar em reparação suficiente a título de remuneração do período de “sobreaviso”.

Para a empresa também existe prejuízo com a prática do assédio moral organizacional, uma vez que os trabalhadores passam a trabalhar adoecidos, em situação de *stress* e desmotivados, com redução da produtividade e da qualidade, e aumento do risco de acidentes.

Por esse motivo, ao nosso olhar, acreditamos que a proteção dos trabalhadores do assédio moral organizacional e dos danos existenciais pela conexão permanente é ponto de atenção do Direito do Trabalho, mas que apenas será concretizada por meio de uma consciência social.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; MARCHIORI, Flávia Moreira. Saúde mental e qualidade de vida no trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal**

**Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 28, p. 23-36, mar. 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/94956>. Acesso em: 28 nov. 2018.

AMADO, João Leal. Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 52, p. 255-268, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/141951>. Acesso em: 28 nov. 2018.

ARAÚJO, Gustavo Pinto de; OURIQUES, Helton Ricardo. Estudo sobre o trabalho e o tempo livre no capitalismo contemporâneo: uma abordagem empírica. **Acta Scientiarum. Human and Social Sciences**, Maringá, v. 31, n. 2, p. 113-121, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4025/actascihumansoc.v31i2.4290>. Acesso em: 28 nov. 2018.

AVILA, Maria Cristina Alves Delgado de; PEREIRA, Rosângela Maria. O respeito aos direitos do trabalhador como elemento integrante na consolidação do trabalho decente: digno e sustentável. **Revista Direito & Paz**, Lorena, v. 1, n. 34, p. 277-299, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 28 nov. 2018.

CALVO, Adriana. O assédio moral institucional e a dignidade da pessoa humana (estudo do assédio moral institucional sob a ótica dos direitos fundamentais). **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 2, n. 23, p. 153-174, out. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/95516>. Acesso em: 28 nov. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. *In*: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da república e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

JUCÁ, Francisco Pedro. Dimensões do trabalho humano e tutela jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 96, p. 169-193, jul./ago. 2016.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A reforma trabalhista à luz dos direitos fundamentais: análise da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 338, p. 32-46, ago. 2017.

MARTINEZ, Regina Célia; COSTA, Inmaculada Figols. O direito, a qualidade de vida no trabalho e a sociedade da informação: um programa para valorizar pessoas. **Revista Direito & Paz**, Lorena, v. 1, n. 34, p. 237-252, 2016.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; VILLAS BOAS, Regina Vera. Trabalho, lazer e felicidade: reflexos do trabalho contemporâneo na vida do trabalhador. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônica Clarissa Henning (Org.). **Fundamentos constitucionais das políticas públicas nos direitos sociais**. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Rebouças de Oliveira; GAMELEIRA, Kayo Henrique Duarte. O dano existencial nas relações de trabalho: o desrespeito à limitação legal da jornada e ao princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, v. 400, p. 47-64, abr. 2017.

RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiróz. Construção da igualdade nas relações de trabalho instrumentalizada pela negociação coletiva. **Revista do Ministério Público do Trabalho do RN**, Natal, v. 12, p. 65-95, set. 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

## **A ILICITUDE COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SUAS MODALIDADES E CAUSAS DE EXCLUSÃO. ESPECIAL DIFERENCIAL ENTRE A AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E O CONSENTIMENTO DO LESADO**

### **ILLICITUDE AS REQUIREMENT OF CIVIL LABILITY. THEIR MODES AND CAUSES OF EXCLUSION. SPECIAL DIFFERENTIAL BETWEEN SELF-PLACING AT RISK AND CONSENT OF THE INJURED**

**BOSCO, Carlos Alberto\***

**Resumo:** A responsabilidade civil, em linhas gerais, consiste na obrigação de reparação do dano causado por uma pessoa a outra. A aspiração de obrigar o agente fomentador ao correspondente ressarcimento e na devida proporção tem como princípio a realização da justiça, mormente quando o prejuízo é intencionalmente causado. Sendo assim, a responsabilidade civil, em última análise, funda-se em duas básicas premissas: além de resguardar a vítima, há imposição de necessária reprimenda ou sanção ao seu responsável. Com efeito, o Código Civil brasileiro prevê em seu art. 186 que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, cometerá ato ilícito”. Corolário desta previsão, é que deverá providenciar a reparação dos danos materiais e morais advindos de seu reprovável proceder, nos termos dos arts. 927 e seguintes do mesmo diploma. A ilicitude, que gera o direito à devida compensação ou satisfação dos malefícios suportados pela vítima, também se caracteriza quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187). De outro bordo, há situações também catalogadas na lei

---

\*Desembargador do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Vice-diretor da Escola Judicial do TRT-15. Especialista em Direito Civil, Comercial e Processual Civil. Mestre em Direito do Trabalho. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra.

que são consideradas excludentes de ilicitude; conseqüentemente, aptas para expungir o dever de reparar o dano, a exemplo dos atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (CC, art. 188, I e II). Pois bem. A temática que envolve a responsabilidade civil é sempre atual e aliciante. Pode ser apreciada sob o enfoque de violação de um direito de outrem, de desrespeito de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios, pela ocorrência do abuso de direito e pela proibição do *venire contra factum proprium*. Este conteúdo é justamente o quanto se pretende focar neste artigo, evidente que não com o propósito de encerrar o debate, mas, sim, de fomentar um exame aperfeiçoado, sobretudo para, com a contextualização do previsto na legislação portuguesa, que em vários aspectos se assemelha à brasileira, fornecer subsídios para efetiva averiguação das congruências existentes entre ambos os modelos, com especial observância às figuras do consentimento do lesado e da autocolocação em risco, situações vivenciadas especialmente em práticas esportivas, nas quais também se revela imperiosa a aplicação da responsabilidade civil.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Ilicitude. Consentimento do lesado. Autocolocação em risco.

**Abstract:** Civil liability, in general terms, consists in the obligation to repair the damage caused by one person to another. The aspiration of obliging the promoting agent to the corresponding compensation and in due proportion has as its principle the realization of justice, especially when the damage is intentionally caused. Thus, civil liability ultimately rests on two basic premises: in addition to protecting the victim, there is the imposition of necessary reprimand or sanction to its responsible. Indeed, the Brazilian Civil Code provides in its art. 186 that “the one who by willful act or omission, negligence or imprudence, violates right and causes harm to others, even if exclusively moral, shall commit an unlawful act”. Corollary of this provision, is that it shall provide the reparation of material and moral damages arising from its objectionable proceeding, pursuant to arts. 927 et seq. of the same diploma. Unlawfulness, which gives rise to the right to due compensation or satisfaction for the harm suffered by the victim, is also characterized when the holder of a right, in exercising it, exceeds the limits imposed by its economic or social purpose, good faith or good morals (CC, art. 187). On the other hand, there are situations also cataloged in the law that are considered exclude unlawfulness; consequently, able to extinguish the duty to repair the damage, such as acts performed in self-defense or in the regular exercise of a recognized right (CC, art. 188, I and II). Well then, the issue involving civil liability is always current and attractive. It may be assessed from the point of view

of infringement of another's rights, breach of the law intended to protect the interests of others, abuse of rights and the prohibition of *venire contra factum proprium* (prohibition of contradictory behavior). This content is precisely what is intended to focus on this article, it is evident that not with the purpose of closing the debate, but rather to foster an improved examination, especially to the contextualization of the provisions of Portuguese law, which in several respects is similar to the Brazilian one, provide subsidies for effective verification of the congruences existing between both models, with special regard to the figures of consent of the injured and self-place at risk, situations experienced especially in sports, in which the application of civil liability is also imperative.

**Keywords:** Civil Liability. Unlawfulness. Consent of the injured. Self-placing at risk.

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Na terminologia do Código Civil português, a responsabilidade civil designa um instituto inserto nas “fontes das obrigações”, segundo o qual, quando uma pessoa sofre prejuízos provocados por uma outra, pode ser ressarcida à custa do autor da lesão, acarretando aquilo que denomina “obrigação de indenização”<sup>1</sup>. A responsabilidade civil, então, consiste numa fonte de obrigações baseada no princípio da composição dos danos<sup>2</sup>.

No mesmo diapasão, os ensinamentos de Antunes Varela<sup>3</sup> ao afirmar que toda e qualquer pessoa lesada pode, através do ajuizamento de uma pretensão indenizatória, exigir ao autor o pagamento de todos os prejuízos sofridos. É dizer, em resumo:

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos sofridos por alguém. Trata-se de indemnizar os prejuízos de que esse alguém foi vítima. Fala-se de indemnizar porque se procura tornar o lesado indemne dos prejuízos ou danos, reconstituindo a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento causador destes. (JORGE, 1999, p. 44-45).

<sup>1</sup>MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, ano II, 2005, p. 349.

<sup>2</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. V. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 275.

<sup>3</sup>VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 10. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 518-ss.

No contexto de um apanhado geral, a responsabilidade civil tem nascedouro quando uma pessoa fica obrigada a reparar um dano sofrido por outra. O responsável é devedor e o lesado credor dessa obrigação. Trata-se de uma imposição que nasce diretamente da lei e não da vontade das partes, ainda que o responsável não tenha desejado causar o prejuízo. Com efeito, a ideia de reparação patrimonial de um dano privado é dominante, porque o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa prejudicada. Então, no âmbito das sanções civis, o que realmente importa é a restituição dos interesses lesados, daí que deve prevalecer o entendimento no sentido da configuração da ilicitude de acordo com o resultado<sup>4</sup>.

Colocado o tema nessa ótica, o propósito desta elaboração é enfrentar o aspecto da ilicitude como pressuposto para caracterização da responsabilidade civil, considerando-se que aquela foca o comportamento do autor do fato sob um ângulo objetivo, enquanto violação de conceitos escudados pela ordem jurídica. Há um juízo de censura sobre o próprio fato<sup>5</sup>. Evidente que, além do requisito basilar, representado pela conduta do agente, bem como sua ação juridicamente relevante<sup>6</sup>, outros questionamentos afiguram-se importantes e devem ser de igual alvo de investigação, tais como as variantes da própria ilicitude. Em consequência, também se intenciona enfrentar as excludentes, bem como apontar a eventual diferenciação, no aspecto jurídico, entre a autocolocação em risco e o consentimento lesado, notadamente em sua tácita manifestação, no intuito de se aferir ou não a existência de contradição entre ambos, seus eventuais pontos de divergência ou de convergência, problemática que se necessita desafiar, embora, à evidência, se deva fazê-lo tangencialmente, singularmente tendo em consideração os parâmetros fixados para esta especulação.

Desta feita, partindo-se dessas premissas básicas, imprescindível afirmar, de início, que a doutrina distingue duas grandes modalidades

---

<sup>4</sup>Cf. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade civil por conselhos recomendações e informações**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 305. É bem verdade, no entanto, que “A opção fundada pela ilicitude colimada no resultado não impede que se fale ao nível da ilicitude de um desvalor da conduta [...]”, embora “é viável continuar a defender-se uma ilicitude preferencialmente ancorada no resultado” (BARBOSA, 2017, p. 205 e 204, respectivamente).

<sup>5</sup>A culpa, por sua vez, pondera o lado subjetivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram - juízo de censura sobre o agente em concreto. No que concerne a este requisito (culpa, e que escapa ao horizonte desta apuração), não basta que se verifique uma violação ilícita de um direito ou interesse juridicamente protegido de outrem. Impõe-se que se tenha procedido com culpa ou mera culpa. Isto vem estabelecido no art. 483º, acrescentando que só existe responsabilidade independentemente de culpa quando a lei o especifica. A culpa em sentido amplo consiste na imputação do fato ao agente. A responsabilidade civil, em regra, pressupõe a culpa, que se traduz numa determinada posição ou situação psicológica do agente para com o fato. Só excepcionalmente a lei se contenta com a existência, entre o fato e o agente, de um puro nexa material - art. 483º/2.

<sup>6</sup>BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncipe, 2017, p. 127-146.

de responsabilidade civil, segundo os ensinamentos de Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, com suas especificidades próprias naquilo que diz respeito aos planos estrutural, funcional e axiológico<sup>7</sup>. Dito isso, e se levando em conta a proposição antes referenciada, de se ater somente à responsabilidade extracontratual, também identificada como responsabilidade civil delitual, na qual está em causa a violação de direitos genéricos de respeito, de normas gerais destinadas à proteção de outrem<sup>8</sup>, porquanto a responsabilidade contratual ou obrigacional resulta do mero incumprimento das obrigações.

Nesta tônica, tem-se que o art. 483º do Código Civil estabelece uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva, consagrando: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilícitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (n. 1), que se traduz em responsabilidade pelo risco, e, posteriormente, fazendo acrescer aquela proveniente do caráter excepcional da responsabilidade que não se baseia no pressuposto da culpa do lesante, que figura no n. 2: “Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei” (PORTUGAL, 1966).

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATOS ILÍCITOS

### Ato voluntário e omissão do agente

Constata-se da leitura do referido dispositivo (CC, art. 483º) que o dever resultante da responsabilidade civil por fatos ilícitos depende do preenchimento de algumas formalidades essenciais para o ato. São elas: a existência de um fato voluntário do agente<sup>9</sup> e não de mero fato

<sup>7</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 13.

<sup>8</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. V. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 276.

<sup>9</sup>Imperioso acrescer que a existência de um fato voluntário, a rigor, não pode restar circunscrita à hipótese de ação do sujeito, porquanto a omissão também será considerada apta para a produção de resultado prejudicial ao lesado, de sorte que sua incidência também haverá de ser considerada. Cf. BARBOSA, 2017, p. 141-143: “Assim, avulta possível a hipótese de o pretense lesante ter omitido intencionalmente uma determinada conduta de forma a causar um dano. O *non facere* vai aqui visto como um meio ou instrumento ao serviço da violação do direito absoluto ou da produção do dano”; SERRA, 1959a, p. 109-122: “as omissões dão lugar à obrigação de reparar o dano quando, independentemente de outros requisitos legais, o ato omitido tivesse evitado, com certeza ou com maior probabilidade, o dano e existisse o dever, resultante da lei ou de negócio jurídico, de praticar o mesmo ato”; CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85-ss. e 135-ss.

natural causador de danos; a ilicitude deste fato, ou seja, a transgressão de um dever imposto pela ordem jurídica; que se verifique o nexo de imputação do fato ao lesante; que da violação do direito subjetivo de outrem ou mesmo da lei ocorra um dano, sem o qual não haverá a responsabilidade civil, e, por último, que exista o nexo de causalidade, apto a ligar o comportamento do agente com o dano sofrido pela vítima, de maneira a se concluir que este decorreu daquele<sup>10</sup>. Daí porque, nesta linha, Menezes Cordeiro apresenta sistematização bastante interessante da matéria, referindo que dois são os planos em que se dá a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: um primeiro, de natureza fática, no qual concorrerão o fato, o dano e a causalidade entre ambos, dito fático em razão de ser perceptível pelos sentidos, e um segundo, de natureza jurídica, a permitir a efetiva formação de um juízo de imputação em relação ao devedor da obrigação de indenizar ou, em outras palavras, “recair sobre o agente o dever de reparar o dano causado” (CORDEIRO, 1997, p. 423).

Reduzindo todos os requisitos tais como acima apontou-se e se discriminou à terminologia técnica corrente entre os doutrinadores do assunto, de se concluir que a responsabilidade civil pressupõe: a) o fato (controlável pela vontade de homem - podendo, desta forma, também se caracterizar pela omissão); b) a ilicitude (como pressuposto do incumprimento da ordem jurídica); c) a incriminação do fato ao lesante; d) a constatação do dano, e e) um nexo de causalidade apto a unir o fato ao resultado danoso<sup>11</sup>.

A primeira formalidade para a caracterização da responsabilidade civil diz respeito ao que se identifica como o fato voluntário do agente. Verdadeiramente, tratando-se de uma situação de responsabilidade civil subjetiva, evidencia-se que esta não poderia ser instituída sem a existência de um comportamento transponível pelo empenho que possa ser atribuído a um ser humano. Até porque, como se infere logicamente, somente quanto a fatos dessa índole, que retratem o comportamento ou forma de conduta humana, terá cabimento a ideia de ilicitude, o requisito culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe<sup>12</sup>.

É de bom alvitre fazer constar que, na responsabilidade pelo risco, o dano indenizável tanto pode ser proveniente de um fato praticado pela pessoa do responsável, por fato de terceiro, de fatos naturais e até do próprio lesado; todavia, a responsabilidade fundada em fatos ilícitos,

<sup>10</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 557.

<sup>11</sup>COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 64; ANDRADE, Manuel de. **Teoria geral da relação jurídica**. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 337; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 10. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 526.

<sup>12</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 527.

ao revés, assenta sempre sobre um fato da pessoa obrigada a indenizar. Dessa maneira, não se exige que a conduta do agente seja intencional, bastando que exista uma atitude que lhe possa ser atribuída em razão de estar submetida ao controle de sua vontade<sup>13</sup>. Não se pretende, assim, restringir os fatos humanos relevantes em matéria de responsabilidade aos atos intencionados, ou seja, àqueles casos em que o agente tenha prefigurado mentalmente os efeitos do ato e tenha agido em vista de sua existência.

A questão que de fato atrai especial atenção diz respeito à omissão. Em regra, a conduta do agente constitui um fato positivo ou ação que viola um dever jurídico de não intromissão na esfera de outra pessoa, titular do correspondente direito absoluto. Na responsabilidade contratual é mesmo uma conduta negativa do devedor, representada pela não realização da prestação<sup>14</sup> que, na maioria das vezes, fundamenta a obrigação de indenizar.

No entanto, quanto ao ilícito civil extracontratual, a problemática que envolve a responsabilidade por omissões apresenta maiores dúvidas, por força do contido no art. 486º do Código Civil. Consta do dispositivo:

As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força de lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido. (PORTUGAL, 1966).

Então, a valer-se simplesmente de sua interpretação literal, de se inferir que as omissões ou abstenções somente são aptas para gerar a responsabilidade civil desde que, além dos demais requisitos legais, neles se inclua um específico: que exista o dever jurídico da prática do ato omitido, levando-se em conta, também por óbvio, que este tenha o condão de, seguramente, evitar a probabilidade do dano. No caso de omissão, a imputação ao agente exige um algo mais: sua oneração com o dever específico de praticar o ato omitido.

Em apertada síntese, de se concluir que, se existe um dever genérico de não lesar os direitos alheios (*neminem laedere*), de outra banda, não existe uma correspondente obrigação geral de evitar a ocorrência de danos para outrem, porquanto absolutamente impossível. Por isso que, para alguém ser responsabilizado pelos danos suportados em razão de sua omissão, é exigido que, além dos outros pressupostos da responsabilidade delitual, haja um dever específico violado: que o lesante ache-se na posição

---

<sup>13</sup>LEITÃO, *op. cit.*, p. 279.

<sup>14</sup>COSTA, *op. cit.*, p. 558.

de sujeito garantidor da não ocorrência daqueles mesmos danos, isto é, que ele detenha o dever jurídico da prática do ato ao qual ele se omitiu ou do qual se absteve<sup>15</sup>. Prevalece, pois, na doutrina que, efetivamente, fato voluntário significa apenas fato objetivamente controlável ou dominável pela vontade, e que, para fundamentar a responsabilidade civil, “não é necessária uma conduta predeterminada, uma acção ou omissão orientada para certo fim (uma conduta finalista)” (VARELA, 2000, p. 529).

### 3 A ILICITUDE

**Modalidades:** violação de um direito de outrem; desrespeito de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios, e abuso de direito

**Extrapolação manifesta dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou econômico do direito**

**Vedação do *venire contra factum proprium***

**Ilicitude de conduta e ilicitude de resultado**

A ilicitude surge como o segundo pressuposto da responsabilidade civil. Parece soar evidente que o fato voluntário capaz de lesar interesses alheios só resultará no dever de indenizar ou reparar o dano se constatada a existência da ilicitude, que consiste na violação de um dever jurídico. É que, não raras vezes, o fato prejudicial aos interesses de outrem não se reveste de ilicitude, não sendo eficaz para gerar o direito de compensação ao ofendido.

O art. 483º, n. 1, do Código Civil<sup>16</sup> fixa o princípio geral da matéria, indicando as duas formas essenciais da ilicitude: a) traduz-se na violação de um direito de outrem, e b) trata do desrespeito de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios. Na primeira parte do dispositivo legal, os direitos subjetivos contemplados neste ponto são principalmente os direitos absolutos, de que constituem exemplos os direitos sobre as coisas ou direitos reais, os de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual<sup>17-18</sup>.

---

<sup>15</sup>COSTA, *op. cit.*, p. 559.

<sup>16</sup>1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (PORTUGAL, 1966).

<sup>17</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 533.

<sup>18</sup>Para solidificar a assertiva, imperioso acrescentar que: “Mesmo no quadro da jussubjetividade, não é qualquer direito que recebe tutela aquiliana. A doutrina - embora não unanimemente - tem

Já na segunda vertente, tem-se em conta a ofensa de deveres impostos por lei que tenham por objetivo defender interesses alheios, sem conferir quaisquer direitos subjetivos. No particular, tem-se que “a previsão da lei abrange ainda a violação das normas que visam prevenir, não a produção do dano em concreto, mas o simples perigo de dano, em abstrato” (VARELA, 2000, p. 536). Quanto a esta direção, sua invocação como fundamento da responsabilidade, e conseqüentemente para que surja ao lesado o direito de indenização, depende da verificação de alguns requisitos: 1) que à lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal; 2) que se trate de interesses particulares ou juridicamente protegidos por essa norma violada; 3) que a lesão, propriamente o dano, efetive-se no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei intenciona tutelar<sup>19-20</sup>.

Em sendo assim, duas são as situações de ofensa tal como contido no art. 483º, 1, do Código Civil. Na primeira, há violação de direitos subjetivos já aludidos, e, na segunda, há preterição de normas legais dirigidas à proteção de interesses alheios que, em verdade, não consubstanciam direitos subjetivos. Estas mesmas condutas, porque antijurídicas, são suscetíveis de gerar a responsabilidade civil.

A terceira modalidade de ilicitude diz respeito ao abuso de direito<sup>21</sup>. Sua previsão legal encontra-se contemplada no art. 334º do

---

considerado que apenas é apta a desvelar a ilicitude delitual a violação de direitos dotados de eficácia *erga omnes*. Entre estes, contam-se os direitos reais, os direitos de propriedade industrial, os direitos de propriedade intelectual, os direitos de personalidade” (BARBOSA, 2017, p. 146).

<sup>19</sup>COSTA, *op. cit.*, p. 563.

<sup>20</sup>No propósito de facilitar a compreensão da temática enfocada, haja vista que nesta segunda modalidade (**violação da lei que protege interesses alheios**) é que se têm maiores dificuldades na definição de antijuridicidade, é de ponderar com base no seguinte exemplo: uma norma proíbe a circulação de automóvel em velocidade superior a 120Km/h para evitar o perigo de outros motoristas e quem se utiliza da rodovia. Na hipótese, estar-se-ia diante de uma concretização de determinados deveres de cuidado. Pois bem, em caso de “B”, que conduz a 180Km/h e colide com o veículo de “C”, ferindo-o gravemente, decorrerá duas conjeturas diversas, cada uma delas fundada numa específica modalidade de ilicitude extracontratual. A primeira, pelo resultado lesivo, ou seja, pela violação do direito à integridade física. Na segunda, e apenas em síntese, para discernimento e facilidade de compreensão, apartada de questões outras, a ilicitude seria composta já não pela maculação da integridade física, mas pela quebra de uma norma legal de proteção de direitos alheios. Em precisa fala, é dizer: “Uma linha divisória, aos nossos olhos, se impõe: aquela que coloca, de um lado da fronteira, as disposições de proteção de interesses alheios distintos dos direitos subjetivos e, do outro, as que intentem tutelar interesses confluentes com essas posições dotadas de eficácia *erga omnes*” (BARBOSA, 2017, p. 171-175).

<sup>21</sup>SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959b, p. 252. Autor do anteprojeto do Código Civil defendia a necessidade de se fazer referência específica ao abuso de direito dada a relevância do instituto em sede de responsabilidade civil. No mesmo sentido, a posição de Antunes Varela (*op. cit.*, p. 563). Contudo, a pretensão não chegou a ser concretizada, o que não inviabiliza o aproveitamento do art. 334º CC para cobertura de situações danosas nas quais não ocorre a violação de um direito absoluto, conforme Mafalda Miranda Barbosa (*op. cit.*, p. 183). Em sentido contrário, FRADA, Manuel António Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra:

Código Civil<sup>22-23-24</sup>. Constatam-se, pois, que não obstante os casos já conferidos de violação do direito subjetivo ou da disposição legal que protege direitos de outrem, surge também, como forma de comportamento antijurídico e apto para fundamentar o dever de indenizar, o abuso de direito, caracterizado pelo exercício anormal do direito próprio. Retrata o exercício em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a estrutura formal do direito, mas ofendendo sua afetação substancial, funcional ou teleológica, e, portanto, ilegítimo<sup>25</sup>.

Haverá, assim, o abuso de direito sempre que o seu titular o exerça com manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social deste direito. Para o Professor Castanheira Neves, a compreensão do instituto do abuso de direito é resultante da premissa de que o direito subjetivo é “uma intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui”, o que equivale dizer que o direito subjetivo deixa de ser uma estrutura formal para ser entendida “com uma função normativa, teleológico-materialmente fundada”, verificando-se uma situação de abuso de direito quando:

[...] um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica - por não contrariar a estrutura formal definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde - e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício. (NEVES, 1967).

Ressalta o ilustre doutrinador: “o abuso de direito configura-se como uma contradição entre dois pólos que entretecem o direito

---

Almedina, 2016, p. 237 (reimpressão da edição de fev. 2004) e CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. 2 Direito das obrigações. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, que consideram que não há um terceiro gênero de responsabilidade civil, mas somente os dois consagrados no art. 483º do Código Civil.

<sup>22º</sup> **Art. 334º (Abuso do direito)**. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito” (PORTUGAL, 1966).

<sup>23º</sup> O art. 334º do CC contém, na sua formulação genérica e abstrata, uma cláusula delitual absorvida pelo abuso de direito” (BARBOSA, 2017, p. 183).

<sup>24º</sup> A cláusula residual de ilicitude segundo a qual a causação de danos com violação de regras elementares de conduta social, aquele *soit disant* mínimo ético cujo acervo entra a constituir os bons costumes, vamos encontrá-la, não tal qual nomeada, na Parte Geral, identificada com a teoria do abuso de direito, da qual há de constituir um dos derivados” (MONTEIRO, 1989, p. 181).

<sup>25</sup> VARELA, *op. cit.*, p. 544.

subjectivo”: a sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando isso não ocorre, ocorrerá o abuso de direito<sup>26-27</sup>.

<sup>26</sup>NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da jurisdição**: ensaio de uma reposição crítica. I - A crise. 1967. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas)-Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1967, p. 529, nota 54, e p. 523-524. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/12576>.

<sup>27</sup>A jurisprudência compartilha e adota o mesmo entendimento. A título de exemplificação colaciona-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2.6.2009, proferido no Processo n. 256/09.34YFLSBB, relatado pelo Conselheiro Urbano Dias, e com esteio nos ensinamentos do Professor Castanheira Neves a propósito do abuso de direito, consignou-se: “Esta visão é (com) partilhada por Mafalda Miranda Barbosa, sua discípula natural, que nos faz notar que ‘o direito subjetivo, enquanto expediente reconhecido pelo ordenamento aos diversos sujeitos, não pode ser entendido como uma mera forma, como um expediente formal despido de quaisquer valorações materiais. O direito subjetivo é conformado com uma dimensão axiológico-normativa que faz com que ele, em concreto, seja um direito subjetivo e se integre no ordenamento jurídico concretamente desenhado’ ou, dito de outra forma, como uma forma de exercício da liberdade humana, o que ‘implica não só a delimitação de uma esfera de ação, mas igualmente uma série de deveres, desde que se entenda a liberdade em sentido positivo, geradora de responsabilidade e de deveres de solidariedade’. Por isso, comungando das mesmas ideias, diremos que não temos que ficar presos, amarrados, ao que está prescrito no citado art. 334º, antes nos cumpre, e sempre, procurar detectar se o exercício formal de um direito mostra-se desconforme com a teologia desse mesmo direito. Se a resposta for positiva, então sim, há abuso do direito. E, de igual modo, perfilhamos as suas ideias quando, ao visitar o aludido preceito legal, defende que ‘o que está em causa no abuso do direito não é a intenção de prejudicar terceiros, ou a desconformidade com a moral, mas sim a dissonância entre a estrutura formal do direito que se invoca e a intencionalidade normativa desse mesmo direito’. Com efeito, e no que diz respeito à boa-fé, ter-se-á de dizer que ‘ela sustenta todo o mundo contratual, modelando a conduta dos contraentes, sindicando-a e chancelando-a de lícita ou ilícita [...]: naquelas situações em que se coloca um problema relativo à boa-fé e aos deveres que ela faz emergir não faz sentido recorrer ao abuso do direito’. No que aos bons costumes diz respeito, cumpre dizer que ‘não sendo pacífico o entendimento sobre o verdadeiro alcance do conceito, tem-se generalizado a opinião segundo a qual [...] a cláusula geral dos bons costumes apenas pode ser preenchida ou concretizada por referência ao sentido ético dominante na sociedade’, e, nessa medida, apenas faz sentido a referência aos bons costumes (como, aliás, à boa-fé) ‘se virmos neles a manifestação de princípios normativos e se distinguirmos claramente moral e ética’. Como assim - continua - ‘implicando a sindicância do exercício de uma posição subjetiva ativa com base nos bons costumes, o abuso do direito não pode redundar numa forma de limitação do direito por referência à moral dominante’. Desta forma, ‘só faz sentido a referência à boa-fé e aos bons costumes se virmos neles a manifestação de princípios normativos e se distinguirmos claramente moral e ética’. É com estas cautelas e com estas reservas que devemos interpretar o art. 334º do Código Civil, ‘sem que isso nos impeça de ir mais além’, pois ‘perante a mobilização em concreto de um direito, teremos de indagar sempre, por referência aos princípios normativos em que se funda, se aquele exercício os contraria ou não’ (ainda obra citada, páginas 323 a 326). O abuso do direito, pressupondo a existência do direito, existe quando o seu titular exorbita os fins próprios desse direito ou do contexto em que é exercido, desde que esse excesso seja claro e manifesto, ou seja, ofenda clamorosamente o sentimento jurídico socialmente dominante, não obstante não seja exigível a consciência de exercício excessivo do direito. Trata-se de um limite intrínseco do exercício de um direito, servindo como válvula de segurança para os casos de pressão violenta da consciência jurídica contra a rígida estruturação das normas legais obstando a injustiças clamorosas que o próprio legislador não hesitaria a repudiar se as tivesse vislumbrado”.

Imperioso anotar-se que, por parte do agente, não é necessário que haja consciência<sup>28</sup> de se excederem os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Insuficiente, também, que cause prejuízos a outrem. Para que seja realmente abusivo, é preciso que o titular do direito exceda visivelmente os limites que lhe cumpre observar, em consequência dos interesses que legitimam a concessão desse poder<sup>29</sup>. Nos dizeres de Manuel de Andrade:

[...] existirá um tal abuso quando, admitido um certo direito como válido em tese geral, todavia no caso concreto ele aparece exercitado em termos clamorosamente ofensivos da justiça, entendida segundo o critério social dominante. (ANDRADE, 1966, p. 63).

Nesta linha de argumentação, apurado que determinado comportamento deva ser qualificado como abuso do direito, torna-se obrigatória para o seu titular que o exerceu com imoderação a obrigação de indenizar os danos produzidos a outrem. A problemática, então, consiste em se identificar os limites impostos pela **boa-fé** e pelos **bons costumes**. De igual, faz-se necessário apontar também o **fim social ou econômico** do direito excedido.

Quanto à **boa-fé** e aos **bons costumes**, de se aferi-los em característico, baseados com as concepções ético-jurídicas que prevalecem na sociedade. À evidência, o contexto do mencionado art. 334º retrata a mesma realidade presente noutros preceitos, com destaque para os arts. 227º/1, 239º, 437º/1 e 762º/2<sup>30</sup>, donde se conclui que os limites impostos pela **boa-fé** pressupõem a boa-fé objetiva. Ter-se-ia, então, um apelo aos dados básicos do sistema, concretizados através de princípios informantes como o da tutela da confiança e o da primazia da materialidade

<sup>28</sup> Por outro lado, teremos de saber, em face do silêncio do art. 334º, mas perante a quase unanimidade da doutrina, se o abuso de direito reclama o dolo ou se bastará a negligência para que uma conduta possa ser apodada de abusiva. Diríamos que em geral o abuso de direito não reclama o dolo" (BARBOSA, 2017, p. 194).

<sup>29</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 545.

<sup>30</sup>**Art. 227º (Culpa na formação dos contratos)**. 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. [...] **Art. 239º (Integração)**. Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta. [...] **Art. 437º (Condições de admissibilidade)**. 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. [...] **Art. 762º (Princípio geral)**. 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé" (PORTUGAL, 1966).

subjacente<sup>31</sup>. Com relação aos **bons costumes**, é preciso aquilatar-se as regras da moral social. Com fundamento nesta é que será possível avaliar a ocorrência de eventual abuso, representado pela “contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstancia se encontra adstrito” (VARELA, 2000, p. 546), que dará ensejo ao dever de indenizar.

No que diz respeito ao **fim social** ou **econômico** do direito, para se determinar seus limites, de se apelar, preferencialmente, aos juízos de valor positivamente consagrados na própria lei. Sua ponderação obriga, simplesmente, a melhor interpretar as normas instituidoras dos direitos, para verificar em que termos e em que contexto deve-se proceder ao exercício<sup>32</sup> para, ao depois, aquilatar-se o excesso.

Para conclusão acerca das ponderações já lançadas, infere-se, sobretudo em razão da expressão “**manifestamente**”, contida na lei (CC, art. 334º), que o exercício de um direito só poderá tachar-se de exorbitante quando suplante manifesta, clamorosa e intoleravelmente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou econômico do direito, isto é, quando esse direito for exercido em termos nitidamente ofensivos à justiça ou ao sentimento jurídico socialmente dominante<sup>33</sup>.

Contextualizando, e na previsão legal dos atos abusivos: o sujeito exerce um direito - move-se dentro de uma permissão regulamentária de aproveitamento específico - o que, por si só, implica a incidência de realidades normativas e deve, por isso, observar limites impostos pelos três fatores acima isolados, dos quais um, destaca-se, retrata a boa-fé (os demais serão os bons costumes e o fim social e econômico do direito). Especialmente quanto a esta, de se afirmar que se assenta, essencialmente, no princípio (cláusula geral) de que “as pessoas devem ter um certo comportamento honesto, correto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros” (ABREU, 2006, p. 55). Este princípio, também identificado como princípio da confiança, reside no pressuposto ético-jurídico fundamental de que:

[...] a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem. Assim tem de ser, pois poder confiar é uma condição básica

<sup>31</sup>CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. V. II Direito Privado. Studia Iuridica 91, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1698-1.

<sup>32</sup>CORDEIRO, *op. cit.*, p. 143.

<sup>33</sup>LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. V. I. 4. ed. com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 299; SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959b, p. 253.

de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens. Mais ainda: esse poder confiar é logo condição básica da própria possibilidade da comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação (logo, da paz jurídica). (MACHADO, 1991, p. 352).

Neste conteúdo é que se insere a proibição do *venire contra factum proprium*, isto é, do exercício do direito por alguém, “em contradição com uma sua conduta anterior em que fundadamente a outra parte tenha confiado” (SERRA, 1978, p. 291)<sup>34</sup>. Haverá, por isso, para a concretização do abuso e determinação dos limites da boa-fé,

[...] que atender de modo especial às condenações ético-jurídicas dominantes na coletividade. Para que haja abuso é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.<sup>35</sup>

Ademais, se o exercício demasiado do direito causar algum dano a outrem, haverá lugar à obrigação de indenizar, mas se o vício tiver-se refletido na celebração de qualquer negócio jurídico, em princípio este será nulo<sup>36</sup>.

<sup>34</sup>Para melhor elucidação quanto ao alcance do instituto sob apreciação, vale mencionar o quanto se infere do Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.2014 (3220/07.3TBGDM-B.P1.S1): “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Tal exercício é tido por parte da doutrina que o conhece como inadmissível. Como expressão da confiança, o *venire contra factum proprium* situa-se já numa linha de concretização da boa-fé. É o que acontece com a recondução do *venire* à doutrina da confiança, que revela um estado elevado nessa tarefa da concretização da boa-fé. A confiança dá um critério para a proibição de *venire contra factum proprium*. Os princípios que, à face do Direito civil português, permitem detectar a presença de um fato gerador de confiança podem ser induzidos das regras referentes às declarações de vontade, com relevância para a normalidade - art. 236º, n. 1 - e o equilíbrio - art. 237º. Significa isto que o *quantum* relevante de credibilidade para integrar uma previsão de confiança, por parte do *factum proprium*, é, assim, função do necessário para convencer uma pessoa normal, colocada na posição do confiante e razoável, tendo em conta o esforço realizado pelo mesmo confiante na obtenção do fator a que se entrega. Assim se obtém o enquadramento objetivo da situação de confiança. Requer-se, porém ainda um elemento subjetivo: o de que o confiante adira realmente ao facto gerador de confiança. A expressão *venire contra factum proprium* significa, portanto, uma proibição jurídico-factual da assumpção de um comportamento contraditório, postulando dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo. O *venire contra factum proprium* encontra respaldo nas situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, se comporta de determinada maneira, gerando expectativas na outra de que o seu comportamento permanecerá inalterado. Em vista desse comportamento, existe um investimento, a confiança de que a conduta será a adoptada anteriormente, mas depois de referido lapso temporal, é alterada por comportamento contrário ao inicial, quebrando dessa forma a boa-fé objetiva (confiança)”.

<sup>35</sup>Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.6.2002, no Processo n. 1.442/01 da 1ª Secção (Relator Garcia Marques).

<sup>36</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 547-548.

Convenientemente apreciadas as três modalidades de ilicitude<sup>37</sup> e antes da averiguação de suas causas de exclusão, assim como do desenvolvimento acerca das demais proposições precedentemente elencadas, imperioso avançar no sentido de se estabelecer para efeito de configuração da **responsabilidade civil se ela se assenta no resultado ou na conduta**.

No enquadramento da responsabilidade civil existem comportamentos lícitos danosos. De se referir apenas um exemplo particularmente expressivo, designadamente o caso do **estado de necessidade**, que melhormente ainda será dissertado. Por ora, no entanto, de se dizer que nos termos do art. 339º, n. 1, do Código Civil, é lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. Não obstante a licitude deste procedimento, estabelece o n. 2 do mesmo dispositivo que o autor da destruição ou do dano será, todavia, obrigado a indenizar o lesado pelo prejuízo sofrido. Constata-se aqui que a obrigação de indenizar pode nascer independentemente da existência de um fato ilícito. Sendo assim, tendo como horizonte a finalidade reparadora e o dano como fundamento da responsabilidade civil, importa agora compreender se a ilicitude assenta-se no resultado ou se satisfaz na compreensão de percepção da simples conduta.

Assim relacionado, de se apontar que a melhor doutrina acena para a configuração da ilicitude de acordo com o **resultado**<sup>38</sup>. Entretanto, para complementar o raciocínio que leva a tal conclusão, pondera-se que não se pode fincar na pureza da mera consideração unicamente do resultado. Isso porque, pelo modelo descrito pelo legislador a reação do ordenamento legal pressupõe a pretérita lesão do bem jurídico tutelado, ou seja, o juízo de ilicitude incide sobre um comportamento humano chancelado como desprovido de valor ou não<sup>39</sup>, apto para gerar o resultado “quando este se verifica no decurso da ação, não constituindo um efeito afastado ou longínquo da conduta” (MONTEIRO, 1989, p. 305), razão pela qual se exige o nexo de causalidade entre a conduta e a ofensa.

Para consolidar a argumentação, de se ressaltar que:

Procurando interpretar o art. 483º CC à luz de sua inserção sistemática [...] somos forçados a concluir que aquela lesão que se lança mão está eivada da marca de desvalor. A ideia de ilicitude de resultado justifica-se por uma opção dogmática que não reduz à irrelevância o pináculo sustentador do sistema. (BARBOSA, 2017, p. 204-205).

<sup>37</sup>Não há unanimidade na doutrina, conforme já enfocado.

<sup>38</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 203.

<sup>39</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 203.

Muito embora, de fato, a doutrina entenda que a constatação da ilicitude deva assentar-se pela via do resultado - não dependente de aferição de culpa, mas exigindo o nexo de imputação -, isso não significa em fator impeditivo para que se possa considerá-la sob o prisma de um desvalor de conduta. Essa conclusão decorre justamente porque o binômio ilicitude do resultado *versus* ilicitude da conduta não se confunde com aquele estabelecido entre o desvalor do resultado *versus* o desvalor da conduta<sup>40</sup>.

Compreendendo-se a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, tem-se que o **desvalor do resultado** revela a ilicitude resultante da **violação dos direitos absolutos**, enquanto que aquele pertinente à **conduta** alberga a modalidade excepcional do **abuso de direito**, sendo que a segunda categoria, fundada na **violação de disposições legais de proteção de interesses alheios**, situar-se-á a meio caminho, ou seja, adotando-se a conjugação entre o **desvalor de resultado e o de conduta**, sendo este último em menor importância pela menor influência axiológica dos interesses em causa em relação aos direitos absolutos<sup>41</sup>.

Conveniente enfocar para complementação que, se de um lado não existe um resultado que por si só seja capaz de garantir a anti-juridicidade da conduta, em outro aspecto não é qualquer infração que pode estimular a pretensão ressarcitória, mas, sim, aquela que invada a esfera jurídica de outrem causando o dano. Essencial então se faz atestar que, se é verdadeiro que o resultado - qualquer que seja a ilicitude delitual concretamente em causa - deva ser alvo de destaque, não se coloca em dúvida que o desvalor de conduta também possui sua relevância, pois em última análise o que se pretende é assinalar a maior ou menor aptidão que cada um deles assume conforme a forma de imputação adequada em razão das especificidades do caso real<sup>42</sup>.

## 4 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE<sup>43</sup>

### Generalidades

**As específicas causas de exclusão da ilicitude:** a) ação direta; b) legítima defesa; c) estado de necessidade, e d) consentimento do lesado

Quando ocorre a violação do direito subjetivo de alguém ou da própria norma destinada a proteger direitos alheios, em regra emerge a existência de um fato ilícito. Entretanto, algumas circunstâncias podem

<sup>40</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 205.

<sup>41</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 206.

<sup>42</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 206.

<sup>43</sup>"Causas justificativas do facto ou causas de exclusão da ilicitude" (VARELA, 2000, p. 552).

afastar a ilicitude do fato que ocasionou o dano, ou seja, pode acontecer que a violação ou ofensa seja acobertada por um motivo relevante, a afastar a aparente ilicitude do fato, excluindo assim a responsabilidade civil<sup>44</sup>. Em sendo assim, pode-se dizer, de modo geral, que o fato, embora apto a prejudicar interesses de outrem ou violando direito alheio, é tido juridicamente por justificável e **lícito**, desde que desempenhado no **exercício regular de um direito ou no cumprimento de um dever**<sup>45</sup>.

Assim, um agente que viola um direito alheio no exercício de um direito próprio, em princípio, não atua ilicitamente. Como corolário, não haverá incidência do disposto no art. 483º, n. 1, do Código Civil<sup>46</sup>. Importa, entretanto, atender ao comando do art. 335º do mesmo diploma, que assegura: “Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes” (n. 1), e “2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior” (PORTUGAL, 1966). E se disse “em princípio” porquanto “há que se ter em conta que a consideração do simples exercício de um direito não é o bastante para excluir a ilicitude do ato” (BARBOSA, 2017, p. 207), até porque não se concebe atuação praticada com exorbitância de direito.

Igualmente, e noutra hipótese legal, não se confere responsabilidade aos que atuam no **cumprimento de um dever jurídico**<sup>47</sup>. Neste caso, havendo colisão de deveres que incidam sobre a mesma pessoa, incumbirá ao agente dar preponderância ao mais importante, levando-se em conta o valor do bem ou interesse que se visa proteger. Pertinente constar que:

[...] a invocação do cumprimento de um dever como justificativa de um incumprimento de outro só releva se o respectivo sujeito não contribuiu culposamente para a impossibilidade de satisfação de ambos. (COSTA, 2009, p. 569).

<sup>44</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 567.

<sup>45</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 552.

<sup>46</sup>**Art. 483º (Princípio geral)**. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (PORTUGAL, 1966).

<sup>47</sup>O Código Penal prevê a exclusão da ilicitude quando o fato é praticado, entre outros, no cumprimento de um dever legal: “**Art. 31º** - Exclusão da ilicitude: 1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade. 2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a) Em legítima defesa; b) No exercício de um direito; c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado” (PORTUGAL, 1995).

Conclui-se, nessa trilha, ser substancial que o dever aparentemente transgredido pelo agente seja afastado ou anulado, definitiva ou temporariamente, por um outro dever, ou que a violação, que tanto pode ser real como aparente, tenha sido empreendida no exercício de um direito<sup>48</sup>.

São duas, portanto, as causas de ordem geral que justificam a prática do ato e, por resultante, afastam a ilicitude da conduta. Há, contudo, na lei, previsão expressa de causas especiais justificativas do fato, quais sejam: a ação direta (CC, art. 336º), a legítima defesa (art. 337º), o estado de necessidade (art. 339º) e o consentimento do lesado (art. 340º), que mais representam uma faculdade de agir do que um verdadeiro direito subjetivo propriamente dito.

#### a) Ação direta

A ação direta encontra-se prevista no art. 336º do Código Civil, o qual prevê:

É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a acção directa for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo. (PORTUGAL, 1966).

O próprio preceito oferece a noção e os requisitos desta específica causa justificadora da ação<sup>49</sup>. Em termos esclarecedores, surge como o recurso à utilização da força, para assegurar ou realizar o próprio direito. Na verdade, pode-se traduzir no exercício da autotutela, que, por isso, perdeu gradualmente sua importância, já que as garantias jurisdicionais dos direitos foram aperfeiçoadas<sup>50</sup>.

A lei substantiva civil, ao admitir o recurso à força na ação direta, integra-se no conceito amplo de **exercício de um direito**. Atento a esse enfoque, dir-se-á ser ela suscetível de subsunção à situação de excludente da ilicitude, desde que verificados cumulativamente certos e determinados requisitos, a saber: a existência de um direito privado próprio<sup>51</sup>; a impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais (judiciais ou policiais); a não existência de outro meio de impedir a perda do direito; não exceder o agente o que for necessário para evitar o

<sup>48</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 552.

<sup>49</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 208.

<sup>50</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 553.

<sup>51</sup>A ação direta só pode ser realizada em relação ao direito subjetivo do próprio agente, não sendo possível a sua utilização em relação a direitos alheios. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 302.

prejuízo, e não importar a ação direta o sacrifício de interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar<sup>52</sup>.

Segundo Antunes Varela, o Código Civil, embora admita a ação direta em termos genéricos, possibilita-a em restritas condições, porquanto consiste em forma primária e grosseira de realização de justiça, que falha contra os mais fortes e conduz a excessos, com grave dano da paz pública<sup>53-54</sup>. Este autor apresenta a seguinte sistematização: a) **fundamento real** (é necessário que o agente seja titular de um direito, que intenta realizar ou assegurar); b) **necessidade** (indispensabilidade do recurso à força, pela impossibilidade de se recorrer em tempo hábil aos meios coercitivos ordinários, no objetivo de evitar a inutilização prática do direito do agente); c) **adequação** (o agente não pode exceder o estritamente necessário para evitar o prejuízo); d) **valor relativo dos interesses em jogo** (através da ação direta, não pode o agente consagrar interesses superiores ao que visa realizar ou assegurar)<sup>55</sup>. A considerar tão somente pela inserção na matéria investigada, parece evidente que, constatada a presença de todos os requisitos individualizados, o fato - leia-se, a ação direta - será tido por lícito; em consequência, não haverá lugar para a imputação de indenização pelos danos causados, uma vez que inexistente imposição legal que a preveja.

A ação direta pode consistir nas seguintes condutas, devidamente capituladas na lei: “A acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo” (cf. item 2 do art. 336º do CC) (PORTUGAL, 1966). E, finalmente, havendo erro de lesante ao assumir que se verificaram os pressupostos da ação direta, e estes, na verdade, não se preencheram, segundo restou posteriormente apurado, ele terá de indenizar. Na realidade, todos os requisitos mencionados devem ocorrer para que a ação direta seja legítima. Todavia, mesmo que o agente suponha erroneamente a existência daqueles pressupostos, e essa suposição seja desculpável, excluir-se-á o dever de indenizar<sup>56</sup>.

<sup>52</sup>SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Causas justificadoras do facto danoso. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959c, p. 77-78. Cf. Acórdão do Tribunal de Relações de Coimbra de 9.4.1997, Col. Jur. II-56, e Acórdão do Tribunal de Relações de Coimbra de 17.12.2008, 3.103/06.4TALR.C2.

<sup>53</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 553.

<sup>54</sup>De fato, absolutamente justificável a convicção, convindo sempre ressaltar que se vive no contexto de um Estado de direito, competindo aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, bem como dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (cf. Constituição da República Portuguesa, arts. 2º e 206º), razão da restrição da permissividade do instituto. Ademais, por regra, a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, segundo preceitua o art. 1º do Código de Processo Civil (Proibição de autodefesa: “A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei”).

<sup>55</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 554.

<sup>56</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 208.

## b) Legítima defesa

A legítima defesa está classificada no art. 337º do Código Civil, e em seus termos,

Considera-se justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão. (PORTUGAL, 1966).

O instituto recebeu também consagração constitucional, segundo se infere do art. 21º, *in fine*, da Constituição:

Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública. (PORTUGAL, 1976).

Consiste, por assim dizer, numa atitude defensiva do agente; portanto, surge como reação<sup>57</sup>, com o propósito de afastar uma agressão atual e ilícita da pessoa ou do património, seja dele próprio, seja de terceiro. Há legítima defesa quando a pessoa viola um direito alheio com vista a afastar uma agressão atual e contrária à lei. A defesa considera-se legítima porque o Estado, a despeito de todos os mecanismos colocados à sua disposição no tocante aos meios de prevenção, não conseguindo evitar a prática de atos ilícitos, propicia que o particular tenha a faculdade, é certo que em determinados contornos, de deles se defender por seus próprios meios<sup>58</sup>. Mencionada reação, tida como legítima intervenção, poderá causar danos à pessoa ou ao património do autor da agressão, especialmente quando ocorrer excesso na prática da objeção.

Contudo, para que haja a legítima defesa, revela-se essencial que os bens lesados por quem reage pertençam ao agressor, e somente será admitida por meio de constatação de determinados pressupostos. O primeiro deles diz respeito à existência de uma agressão, retratada na ofensa da pessoa ou dos bens de alguém, o que implica verdadeira ação e não simples omissão<sup>59-60</sup>. Importante mencionar também que:

<sup>57</sup>O que a difere da ação direta, porquanto nesta a atuação de ataque ou a iniciativa é do próprio agente.

<sup>58</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 555-556.

<sup>59</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 556.

<sup>60</sup>Digno de nota que não há unanimidade na doutrina, porquanto existe o entendimento de que a omissão também pode aparecer como possível ato agressivo. Cf. JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 203.

A agressão não deve ser entendida no sentido da violação do direito, contentando-se o ordenamento jurídico com a mera ameaça de agressão. Aliás, a intencionalidade subjacente à previsão da legítima defesa não admite outra solução, dado que o remédio serve, exatamente, para afastar a agressão, o que não seria possível em muitos casos de consumação da mesma. (BARBOSA, 2017, p. 209).

A simples ameaça autoriza a prática reativa.

O segundo requisito imprescindível refere-se à **atualidade e à ilicitude da agressão**. A agressão deverá ser atual, o que exclui desta causa de justificação a eventual atitude do agente que pretenda castigar agressões passadas (porque o dano já está consumado) ou antecipar-se às futuras (poderá recorrer aos meios próprios). A agressão deve ser iminente; não pode ser previsível ou provável, bem como contrária à lei. Não é necessário que o agressor atue com culpa, sendo perfeitamente cabível a legítima defesa contra uma agressão de um inimputável ou de alguém incapacitado momentaneamente, por motivo qualquer<sup>61</sup>.

Interessante, ainda, debater se é possível agir em legítima defesa contra animais (?). À primeira vista, a resposta afigura-se negativa, sobretudo levando-se em consideração que se exige a prática de um ato ilícito e que o animal assim não procede, por óbvias constatações; todavia, como é sabido, não é somente o resultado que importa para a qualificação de um fato como ilícito. Deste modo, valendo-se dos precisos ensinamentos de Mafalda Miranda Barbosa, constata-se:

Não poderá haver legítima defesa contra animal, se o ataque do animal que se quer repelir surgir espontaneamente, por puro instinto não controlável do animal. Já não será assim se o animal for utilizado, *v. g.*, pelo seu proprietário como instrumento para agredir o lesante ameaçado. Nesta hipótese, pode, de fato, falar-se de legítima defesa, não havendo diferença substancial entre o animal e uma arma de outro tipo. (BARBOSA, 2017, p. 210).

Como terceiro propósito para a configuração da legítima defesa, exige-se a **necessidade da reação**. A reação deve ser absolutamente necessária, em razão de que seria totalmente inviável e despiciendo de

---

<sup>61</sup>Cf. Antunes Varela, *op. cit.*, p. 556. O autor cita, como exemplo, a agressão perpetrada por um demente ou contra um condutor que, por desfalecimento repentino, ameaça atropelar uma pessoa ou destruir uma coisa. Consigne-se, no particular, a opinião em contrário de Pessoa Jorge (*op. cit.*, p. 235).

eficácia utilizar-se o recurso aos meios legais<sup>62</sup>. Nesta trilha, sempre que alguém for vítima de uma agressão que não é obrigado a suportar, pode defender-se desta, repelindo-a, com a certeza de que, defendendo-se, não comete qualquer ato ilícito. Diz-se então que a resposta a tal agressão ilícita está justificada porque na circunstância o agente limitou-se a exercer o direito de legítima defesa. A utilidade de defesa tem de ser vista em confronto com as circunstâncias em que se verifica a agressão, e, em particular, consoante a intensidade desta, a forma de atuar do agressor e os meios de que se dispõe para a defesa. Assim, a necessidade deve aferir-se objetivamente, ou seja, segundo o exame das circunstâncias, feito por um homem médio colocado na situação do agredido.

Também há que se advertir sobre mais uma formalidade compulsória. Esta é concernente à **adequação**, e de simples entendimento. A conduta reacionária do agente deve observar certa proporcionalidade entre o prejuízo que se causa e aquele que se pretende evitar, de maneira que o meio utilizado “não provoque um dano manifestamente superior ao que se pretende afastar” (VARELA, 2000, p. 556). Este requisito deve ser concebido no sentido de que a defesa, embora possa exceder a lesão que resultaria da agressão, tem de corresponder em termos de racionalidade a este, não podendo, em hipótese alguma, ser desproporcionada<sup>63-64</sup>.

Ainda, no que reporta à legítima defesa, tem-se que esta pode visar à defesa de terceiro, segundo o comando do mesmo art. 337º do Código Civil (“contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro”). Inexiste fator impeditivo quanto ao fato de esta se dirigir contra o próprio titular do direito, desde que não se trate de um direito disponível ou desde que o pretense titular haja excedido os limites de sua disponibilidade. O que se demanda é que se convirja contra o autor da agressão<sup>65</sup>.

Corolário do quanto assinalado, agindo em legítima defesa, de si ou de outrem, é lícito o ato de quem se defende (reação), razão pela qual será isento de responsabilidade pelos danos eventualmente causados. Entretanto, de ser afirmar que, em caso de equívoco quanto ao preenchimento dos pressupostos da legítima defesa, o agente é obrigado a indenizar o lesado, excetuando-se se o erro for desculpável, pois, nesta hipótese, embora o ato não seja considerado lícito, será excluído o dever de indenização, porque ausente a formalidade da culpa<sup>66</sup>.

<sup>62</sup>Caso o agente pudesse evitar uma agressão, apelando, a título de exemplo, para um policial que estivesse próximo, decorre naturalmente a conclusão de que não lhe seria permitida a defesa. Neste sentido, sua reação seria desnecessária. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 300.

<sup>63</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**. Introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 2017. Reimpressão da 13. ed. de mar. 2005, p. 95.

<sup>64</sup>Não seria lícito que alguém, visando a impedir a ocorrência de um pequeno furto, abata o autor do ato ilícito a tiro, ou o agente que o injuriasse. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 301.

<sup>65</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 557.

<sup>66</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 211.

Havendo excesso na defesa, mesmo assim o ato é de ser considerado justificado, e, portanto, lícito<sup>67</sup>. Necessário, porém, que a exageração provenha da perturbação ou do medo não culposo que motivou o agente, segundo os ditames contemplados pela lei (CC, art. 337º, n. 2): “O acto considera-se igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposo do agente” (PORTUGAL, 1966). Frise-se ainda que o excesso tanto pode ocorrer pela **impropriedade do meio usado**<sup>68</sup>, ou seja, quando se utiliza de um expediente mais relevante do que o exatamente suficiente para repelir a agressão, como pelo fato de que o interesse do agressor seja manifestamente significativo do que daquele que se defende.

### c) Estado de necessidade

A outra causa de justificação presente no ordenamento jurídico diz respeito ao estado de necessidade. Nos exatos termos do art. 339º do Código Civil, é igualmente lícita “a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro” (PORTUGAL, 1966). Nessa esteira, de acordo com Menezes Cordeiro, baseando-se no referido dispositivo, mais precisamente em seu n. 1, o estado de necessidade consiste em:

[...] situação na qual uma pessoa se veja constringida a destruir ou danificar uma coisa alheia, com o fim de remover o perigo de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. (CORDEIRO, 2012, p. 439).<sup>69</sup>

A despeito do tipo legal não fazer nenhuma alusão, a doutrina perfilha do entendimento de que também pode agir em estado de necessidade aquele que, em lugar de **destruir** ou **danificar**, limita-se a **usar** a coisa alheia, inequívoco que sem autorização de seu proprietário, empregando como exemplo a situação de transporte de um ferido, em perigo de vida, para um hospital em viatura de um estranho, sem a correspondente permissão<sup>70</sup>. Isso se justifica, em especial, dado que da letra da lei parece

<sup>67</sup>Cf. Antunes Varela, *op. cit.*, p. 557. A doutrina também não é unânime quanto ao tema: “Em rigor, entendemos que nesse caso não estaremos perante uma causa de exclusão de ilicitude - uma vez que não é lícito ao agente atuar em excesso de legítima defesa -, mas antes perante uma causa de exclusão de culpa, consistente no medo invencível causado pela agressão” (LEITÃO, 2017, p. 301).

<sup>68</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 557-558. O autor cita o exemplo de uma pessoa que reage à paulada ou a tiro contra uma agressão a que facilmente poria cobro com a sua própria força.

<sup>69</sup>No mesmo sentido, FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. V. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 684; VARELA, *op. cit.*, p. 558; COSTA, *op. cit.*, p. 524.

<sup>70</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 558.

resultar que o agente apenas agirá em estado de necessidade e a sua conduta só será justificada quando destrua ou danifique (mas já não quando utilize) “coisas”<sup>71</sup> (ou seja, apenas quando sacrifique bens jurídicos de natureza patrimonial, mas já não quando sacrifique bens jurídicos da personalidade)<sup>72</sup> e desde que o prejuízo a evitar seja manifestamente superior ao prejuízo causado, razão pela qual a noção conceitual merece ser alargada<sup>73</sup>.

Há dois pontos de coincidência entre o estado de necessidade e a legítima defesa que merecem ser apontados. Dizem respeito à existência iminente e à efetiva **lesão de um interesse alheio**, bem como à **finalidade de se afastar um dano**. No entanto, enquanto na legítima defesa reflete uma resposta a uma ação e, portanto, uma reação contra a agressão de outrem, de outro lado, no estado de necessidade, o agente age por investida ou como mecanismo de defesa em objeção a um perigo não originário de ataque de outrem. No caso primeiro, o malefício resulta da agressão da pessoa contra quem se reage, enquanto no segundo, a nocividade é devida as mais das vezes a caso fortuito, sendo o ato perpetrado contra interesses de terceiro<sup>74</sup>.

O ato praticado sob o estado de necessidade é lícito; portanto, não haverá a possibilidade de legítima defesa contra a prática daquele. Entretanto, apesar de sua licitude, poderá impor-se a obrigação de indenização em favor do lesado. É o que a doutrina denomina de responsabilidade por atos lícitos, ou pelo sacrifício, que se justifica em nome da justiça comutativa<sup>75</sup>.

Convém registrar o conteúdo do n. 2 do mesmo art. 339º do Código Civil, que prescreve:

O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade. (PORTUGAL, 1966).

<sup>71</sup>A enunciação do art. 339º do Código Civil revela-se taxativa quanto ao tipo de ofensa ao se referir apenas à **destruição** ou **danificação** de uma coisa, todavia é de se considerar implícito o ato menos prejudicial do simples uso. Assim, a utilização do bem por terceiro, irrefutável que desprovido de autorização para tal, somente será adequada para a imputação da responsabilidade civil quando resultar prejuízo ao lesado. Não é demasiado acrescentar que o dever decorrente da Responsabilidade Civil depende do preenchimento de algumas formalidades, entre as quais o dano é inserido. Em caso de inexistência de prejuízo ao lesado, não há se falar em responsabilidade civil e, conseqüentemente, no dever de se indenizar a vítima.

<sup>72</sup>A doutrina não é unânime em mais este ponto. Afirma que, “ao contrário do que sucede na legítima defesa, o estado de necessidade apenas justifica o sacrifício de bens patrimoniais” (LEITÃO, 2017, p. 303).

<sup>73</sup>CORDEIRO, *op. cit.*, p. 439.

<sup>74</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 559.

<sup>75</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 212.

De sua atenta leitura, constata-se que haverá a obrigação de indenizar permanentemente quando a ocorrência de perigo haja sido ocasionada por culpa exclusiva do autor da destruição, danificação, e como se conferiu, do uso da coisa alheia. Nos demais casos, que não este especial expressamente estipulado na primeira parte do dispositivo legal (item n. 2), o Poder Judiciário, chamado a intervir, decidirá sobre eventual condenação em indenização, seu montante e a determinação dos responsáveis, seja só o autor do ato, seja o causador do estado de necessidade, apenas do terceiro que se beneficiou do ato, de forma individual ou solidariamente<sup>76</sup>.

#### d) Consentimento do lesado

Para o enfrentamento deste tópico em específico, de se explorar o dispositivo legal que o domina. Parte-se, então, do constante do art. 340º, n. 1, do Código Civil: “O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão” (PORTUGAL, 1966). Assim, o consentimento do lesado retira a valoração ilícita ao ato lesivo da esfera pessoal e patrimonial suscetível de disposição. A justificação da ilicitude, enquanto pressuposto essencial da responsabilidade civil subjetiva, nada mais representa do que a expressão da fração do **Digesto**, atribuída a Ulpianus, de que nenhuma lesão é cometida contra quem consente (*nulla iniuria est, quæ in volentem fiat*).

Portanto, o consentimento do lesado também constitui causa justificativa do fato, apta a afastar a ilicitude do agente. Traduz-se na autorização conferida pelo lesado para que se permita interferir no direito de que é titular<sup>77</sup>. Diante dessa assertiva, revela-se forçoso concluir que a concessão deve ser anterior à lesão. Diferente não poderia ser, porque, se a causa de justificação torna lícito o ato por eliminar ou suspender o dever, logicamente há de existir anteriormente e não depois daquele. Ademais, o dever reporta a uma conduta futura. Daí negar-se que o consentimento posterior tenha eficácia *ex tunc*, ou seja, que possa ser aplicado retroativamente<sup>78</sup>.

O consentimento do lesado, na verdade e por assim dizer, consiste, nos dizeres de Antunes Varela,

[...] na aquiescência do titular do direito à prática do ato que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respectivo interesse. (VARELA, 2000, p. 560).

<sup>76</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 560.

<sup>77</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 212.

<sup>78</sup>JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 273.

Imperioso observar que, pelo teor da lei (CC, art. 340º), o ato ilícito, no domínio das relações privadas, consiste na usurpação do círculo jurídico alheio; portanto, haverá ilicitude quando houver tal interferência. Contudo, passará a ser lícita se existir **vontade concordante do titular** da esfera jurídica invadida, salvo nos casos em que a lei declarar ineficaz essa manifestação volitiva, voltada a tal efeito<sup>79</sup>. Em sendo assim, o fundamento da justificação não está fincado na assertiva de que, ao consentir na lesão, o titular do direito torna-se **partícipe na causa do dano**<sup>80</sup>; baseia-se na eliminação do condicionalismo, pois não havendo tal consentimento, tornar-se-ia o dano injusto.

Nessa mesma linha de explanação, de se ponderar que o consentimento não pode ser genérico, devendo ser prestado para cada ato em especial<sup>81</sup>. Exprime-se, deste modo, através de autorização, ato pelo qual o lesado permite que se adentre a esfera jurídica de seus direitos. Essa autorização tem como característica o fato de ser integrativa e não constitutiva, na medida em que não cria direito algum para o agente. E, como ato jurídico unilateral, exige capacidade de exercício, legitimidade e escolha corretamente instituída e pronunciada. Por isso se afirma que o lesado deve:

[...] ter consciência do alcance do ato no qual está a consentir, razão pela qual, tratando-se de uma questão que envolva conhecimentos técnicos, deve ser cumprido em relação a ele um dever de informação/esclarecimento. Fala-se assim, por referência a certos domínios, como no caso da responsabilidade médica, de consentimento informado. (BARBOSA, 2017, p. 212).

Por outro lado, é de geral conhecimento que a indenização concedida através da responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano ocorrido sem a vontade ou contra a vontade do lesado, ou seja, um dano absolutamente injusto. Se, no entanto, há assentimento para a lesão, cessa a razão de ser da indenização. Contudo, deve ser ressaltado que a eficácia da autorização, como causa de exclusão da ilicitude, tem os limites constantes do n. 2 do art. 340º do Código Civil (PORTUGAL, 1966), quais sejam: o caso de o ato autorizado confrontar com a lei ou infringir os bons costumes, como se infere da literal disposição (“O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes”). Com supedâneo na mais abalizada doutrina, haverá responsabilidade do autor da eutanásia, mesmo que consentida pelo enfermo, assim como o autor do incêndio do

<sup>79</sup>JORGE, *op. cit.*, p. 269.

<sup>80</sup>SERRA, Vaz *in* Boletim do Ministério da Justiça n. 85, p. 104.

<sup>81</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 212.

imóvel, aprovado e permitido pelo respectivo dono<sup>82</sup>. Este preceito afirma o princípio fundamental de que o consentimento não traduz ato arbitrário, mas pressupõe necessariamente a disponibilidade de bens ou direitos.

Há também a hipótese do consentimento presumido. O item n. 3 do art. 340º o contempla, quando versa: “Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível” (PORTUGAL, 1966). Para contribuir na percepção, e como referências palpáveis, tem-se que a presunção pode ser facilmente constatada nos casos de intervenções cirúrgicas em que o enfermo não possui livre deliberação para outorgar sua autorização ou anuir com a ampliação da intervenção para abranger outros órgãos contaminados, assim como em determinadas práticas esportivas, em que também se entende existir uma aceitação tácita e recíproca de eventuais riscos de acidentes, desde que observadas as regras próprias da modalidade<sup>83</sup>.

O consentimento também pode ser classificado, segundo a doutrina<sup>84</sup>, como: *i*) consentimento tolerante; *ii*) consentimento autorizante, e *iii*) consentimento vinculante. O primeiro (**tolerante**) é aquele referido no art. 340º do Código Civil e que justifica os atos médicos sobre o próprio corpo do consentente; como tal, exclui a ilicitude de uma ofensiva; neste, não se atribui um poder de agressão, mas se justifica implicitamente sua ocorrência, segundo a regra estampada no item n. 1 (“o acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”). A tolerância deve integrar uma declaração de vontade unilateral, emitida por um agente capaz de avaliar o sentido de seu querer<sup>85</sup>, corroborada e complementada por Menezes Cordeiro, para quem o consentimento exige “legitimidade, capacidade de gozo e capacidade de exercício”, com submissão às normas relativas ao que alude “à perfeição e à eficácia das declarações de vontade” (CORDEIRO, 2010, p. 502-505).

Por seu turno, o **consentimento autorizante** (*ii*) envolve um poder fático de agressão<sup>86</sup>. O chamado “poder de agressão”, existente nas intervenções cirúrgicas em benefício alheio, não resulta de qualquer vínculo contratual, sendo, aliás, livremente revogável com os efeitos descritos na sua hipótese maior, ou seja, no campo do exercício dos direitos de personalidade<sup>87</sup>. Pode-se dizer que se trata do consentimento constitutivo

<sup>82</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 561.

<sup>83</sup>VARELA, *op. cit.*, p. 561-562.

<sup>84</sup>CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 99. O autor enriqueceu a dogmática juscivilística portuguesa ao decantar, na figura geral do consentimento, os três subtipos enunciados (consentimento vinculante, autorizante e tolerante).

<sup>85</sup>JORGE, *op. cit.*, p. 271.

<sup>86</sup>BARBOSA, *op. cit.*, p. 215.

<sup>87</sup>PROENÇA, José Carlos Brandão; FERNANDES, Luís Carvalho (Coord.). **Comentário ao código civil**. Parte geral. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 805-809.

de um compromisso jurídico *sui generis*, que atribui a outrem um poder meramente fático de agressão.

Por derradeiro, quanto à classificação tríplice já aludida, contempla-se o **consentimento vinculante**, o qual implica a atribuição de um verdadeiro poder jurídico de agressão, porquanto originário de um compromisso legítimo e autêntico, designadamente um contrato, citando-se como exemplo a cessão comercial da imagem de um esportista.

De se declarar ainda que, nestas duas modalidades, a saber, no âmbito do consentimento **autorizante** e do consentimento **vinculante**, para a validade da declaração de vontade pressupõe-se a capacidade natural para consentir ou não, emanada do próprio consentente ou por seu substituto legitimado, reclamando, por decorrência, o discernimento na ponderação da resolução<sup>88</sup>. É também de se aferir que o consentimento ou o documento que o subsidia deve ser elaborado previamente à lesão e isento de vícios que afetem a vontade manifestada. Como autorizativo ou vinculativo, o consentimento haverá de sempre ser passível de revogação, ainda que, para a tutela dos interesses econômicos do agente autorizado, haja lugar a uma previsão para indenização pelas perspectivas desenvolvidas ou pelo incumprimento contratual.

## **5 AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E CONSENTIMENTO (TÁCITO) DO LESADO: institutos antagônicos (?)**

Em virtude do incremento de novas ideias e concepções apresentadas pelos aplicadores e estudiosos do direito, tornou-se uma constante o enfrentamento de uma série de dilemas relativos aos critérios empregados na tipificação das condutas que serão admitidas como juridicamente relevantes, especialmente para a responsabilidade civil.

O consentimento do ofendido, como já enfocado em linhas anteriores, age como causa de justificação legal ou de exclusão da ilicitude. Como corolário, há escusa plena para a prática de atos que, individualmente considerados e sem o contexto apropriado, levariam invariavelmente, salvo incidência específica<sup>89</sup>, à conclusão do dever de indenizar pelo agente.

Em suma, o consentimento do ofendido consiste na aquiescência do titular do bem jurídico que dele pode dispor e, a despeito de

<sup>88</sup>PROENÇA; FERNANDES, *op. cit.*, p. 808.

<sup>89</sup>Tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, esta nunca poderá ser estabelecida desprovida da existência de um desempenho transponível pela vontade, que possa ser imputado a um ser humano e visto como expressão da conduta de um sujeito responsável. Não se exige que o comportamento do sujeito seja intencional ou sequer consista em uma atuação, sendo suficiente que haja uma atitude que possa lhe ser atribuída por razão de estar sob o controle de sua vontade. Cf. LEITÃO, *op. cit.*, p. 279.

estar explícito no Código Civil português, é instituto de extrema relevância para a ciência juscivilista, considerando o condão de transformar condutas juridicamente relevantes em atos comuns.

A par então deste tema, convenientemente dissertado, e como paradigma para aferir-se eventual paradoxo, cumpre aludir ao instituto da **autocolocação** em risco, situação em que é a própria vítima quem se põe, por livre e espontânea vontade, em situação de perigo, e, por isso, os sujeitos ativos não têm contra si a imputação dos ilícitos civis (ou, quando muito, têm sua responsabilidade diminuída em termos de indenização). Fato é que os dois institutos, aparentemente semelhantes, têm distinções fundamentais, tanto na conceituação quanto na aplicação, conforme assinala a doutrina. Contudo, as elucidações pertinentes não serão satisfeitas na integralidade, mormente levando-se em conta os limites deste exame, muito embora a proposta seja apontar algumas nuances específicas e o comportamento da doutrina, bem como pontuar os parâmetros e relevos pertinentes para a identificação dos mencionados títulos.

À partida cabe referir que, “mesmo quando não seja presumido, o consentimento pode ser, salvo expressa previsão em contrário, tácito” (BARBOSA, 2017, p. 213). Ora, em se revelando a possibilidade de que o consentimento seja tácito, ou seja, que possa ser subentendido, nem mesmo isto implicaria o reconhecimento da mesma hipótese de auto-colocação em risco. Aliás, a figura do consentimento tácito como causa excludente da ilicitude surge sistematizada na doutrina de forma intimamente ligada às atividades que, por natureza, envolvam riscos, com os quais anui o agente ao delas participar, mesmo que não o faça por meio de declaração expressa<sup>90</sup>. Assim, a aderência do agente à prática destas atividades, sabendo dos riscos que elas envolvem, autorizaria o ordenamento jurídico a considerá-la como consentimento tácito relativamente a eventuais danos que pudesse vir a sofrer, excluindo-se, pois, a sua ilicitude<sup>91-92</sup>,

<sup>90</sup>FARIA, Jorge Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 450. O autor faz referência a “comportamentos sociais típicos” para designar o ato do sujeito consubstanciado na vontade de participar de determinada atividade, mesmo que perigosa, donde se pode extrair seu consentimento tácito em relação aos danos eventualmente verificados.

<sup>91</sup>O consentimento tácito será, por isso, aquele que “resulte de um comportamento concludente do lesado”, o qual “envolve uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidente” (LEITÃO, 2017, p. 312).

<sup>92</sup>A jurisprudência corrobora o entendimento. Segundo se confere dos julgados ora apontados, para fins de exclusão da ilicitude, pode o consentimento ser “expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido”; “nada permite concluir que tal expressão não possa configurar-se através de uma anuência tácita inequívoca, como é princípio geral de direito” (Tribunal da Relação de Lisboa, Recurso n. 0000592, Relator Sousa Nogueira, julgado em 23.4.1996). Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 3 abr. 2018. Também já foi reconhecida, mesmo que para efeitos criminais, a justificação das lesões decorrentes de prática esportiva (futebol), uma vez que tacitamente consentida por aquele que dela participa (Tribunal da Relação de Coimbra, Recurso n. 39/00, Relator João Trindade, julgado em 16.3.2000. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 4 abr. 2018.

consoante anteriormente já restou explicitado. Esta mesma possibilidade é decorrente da assertiva de que “as manifestações negociais podem fazer-se por meros comportamentos”. Por isso, para a identificação deste fenômeno, ao invés da expressão declaração tácita, seria preferível a denominação “comportamento concludente”<sup>93-94</sup>.

Ressalta-se que a manifestação tácita não se confunde com silêncio. Ao contrário do que naquela se infere, neste não existe qualquer externalização de vontade<sup>95</sup>. O silêncio, no entanto, revela-se absolutamente válido como declaração negocial, quando este valor, nos termos do art. 218º do Código Civil, “lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção” (PORTUGAL, 1966). Em razão de aludidos pressupostos teóricos, é lícito afirmar que, identificada no comportamento do agente a exteriorização da sua aquiescência, haverá efetiva formação e manifestação de vontade, e não mera presunção acerca do consentimento<sup>96</sup>. A diferença reside no fato de que a manifestação deste assentimento não se opera de forma expressa, mas tácita, razão pela qual, segundo sustenta parte da doutrina<sup>97</sup>, deverá ser interpretada restritivamente, incluindo apenas os danos estritamente presumíveis, situados dentro da margem de normalidade daquela atividade.

Por essa razão é que, no que reporta às práticas esportivas que envolvam risco, é exigência para o aprimoramento da justificação que as lesões não decorram de conduta dolosa de quem as pratica. Do mesmo modo, que na sua eventual ocorrência não concorram atitudes contrárias ao regulamento da competição<sup>98</sup>. A justificativa deste pensamento é que, nestas hipóteses, a lesão exorbitaria os limites do consentimento derivado da assunção dos riscos da atuação, porquanto estranhas à sua prática normal. Também, porque não é informado ao participante, quando do engajamento ao desempenho esportivo, que outros poderiam atuar com dolo na lesão ou que as convenções que regem a atividade pudessem ser desrespeitadas. Assim, deduz-se que os contornos do consentimento tácito deverão ser apontados pelo grau de conhecimento que o lesado possui dos riscos. Significa afirmar que, a fim de que possa validamente formar e manifestar vontade, assim como acontece em relação ao consentimento expresso, mas, com maior distinção, o lesado deve ter acesso a

<sup>93</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Teoria geral. V. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 48.

<sup>94</sup>Não há, contudo, consenso na doutrina. Há quem sustente a existência de diferença entre comportamento concludente e declaração tácita. Cf. PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 25.

<sup>95</sup>ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>96</sup>COSTA, *op. cit.*, p. 502.

<sup>97</sup>SANTOS BRIZ, Jaime. **Derecho de daños**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, p. 84.

<sup>98</sup>COSTA, *op. cit.*, p. 502.

todas as circunstâncias que envolvem uma determinada prática a que, em tese, possa ser exposto, recebendo as oportunas e necessárias informações, para que dela decida participar com plena liberdade de escolha. Em apertada síntese, então, atesta-se que, para fins de justificação da conduta pela aquiescência tácita do ofendido, é de se exigir que malefícios dela resultantes estejam previstos no contexto da normalidade de uma determinada atividade, porquanto não se permite admitir a existência de riscos imprevisíveis ou que estavam fora da margem de suposição do consentente.

Conforme o quanto já se ponderou, é de se dizer que a excludente de ilicitude pelo consentimento tácito apresenta-se, notadamente, concatenada à ideia de assunção dos riscos de determinada prática, o que justifica a pretensão de dar-lhe autonomia jurídica. Abrindo-se um necessário parêntese, tem-se que:

A transposição das figuras da autocolocação e da heterocolocação em risco 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. (BARBOSA, 2017, p. 213).

Retornando ao ponto de partida, a aludida inclinação foi constatada em especial nas doutrinas anglo-americana (*assumption of risk*), francesa (*acceptatio des risques*) e alemã (*handeln auf eigene Gefahr*)<sup>99</sup>. Nestas mesmas ordenações jurídicas, ao lado de uma aparentada autonomia da figura da “assunção do risco”, continua a se verificar a sua confluência com o princípio *volenti non fit iniuria* - não se injuria o que consente -, justificador da exclusão da ilicitude pelo consentimento tácito<sup>100</sup>.

No que diz respeito à pretensa e mencionada autonomia, criadora de uma verdadeira figura nebulosa e heterogênea<sup>101</sup>, singularmente no que afeta às condutas esportivas e aos riscos a elas associados, rotineiramente associados com o consentimento tácito do lesado, sem embargo da verificação da imaginada atribuição de um poder de lesão, pode-se apurar uma simultânea convicção do sujeito de que esta não se verificará, razão pela qual soaria irreal admitir-se a existência de consentimento tácito justificador de danos que, em verdade, o sujeito acredita

<sup>99</sup>PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2008. Reimpressão da edição de nov. 1997, p. 616.

<sup>100</sup>PROENÇA, *op. cit.*, p. 616. Destaca que a orientação dominante na doutrina estrangeira, após certa polêmica, tem acenado para a recusa de uma posição autônoma da figura da assunção dos riscos. E, conforme destaca, referindo-se ao cenário jurídico: “[o] escasso tratamento que a nossa doutrina dedicou (e dedica) à ‘assunção do risco’ não fornece subsídios bastantes para que se possa descortinar uma tomada de posição sobre a *vexata quaestio* da autonomia da figura” (2008, p. 620).

<sup>101</sup>PROENÇA, *op. cit.*, p. 615.

que não se iriam concretizar<sup>102</sup>. De acordo com Carneiro da Frada, a solução para a questão residiria na aplicação da teoria da direção da vontade, encampada pelo direito penal<sup>103</sup>, segundo a qual “a declaração não releva, pode até nem existir, importando, isso sim, a direção da vontade de quem consente. Com isso, o consentimento do lesado amplia-se na direção de outras figuras”, restando por englobar, entre elas, a assunção de riscos. Assim, ao se expor ao risco inerente a determinada atividade, o lesado direciona sua vontade e concorda com a eventual ocorrência de danos a ela intrínsecos, os quais restam justificados por este comportamento, que deve ser interpretado como consentimento tácito<sup>104</sup>.

Regressando propositadamente e para a contextualização, colhe-se ainda de Brandão Proença, ao fazer a distinção entre o consentimento do lesado e a culpa deste, que “no consentimento existe uma atitude declarativa expressa ou tácita”, e nas hipóteses em que existe o concurso do próprio lesado, este “tem uma conduta material que concorre para o dano ou o agrava” (PROENÇA, 2008, p. 618-619), de onde advém a ilação que, no caso primevo, haverá exclusão da responsabilidade, em virtude da ausência de um de seus preceitos de constituição; no caso complementar, sucederá uma redução na indenização, nos termos do art. 570º, n. 1, do Código Civil:

Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída. (PORTUGAL, 1966).

E, em complemento, deixa patente o quanto já se expôs quanto ao diferencial e à efetiva necessidade de que as regras da prática esportiva sejam observadas e não haja conduta dolosa do lesante:

Excetuando o caso do boxe, onde há atribuição de um poder de lesão, relativamente aos danos típicos sofridos em desportos que impliquem contacto físico (futebol, corridas, etc.), mais do que ver aí um consentimento

<sup>102</sup>FRADA, Manuel António Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 77.

<sup>103</sup>Para aprofundamento acerca da mencionada teoria e sua aplicação, no tocante à exclusão de ilicitude pelo consentimento do lesado, recomenda-se a leitura de ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Tomo I. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 534.

<sup>104</sup>COSTA, *op. cit.*, p. 502.

tácito ou uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidente, é mais rigoroso falar-se de uma assunção não culposa dos riscos de danos, desde que o lesante não tenha tido uma conduta dolosa. (PROENÇA, 2008, p. 618-619).

Para registrar de uma vez por todas, sobretudo a hesitação da doutrina quanto à identificação da eficácia jurídica das figuras da autocolocação em risco, e, portanto, de assunção do perigo e do consentimento do lesado, socorre-se aos ensinamentos de Mafalda Miranda Barbosa:

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 nexó de imputação ou nexó de responsabilidade, que permite reconduzir aquele resultado lesivo [...] ao comportamento do lesante, que se exclui. Sendo a atuação de cada um dos sujeitos intervenientes livre, é uma esfera de responsabilidade [...] 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 [...] 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 a proteção da sua própria esfera foram ou não postergados. (BARBOSA, 2016).

Do quanto se expôs, sem a pretensão de sepultar todas as questões e dúvidas que pudessem advir da interpretação desta temática, mas tão somente com a finalidade de proporcionar um trivial contributo para facilitar sua compreensão, resumidamente, no caso de autocolocação em risco, a responsabilidade não fica automaticamente excluída. O que ocorre em termos de obrigação é que, nos termos da lei (CC, art. 570º, n. 1), o Poder Judiciário intervindo poderá, segundo as circunstâncias do caso concreto, bem como de acordo com a confrontação da esfera de risco que o lesado assume em comparação com a do lesante, conceder integral indenização, reduzi-la e até mesmo excluí-la. O mesmo não se dá em caso de consentimento do lesado. Neste, o direito parece considerar valioso o comportamento do sujeito que obtém o consentimento de outrem para agir, porquanto haverá justificação e, como consequência fundamental,

exclusão da ilicitude. Corolário, o afastamento de toda e qualquer responsabilidade no tocante à indenização.

Em verdade, embora possa surgir em algum grau certa dificuldade para a compreensão e, até mesmo, para a identificação se se trata de uma circunstância que envolva a exclusão de ilicitude pelo consentimento do lesado (nomeadamente aquele depreendido tacitamente) ou se o conteúdo comporta investigação sob a perspectiva da autocolocação ou assunção do risco, é apropriado certificar que os institutos não são caracterizados por rivalidade, isto é, não são antagônicos. Os efeitos são absolutamente discrepantes, consoante restou explicitado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o propósito de se encerrar a análise de todas as questões que se pretendeu abranger com o presente estudo, consigna-se que a responsabilidade civil surgiu no âmbito do Direito Civil como fonte de obrigações, baseada no princípio da composição dos danos. Sendo assim, consiste na obrigação de reparar os prejuízos causados na esfera jurídica de outrem, e se subdivide em duas grandes modalidades: a responsabilidade contratual e a extracontratual, sendo esta última a apropriada para contemplar a hipótese versada neste ensaio.

Para seu nascedouro, e conseqüentemente para o reconhecimento da obrigação indenizatória, segundo preceitua o art. 483º do Código Civil, entre outros requisitos exige-se que haja ilicitude no comportamento do lesante, isto é, que este, com o seu agir, viole um dever imposto pela ordem jurídica. Entretanto, e não raras vezes, o fato prejudicial aos interesses de outrem, por não se revestir de antijuridicidade, consistente na violação de um direito de outrem, no eventual desrespeito a determinado comando legal que proteja interesses alheios ou pelo abuso de direito, figuras objeto de pretérita consideração, não se revela eficaz para gerar o direito de compensação ao ofendido.

Importante afirmar que, em regra, quando há violação do direito subjetivo de alguém ou da própria norma que proteja direitos alheios, emergirá a existência de um fato ilícito, alvo de consequências patrimoniais, mormente a obrigação de indenizar o lesado. Contudo, existem circunstâncias aptas a afastar a ilegalidade do fato causador do prejuízo. Este motivo relevante, ao afastar a ilicitude do fato, carrega em si, como consequência, a exclusão da responsabilidade civil. A lei prevê e define quais são essas causas de exclusão da injuridicidade, enunciando assim a ação direta, a legítima defesa, o estado de necessidade e o consentimento do lesado. Qualquer uma delas, devidamente identificada no episódico caso em concreto, será suficiente para, afastando a ilicitude

da conduta do lesante, apontar para a exclusão do dever de indenizar. Consideradas como causas justificadoras, embora o dano ou o prejuízo existam, o lesante estará desobrigado, visto que acobertado pelo reconhecimento de uma daquelas excludentes, do dever de indenizar os prejuízos imputados ao lesado.

De igual modo, a própria vítima do dano pode ter-se prostrado em situação de assunção do risco. Nesse caso, a tônica será identificar se, assim como na conjectura do consentimento do lesado, especialmente na sua forma tácita, dever-se-á conceder idêntico tratamento quando se paragonar com a contingência da figura da autocolocação em perigo para o reconhecimento da exclusão da ilicitude, e, em consequência, do afastamento da obrigação indenizatória por parte do lesante. A conclusão que se patenteia é a de que, no episódio do assentimento ao risco, o lesado, atuando em concurso, executa um comportamento concreto que contribuirá para o eficiente sucesso do evento danoso, ou terá o condão de agravá-lo, motivo pelo qual não haverá o afastamento da ilicitude, uma vez que estarão presentes todos os seus formalismos de composição, ao revés do que ocorre no caso do consentimento. Haverá, no entanto, e nos exatos termos da lei (art. 570º, n. 1, do Código Civil: “Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”), a possibilidade de que a indenização seja totalmente afastada, reduzida ou concedida, tendo em consideração o contexto do evento particularizado. Entre outros argumentos pertinentes poder-se-á, até mesmo, admitir a inocorrência do dano; todavia, a ilicitude do comportamento não restará arredada.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. Reimpressão da edição de 1999.

ANDRADE, Manuel de. **Teoria geral da relação jurídica**. 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, Manuel de. **Teoria geral das obrigações**. 3. ed. com a colaboração de Rui de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1966.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Teoria geral. V. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**. Introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 2017. Reimpressão da 13. ed. de mar. 2005.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Futebol e responsabilidade civil: consentimento do ofendido e assunção do risco. **Revista AB Instantia**, Coimbra, ano IV, n. 6, 2016. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 12 de maio de 2016. Jurisprudência comentada.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncípa, 2017.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **Omissão e dever de agir em direito civil**: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão. Coimbra: Almedina, 1999.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O nexó de causalidade na responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.

CORDEIRO, António Menezes. **Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais**. Lisboa: Lex, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. V. II Direito Privado. *Stvdia Ivridica* 91, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1698-1.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. 2 Direito das obrigações. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. 1 Parte geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2012. Reimpressão da 4. ed.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2009.

FARIA, Jorge Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1991.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. V II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

FRADA, Manuel António Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994.

FRADA, Manuel António Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2016.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. V. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. V. I. 4. ed. com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. In: **Obra dispersa**. V. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade civil por conselhos recomendações e informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Rudimentos da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Coimbra, ano II, 2005.

NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da jurisdição**: ensaio de uma reposição crítica. I - A crise. 1967. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas)- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1967. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/12576>.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

PORTUGAL. Código Civil. Decreto-Lei n. 47 344, de 25 de novembro de 1966. **Diário do Governo**, Lisboa, n. 274, série I, 25 nov. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>.

PORTUGAL. Código Penal. Decreto-Lei n. 48/1995. **Diário da República**, Lisboa, n. 63, série I-A, 15 mar. 1995. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/indice>.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Decreto de aprovação da Constituição. **Diário da República**, Lisboa, n. 86, série I, 10 abr. 1976. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2008. Reimpressão da edição de nov. 1997.

PROENÇA, José Carlos Brandão; FERNANDES, Luís Carvalho (Coord.). **Comentário ao código civil**. Parte geral. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tomo I. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS BRIZ, Jaime. **Derecho de daños**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1962.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959b.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 3610-3633, ano 111, 1978.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Causas justificadoras do facto danoso. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, 1959c.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 84, 1959a.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 10. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

**30 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL  
BRASILEIRO:  
temos o que comemorar?**

**30 YEARS OF BRAZILIAN SOCIAL  
CONSTITUTIONALISM:  
do we have what to celebrate?**

**MAEDA, Patrícia\***

**Resumo:** O presente artigo, contextualizado em 2018, analisa questões latentes do panorama político e socioeconômico de nossa nação, elucidando a distância entre a teoria e a prática e os diversos interesses envolvidos em ambas no transcorrer de nossa história.

**Palavras-chave:** Constituição. Direito Social. Neoliberalismo.

**Abstract:** This article, contextualized in 2018, analyzes latent issues in the political and socioeconomic landscape of our nation, elucidating the distance between theory and practice and the various interests involved in both throughout our history.

**Keywords:** Constitution. Social law. Neoliberalism.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil completará 30 anos de sua promulgação no próximo dia 5 de outubro, mas será que temos o que comemorar?

---

\*Doutoranda em Direito do Trabalho (2017), mestra em Direito do Trabalho (2016) e graduada em Direito (1998) pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista do **Programme des futurs leaders dans les Amériques** (PFLA), sob a coorientação do Professor Titular Angelo Soares, da Université du Québec à Montréal (UQAM). Integrante do Grupo de Pesquisas Capital e Trabalho - GPTC/USP. Ex-Auditora Fiscal do Trabalho no Ministério do Trabalho e Emprego (1999-2009). Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2009-atual) e Vice-Presidenta da Associação dos Magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Biênio 2017-2019).

Há muito sobre o que refletir nesse ano de 2018 em que se comemora também, de um lado, os 130 anos da Lei Áurea (1888), aquela que libertou, ao menos formalmente, as trabalhadoras e os trabalhadores negros escravizados, e, de outro, rememorar os 50 anos do Ato Institucional n. 5 (1968), que marcou o que os historiadores chamam de “golpe dentro do golpe”.

No cenário mundial, podemos dizer que o constitucionalismo social completou 100 anos em 2017, uma vez que a primeira Constituição a incluir um rol de direitos sociais em seu bojo foi a Constituição mexicana de 1917. Podemos ainda destacar que a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo, a Declaração de Filadélfia, foram ratificados pelo Brasil há 70 anos (1948), com a ideia basilar de que a “paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social”, primeira premissa constante em seu preâmbulo.

No entanto, em 2018, olhar para o presente ou o passado recente é, infelizmente, constatar vários ataques a direitos fundamentais como um todo. Senão vejamos.

No tocante aos direitos individuais, por exemplo, a relativização da presunção de inocência e a desconsideração do devido processo legal sob a justificativa de combate à corrupção, num movimento claramente punitivista, que inflama um discurso moralista contra conquistas e garantias jurídicas civilizatórias, sinaliza uma quebra do Estado Democrático de Direito (ou um Estado Pós-Democrático<sup>1</sup>).

Com relação aos direitos sociais, as investidas têm se dado de diversas formas, com excepcionalmente açodadas emendas constitucionais promulgadas após o discutível *impeachment* da presidenta eleita em 2014. Primeiramente, a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 93, de 8 de setembro de 2016, possibilitou o aumento do percentual da desvinculação das receitas da União destinadas à previdência e assistência social e à saúde para utilização em outras áreas, sobretudo para pagamento de juros da dívida pública. Como consequência, deslocam-se recursos da área social para o setor financeiro, culminando no falso *deficit* da Previdência Social<sup>2</sup>.

Em seguida, a EC n. 95, promulgada em 15 de dezembro de 2016, instituiu um Novo Regime Fiscal que, em suma, se dará por meio de congelamento de gastos públicos por 20 anos, o que também impactará diretamente em recursos para saúde e educação:

<sup>1</sup>Nesse sentido, recomendamos a leitura de CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

<sup>2</sup>FATTORELLI, Maria Lucia. A máscara do “déficit” da previdência. **Auditoria Cidadã da Dívida**, Brasília, 18 abr. 2017. Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/mascara-do-deficit-da-previdencia/>. Acesso em: 23 abr. 2018.

O teto de gastos públicos do governo federal brasileiro, implementado pela EC 95/2016, é, portanto, uma ofensiva conservadora de retirada de direitos sociais, tendo como alvo prioritário o projeto constituinte de 1988, que exige a intervenção do Estado para a redução das severas desigualdades sociais e econômicas, necessária para uma economia verdadeiramente soberana. O ataque também é à concepção neodesenvolvimentista desse mesmo projeto constituinte, que reserva ao investimento público papel essencial ao estímulo do investimento privado e do crescimento do setor produtivo nacional, com o intuito de reduzir a dependência do país às potências estrangeiras hegemônicas. (MARIANO, 2017, p. 279).

Especificamente em nossa área de atuação, a malfadada reforma trabalhista é eufemismo para disfarçar o desmonte do direito do trabalho com as Leis n. 13.429 e 13.467/2017. Por último, mas não menos trágico, é o trâmite da PEC 287/2016, com a ameaça de graves mudanças no direito previdenciário, baseada no falacioso *deficit*.

Diante deste cenário, é possível falarmos em constitucionalismo social ou Estado Social no Brasil? Falar em constitucionalismo social implica em contextualizar historicamente este objeto, cuja definição pode parecer estável no tempo e no espaço (numa simplificação bem basilar: a inclusão de direitos sociais no texto constitucional), mas, como veremos, na materialidade das relações sociais seu significado é construído/desconstruído dialeticamente. Para desenvolver o tema proposto, proponho enfrentarmos alguns pontos: o Brasil é um Estado Social? Por que os direitos sociais ainda são apenas promessas? O que coloca os direitos sociais em xeque?

## 2 O BRASIL É UM ESTADO SOCIAL?

Com dimensões continentais, clima aprazível, diversidade de fauna e flora, riqueza mineral, o Brasil foi diversas vezes chamado de “o país do futuro”. No entanto, nosso passado ainda nos condena. A gênese escravocrata deixou marcas profundas na sociedade brasileira. A abolição da escravidão em 1888 não resolveu as mazelas do autoritarismo, da desigualdade social, do racismo e do preconceito. Com ela, apenas “avancamos” de um modelo de exploração do trabalho marcado pela força e subjugação para o modelo contratual em que o trabalhador passa a ser sujeito de direitos.

Explico as aspas. A superação do modelo do escravismo leva ao reconhecimento da subjetividade jurídica de todos os seres humanos,

que se tornam, em tese, sujeitos de direitos. Por que isso é importante? Para além da questão humanizadora, absolutamente necessária para a questão, a subjetividade jurídica é o que permite a livre circulação da mercadoria mais importante e característica do capitalismo: a força de trabalho. Ao considerar o indivíduo como sujeito de direito, o direito declara a liberdade deste para vender sua força de trabalho no mercado e igualdade dos contratantes perante a lei - portanto, apenas formal -, o que viabiliza a produção, a circulação e a valorização do valor, de modo que a subjetividade jurídica é a forma jurídica necessária para o capitalismo. Enfim, trocamos a exploração imposta pela força pela exploração livremente consentida.

No caso do Brasil, o processo tardio de industrialização ensejava a regulação do contrato de trabalho para sua expansão. Por outro lado, a formação do proletariado nas cidades logo levou à organização do movimento trabalhista para exigir condições mínimas de trabalho. A estas reivindicações o Estado foi aos poucos respondendo com a edição de leis esparsas, normalmente por categorias, que foram posteriormente compiladas na CLT.

Resgatando a questão do constitucionalismo social, um exemplo clássico seria a Constituição de 1934, que se subsume na definição positivista de uma Constituição social, no sentido de abarcar direitos sociais no texto constitucional. Essa conquista do movimento trabalhista é, ao mesmo tempo, a forma que garante a reprodução do capital e a manutenção do capitalismo. Essa é a *ratio* do direito do trabalho. Esse é o contexto de surgimento do constitucionalismo social, uma vez que o Estado liberal não se demonstrava mais funcional para assegurar a expansão do sistema capitalista no Brasil.

Qual o papel do direito? O direito tem a função garantidora da circulação, basicamente, ao reconhecer a subjetividade jurídica, ao tornar exigível o cumprimento dos contratos e ao proteger a propriedade privada. E o direito do trabalho tem função essencial na regulação das relações de trabalho assalariado, garantindo a continuidade “saúdável” da exploração de classes.

Embora consolidasse um pacote importante de direitos, a CLT teve repercussão bastante restrita em 1943 ao se referir apenas ao trabalhador urbano, pois a maior parte da população ainda era rural. Em consequência de um passado, não tão distante, escravocrata, foram excluídos da proteção da CLT: os trabalhadores rurais, herdeiros da condição de escravos na lavoura, e os trabalhadores domésticos, também herdeiros da condição de escravos na Casa Grande.

A tendência, que deveria ser “natural”, de generalização do modelo regulado na CLT demorou para se concretizar. Somente com o

advento da Lei n. 5.589/1973 é que se reconheceram direitos importantes ao trabalhador rural. Este, por sua vez, teve a igualdade de tratamento com o urbano declarada apenas na Constituição Federal de 1988.

Apesar desse avanço com relação aos trabalhadores assalariados rurais, a Constituição Federal apenas reconheceu um pacote mais restrito de direitos aos trabalhadores domésticos. Essa discriminação constitucionalizada foi superada somente com a promulgação da Emenda Constitucional n. 72/2013.

Assim, a CLT representava um sonho para os excluídos e, também por isso, “fazer valer seus direitos” sempre foi um horizonte de luta do trabalhador brasileiro.

Enquanto isso, no cenário mundial, o regime de acumulação fordista teve os chamados 30 anos gloriosos, do pós-Segunda Guerra Mundial até início dos anos 1970, em que se constatou o círculo virtuoso de crescimento apoiado na produção em massa e no consumo de massa. A este regime de acumulação correspondia um modo de regulação, a que correspondia o Estado de Bem-Estar Social. Este garantia a partilha da prosperidade gerada pelo aumento das economias de escala à maioria dos cidadãos, com serviços públicos, benefícios previdenciários etc., o que assegurava o consumo de massa pela sociedade formada por assalariados, que tinham emprego e uma vida razoavelmente estável.

É preciso salientar que o regime de acumulação fordista e seu modo de regulação correspondente foram mais presentes nos Estados do chamado capitalismo central (sobretudo na Europa Ocidental) e não se verificou da mesma forma e intensidade nos países capitalistas periféricos, considerados semi-industrializados, dentre os quais o Brasil.

Outros fatores históricos determinam a dominação do capital sobre o trabalho no cenário nacional na forma de uma superexploração da força de trabalho, expressão comumente utilizada para a periferia capitalista, que opera sob três mecanismos: a intensificação do trabalho, o prolongamento da jornada de trabalho e a redução do salário abaixo do valor da força de trabalho.

Estes três mecanismos de superexploração revelaram-se claramente para a classe trabalhadora durante a ditadura civil-militar, sobretudo operacionalizados com a política econômica pautada, de um lado, em arrocho salarial, e, de outro, na proibição do exercício do direito de greve e na intervenção dos sindicatos.

Todavia, enquanto o sindicalismo europeu enfrentava os primeiros ataques neoliberais e a redução da taxa de sindicalização desde os anos 1980, no Brasil o movimento operário se expandia e contribuía para a redemocratização. O papel desempenhado pela classe trabalhadora

na retomada democrática determinou sua participação na assembleia constituinte, que contou também com forte apoio popular. Por isso, a Constituição Federal de 1988 foi um “ponto fora da curva” do movimento neoliberal. As lutas operárias, com a retomada do movimento sindical no final dos anos 1970, levaram a conjunturas políticas, incluindo a luta pela democracia no país, que fizeram retroceder a condição precária do mercado de trabalho brasileiro e conquistar novos direitos, com destaque para a inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, ampliando direitos, especialmente a proteção social:

A elaboração da Constituição mobilizou a opinião pública, os meios de comunicação e as forças políticas. Numa extensa pauta, consagrou direitos políticos e sociais e as tradições corporativas e nacional-estatistas, de profundas raízes históricas e que se haviam reforçado, com aspectos próprios, no período ditatorial. O país estava na contracorrente do que se passava no mundo. De fato, os anos 1980 assinalaram o triunfo do chamado neoliberalismo. Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Margaret Thatcher, na Inglaterra, lançavam políticas diplomáticas e militares ofensivas. No fim da década, caiu o Muro de Berlim e, em 1991, desintegrou-se a URSS. Na Europa Ocidental, núcleo histórico das propostas de Estado de Bem-Estar Social, os partidos socialistas recuavam sob a ofensiva das ideias liberais. (REIS, 2014, p. 108-109).

Aliás, a Constituição Federal de 1988 não estava apenas na contramão do movimento neoliberal global. Estava também fora da curva da história brasileira, marcada pelo autoritarismo da classe dominante e consequente uso da força contra a classe trabalhadora, que nunca participou tão intensamente dos debates e das decisões como o fez durante a assembleia nacional constituinte de 1987-1988.

Lembremos que mesmo durante a ditadura civil-militar houve eleições para alguns cargos, o que revela a grande diferença entre democracia (como um princípio) e voto popular (como um instrumento). Democracia representativa não se confunde com democracia participativa, muito menos com democracia direta. No caso da Constituição Federal de 1988, a participação popular na assembleia nacional constituinte foi determinante para, dentre outros pontos, eleger como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, o centro de onde emanam todos os direitos com a potencialidade de fundamentar um Estado Social.

### 3 POR QUE OS DIREITOS SOCIAIS AINDA SÃO APENAS PROMESSAS?

Uma das consequências da diretriz da dignidade da pessoa humana seria o extenso rol de direitos sociais com previsão constitucional, sobretudo nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal, motivo pelo qual também é chamada de “Constituição Cidadã”<sup>3</sup>. O fato é que, embora o constituinte originário tenha elegido os direitos sociais como direitos fundamentais, com a expressa inclusão no Título II, sempre houve resistência dos juristas em reconhecê-los como tais.

Na doutrina, para boa parcela dos constitucionalistas, os direitos sociais, ainda que previstos expressamente no capítulo dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal, não ensejam um estudo em conjunto com outros direitos e garantias fundamentais, como os previstos no art. 5º, deixando sua análise a cargo de estudiosos do direito do trabalho<sup>4</sup>. Ou, ainda, destinam a esses direitos sociais apenas algumas páginas de seus manuais com pouco mais que a reprodução da literalidade dos arts. 6º e 7º, para não dizer que não foi abrangida a totalidade do texto constitucional<sup>5</sup>. Denota ser comum entre os constitucionalistas olvidar que os direitos fundamentais foram reconhecidos como tais, não por uma construção cerebrina de algum teórico de “boa vontade”, mas sobretudo em razão de movimentos e lutas sociais. Em sentido contrário, destacam-se Raul Machado Horta, que aborda o constitucionalismo e os direitos individuais também como decorrentes de revoluções, em especial no México em 1917 e na Alemanha em 1918<sup>6</sup>, e José Afonso da Silva, que confere tratamento qualificado aos direitos sociais, destinando-lhes o Título III de sua obra, na qual reconhece:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, [os direitos sociais] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais,

<sup>3</sup>Luís Roberto Barroso assenta que a expressão “Constituição Cidadã” foi cunhada por Ulisses Guimarães, ao empregá-la pela primeira vez como título de discurso proferido em 27 de julho de 1988, na presidência da assembleia constituinte, e, depois, durante solenidade de promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro do mesmo ano, no discurso intitulado “Constituição Coragem” (BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil*. *Justitia*, São Paulo, ano 65, v. 198, p. 255-267, jan./jun. 2008, p. 259).

<sup>4</sup>Como, por exemplo: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 587.

<sup>5</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193-203; MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 468-489.

<sup>6</sup>HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 244-264.

que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 1999, p. 288-317).

Todavia, há ainda a teoria da norma constitucional programática, que projeta para um outro momento a realização do direito social, negando-lhe eficácia plena e imediata.

De todo modo, parte dos juslaboralistas passaram a envidar esforços na seara constitucional, preenchendo essa lacuna doutrinária para buscar dar alguma efetividade à Constituição Cidadã. Trago alguns exemplos preciosos. As decisões do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região nos emblemáticos casos da dispensa coletiva na Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer) e da proibição do salário por produção para cortadores de cana foram fundamentadas basicamente na Constituição Federal, sobretudo na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho.

A propósito, é exemplar a redação do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 4.066, que trata da questão do uso do amianto. Ao falar sobre o direito à saúde do trabalhador alçado ao patamar de direito fundamental, explica o sentido da fundamentalidade de um direito<sup>7</sup>:

[...] que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. (BRASIL, 2017).

Na lição de Ipojucan Vecchi, que brilhantemente discorreu sobre o tema no XVIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho Rural<sup>8</sup>, são quatro os efeitos prático-jurídicos da fundamentalidade dos direitos sociais:

1) o princípio da norma mais favorável foi positivado no art. 7º, I, indicando o direcionamento para a expansão dos direitos trabalhistas, em consonância com o art. 19, item 8, da Constituição da OIT;

<sup>7</sup>Íntegra do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 4.066 disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4066\\_CM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4066_CM.pdf). Acesso em: 26 abr. 2018.

<sup>8</sup>VECCHI, Ipojucan D. A Constituição e o direito do trabalho. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO RURAL, 18., 2017, São José do Rio Preto. **Conferência de encerramento**. São José do Rio Preto, SP: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2017.

2) por outro lado, a vedação ao retrocesso social, de modo que o Estado deve abster-se de editar normas ou adotar políticas públicas que reduzam os direitos sociais já implementados. Nesse sentido, citamos J. J. Canotilho (2012, p. 338-339):

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. **A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.** O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. (Grifamos);

3) a omissão do poder público na implementação dos direitos fundamentais é também inconstitucional. Nesse sentido, invocamos novamente as palavras do Ministro Celso de Mello (ADI 4.066):

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanção normativa que lhes foi imposto, infringam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior. O fato irrecusável é um só: o desprestígio da Constituição - por inércia

de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. (BRASIL, 2017);

4) a limitação de direitos fundamentais não pode dar-se de qualquer maneira, sob pena de negá-los. As hipóteses de possibilidade de limitação estão previstas na própria Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.

Apesar desta belíssima construção jurídico-doutrinária sobre o efeito da fundamentalidade dos direitos, sua concretização material foi desde o início restringida. Aí fica a pergunta: por que os direitos sociais não se realizam na prática?

Uma das hipóteses é a de que a positivação dos direitos sociais tenha um efeito negativo de desmobilizar a classe trabalhadora. O sociólogo britânico T. H. Marshall<sup>9</sup> apresentou em 1950 um trabalho seminal sobre cidadania, onde preconizava que “a evolução da cidadania se dá com a conquista de direitos ao longo da história”. Ao fazer um apanhado histórico sobre a conquista de direitos, Marshall foi quem teorizou sobre as gerações de direitos, que tantos juristas gostam de reproduzir. Pois bem. De acordo com o resultado de suas pesquisas, elaborou a ideia de gerações de direitos. Assim, os direitos de primeira geração concebidos no Século XVIII dizem respeito aos direitos civis ligados à ideia de liberdade individual. Já os direitos de segunda geração positivados no Século XIX dizem respeito aos direitos políticos (em especial o direito de voto) e seriam decorrentes dos de primeira geração. Por fim, os direitos de terceira geração elaborados no Século XX consubstanciam os direitos sociais, relacionados à ideia do mínimo de bem-estar econômico.

E por que a teoria de Marshall poderia ser responsabilizada pela desmobilização da classe trabalhadora? Ao desenvolver sua teoria no período dos 30 anos gloriosos e a partir de sua perspectiva liberal, Marshall defende que os direitos evoluem naturalmente, como se fossem subir uma escada, metáfora que aprendemos com o Professor Mauro Iasi. Superado um degrau na escada evolutiva, o direito continua a subir espontaneamente, e uma vez atingido determinado patamar, não há como retroceder. Isso é um problema, pois apaga o caráter de conquista da sociedade na construção da cidadania, dá ao Estado uma posição de

---

<sup>9</sup>MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

supremacia sobre a sociedade e nega conflito de interesses entre as classes sociais. Assim, é retirado o potencial de ação e reivindicação da sociedade, que passa a ser vista ou a se enxergar apenas como passiva e receptora das benesses estatais<sup>10</sup>. Positivados os direitos na Constituição Federal de 1988, a batalha já estaria ganha. Talvez este discurso fosse o problema no fordismo, mas a coisa se complicou...

#### 4 O QUE COLOCA OS DIREITOS SOCIAIS EM XEQUE?

A grande expectativa de expansão dos direitos fundamentais e da consolidação da democracia não foi correspondida nos anos que sucederam a promulgação da Constituição Federal, pois havia um movimento contrário, o neoliberalismo, e para nossa discussão é importante fazer um breve retrospecto.

Como vimos, a partir da década de 1970 o modelo fordista entra em crise, com decrescentes níveis de produtividade e, por consequência, de taxas de lucro, o que somado a outros fatores leva a um novo arranjo do regime de acumulação, a acumulação flexível, apoiada na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Nesse contexto, podemos falar em pós-fordismo como **processo de trabalho** de produção flexível: baseado em máquinas ou sistemas flexíveis e uma força de trabalho apropriadamente flexível (polivalência de cada trabalhador, centro de controle de qualidade, toyotismo); baseado no domínio de um padrão flexível e permanentemente inovador de acumulação (obsolescência programada e a fantasia de que o novo é melhor); mais orientado para a demanda global, de modo que os direitos sociais de um Estado em específico deixem de ser importantes como modo de regulação. Ao contrário, como o consumo em massa deixa de ser a base da economia, os direitos sociais passam a ser vistos como disfuncionais.

A ideologia neoliberal dissimula o aumento da exploração de classes, atribuindo ao trabalhador uma falsa noção de responsabilidade sobre sua condição por meio de expressões como empreendedorismo, cooperativismo, colaboração e meritocracia, dentre outros. Isso contribui para que o próprio trabalhador culpe-se pelo desemprego, pela falta de qualificação, sem sequer questionar sobre suas condições materiais. A ideia negativa propagada a respeito de direitos e benefícios como

---

<sup>10</sup>MOURA, Aline Beltrame de. O discurso da cidadania em Marshall: a influência do modelo clássico na teoria jurídica moderna. *Jurisvox*, Patos de Minas: Unipam, v. 10, n. 10, p. 22-34, 2009.

privilégios, em vez de como conquistas históricas, não só inverte os significados, mas tende a dividir a classe trabalhadora em protegidos e desprotegidos, colocando-os em conflito entre si<sup>11</sup>. Modernização, desregulamentação e flexibilização são termos imprecisos, porém, sedutores o suficiente para criar uma imagem positiva para um movimento que busca reduzir direitos, ampliando a desproteção do trabalhador. Além disso, o discurso da austeridade e do ajuste fiscal justifica a redução de gastos públicos na área social, sem colocar em xeque qualquer interesse do capital financeiro.

A ideologia neoliberal tomou força no Brasil a partir dos anos 1990, trazendo consigo as propagandas da modernidade e da flexibilização como fundamento para “repensar o direito do trabalho”, o que, no concreto, significava **destruir a ideia de proteção do trabalhador** como se fosse algo necessário ou até mesmo inevitável para o aumento de produtividade ou de competitividade no cenário global.

A ideia que se propaga é a de que o direito do trabalho limita a liberdade, criando um grupo de trabalhadores protegidos e outro de desprovidos de qualquer direito, pois “se o contrato fosse livremente negociado, se fosse mais flexível, todos poderiam ter acesso a alguma proteção”, o que não quer evidenciar, embora esteja implícito, que um contrato negociado sem os limites da lei seria um contrato com menos proteção ao trabalhador. Essa ideologia da liberdade embasa ainda o discurso de que o contrato de trabalho deve adaptar as regras às necessidades especiais de cada empregador, cabendo às partes - trabalhador e empregador - negociarem as cláusulas do contrato, prevalecendo o “negociado sobre o legislado”.

Não podemos nos enganar achando que essa liberdade contratual possa ser benéfica ao trabalhador, parte mais fraca na relação de trabalho. Trata-se de uma contradição insuperável: como justificar com a liberdade alterações no ramo do direito em que a principal relação jurídica é marcada pela subordinação? A liberdade formal do trabalhador em vender sua força de trabalho esconde, na realidade dos fatos, sua falta de liberdade, uma vez que, despojado dos meios para garantir suas condições de existência, tem que se sujeitar a vender sua força de trabalho.

O discurso da liberdade “formal”, bem como o da igualdade jurídica, esconde a real necessidade de proteção do hipossuficiente. A igualdade de todos perante a lei apenas garante que todos se submetam

---

<sup>11</sup>Como exemplo, citamos: PASTORE, José. Reforma trabalhista: o que pode ser feito? **Cadernos de Economia da Fecomercio**, São Paulo, nov. 2006. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_136.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_136.htm). Acesso em: 16 ago. 2015.

a ela. E aí entra o motivo de existir o direito do trabalho, que “ao impor normas aos sujeitos, não reduz a liberdade dos indivíduos propriamente ou da sociedade como um todo, mas sim parte da liberdade de dominação de uma classe sobre outra”. A especificidade do direito do trabalho é justamente a desigualdade social e material entre as partes no contrato de trabalho. Afastar ou negar essa desigualdade, bem como supor a igualdade entre as partes e a realização da liberdade contratual na relação de emprego significa eliminar essa especificidade e colocar em xeque o próprio direito do trabalho, relegando-o a um mero braço do direito civil.

O discurso da flexibilização<sup>12</sup> pautou a política de (neo)liberalização adotada pelos primeiros governos eleitos diretamente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, que negou efetividade aos direitos sociais nela previstos, com forte impacto no mercado de trabalho. Houve a redução de 50% dos empregos no setor industrial nos anos 1990, a triplicação da taxa de desemprego em 20 anos, e a dominância da informalidade.

Os governos justificavam o desemprego como decorrente da regulação pública do contrato de trabalho e da baixa escolaridade da força de trabalho. As grandes empresas transnacionais, por sua vez, passaram a exercer forte pressão a favor da flexibilização da regulação pública, apesar do caráter despótico desta. Os patrões demandaram aos sindicatos a aceitação da remuneração por resultados - Participação nos Lucros e Resultados (PLR), da adoção da jornada de trabalho flexível - “banco de horas”, da redução de salários e da realização de trabalho aos domingos. Essas “flexibilizações” foram operacionalizadas via negociação coletiva e viabilizaram novas demandas empresariais, que foram implementadas pelo Estado: contrato por tempo parcial, contrato por prazo determinado, dentre outras. E foi também a partir dos anos 1990 que a terceirização generalizou-se. Ressalto ainda a emergência do contrato de prestação de serviços mediante pessoa jurídica como forma de contratação de força de trabalho, equiparando o trabalhador a uma empresa, retirando-lhe toda a proteção social ao seu trabalho.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo importante reforço à proteção dos direitos sociais, inserindo-os no capítulo dos direitos fundamentais. No entanto, o ideário neoliberal fundamentou mudanças significativas na legislação trabalhista para sustentar as práticas na esfera das relações de trabalho.

---

<sup>12</sup>Alain Bihl destaca que, como a *Novlangue* de Oceania, no romance **1984**, de George Orwell, a linguagem contemporânea demonstra inverter o senso do real: “A liberdade é a escravidão”, “A ignorância é a força” (BIHR, Alain. **La novlangue néolibérale**: la rhétorique du fétichisme capitaliste. Lausanne: Page deux, 2007, p. 10).

Não é só o direito do trabalho que é atacado pelo neoliberalismo. O modelo constitucional de seguridade social adotado no Brasil em 1988 abrange as políticas públicas sociais de saúde, previdência e assistência social e tem o caráter solidário e distributivista, inclusive em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O sistema de seguridade social também pode ser considerado uma das representações daquele momento histórico de grande relevância na luta pela positividade dos direitos humanos fundamentais no Brasil. Porém, não há como negar a tensão entre essa concepção de Estado Social, que sequer realizou-se materialmente, e de políticas públicas sociais e a expansão global do neoliberalismo e de suas políticas públicas econômicas, desde a promulgação da Constituição Federal.

Enfim, o modelo social adotado em nossa tão cara Constituição Federal, refletindo o clamor social e a participação popular, além de não se realizar no nosso cotidiano, tem sido desafiado com maior intensidade nos últimos anos, de diversas maneiras:

1) não observância por parte do poder público, que não se pauta pelos objetivos fundamentais prescritos no art. 3º da Constituição Federal, sobretudo: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse sentido, a teoria da reserva do possível demonstra-se altamente eficaz em negar eficácia aos direitos sociais. Além disso, o papel do Estado também é colocado em xeque para promover a ideia de um “Estado enxuto” e eficiente. Essa, digamos, mudança de opção do Estado Social, que nunca se realizou no concreto, para o Estado neoliberal privilegia a questão fiscal sobre a social e o interesse do capital financeiro sobre os interesses e necessidades da população;

2) o descompasso entre o mandamento constitucional e a legislação infraconstitucional. O princípio da legalidade assume uma outra dimensão. Não se trata mais da legalidade surgida como forma de limitar os poderes do Estado ou, como posteriormente, reconstruída como forma de preconizar direitos e garantias. Agora, o conteúdo da lei instrumentalizada pelo Estado neoliberal assegura o poder quase ilimitado do capital. Infelizmente, são numerosos exemplos, mas o mais contundente para nossa atuação é a Lei n. 13.467/2017;

3) decisões judiciais complacentes com o descumprimento da Constituição Federal. Um exemplo apenas: o direito à duração do trabalho normal preconizada no inciso XIII do art. 7º. A relativização desta norma ao longo dos quase 30 anos que sucederam à promulgação da

Constituição Federal, com a aceitação de horas extraordinárias trabalhadas ordinariamente sem qualquer consequência além do pagamento do que já era devido, e às vezes sem o direito ao adicional mínimo de 50%, tem uma consequência perversa consubstanciada na Lei n. 13.467/2017: a legalização, no sentido de positivação, da prática já aceita pela jurisprudência do sistema 12x36, que, na redação dada pela nova lei, sequer exige a concessão de intervalo intrajornada. Esse retrocesso social dá-se de forma quase natural, ao passo que a inovação legal do contrato intermitente, segundo o qual não existe mais direito a uma duração do trabalho normal, não surte a oposição/resistência proporcional ao seu efeito deletério.

## 5 CONCLUSÃO

Neste aspecto, gostaria de lembrar que, dentro dessa lógica neoliberal, em 1996 o Banco Mundial chegou a fazer propostas para a Reforma do Judiciário aos Estados da América Latina e Caribe “para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos” (DAKOLIAS, 1996).

Assim, o Poder Judiciário deixa de ser concebido como instrumento para o exercício de justiça, cidadania e democracia, ainda que ideologicamente, para ser pensado como instrumento para viabilizar investimentos externos. Isso tem reflexos profundos na forma como a jurisdição é exercida.

A própria Justiça do Trabalho é vítima e algoz dessa ideologia neoliberal. Ao atender aos interesses supramencionados com, por exemplo, decisões de restrição ao direito de greve ou de permissão da terceirização, além do fomento à política conciliatória - com ampla divulgação de números e sem levar em conta a renúncia de direitos que muitas vezes está subjacente aos acordos homologados, a Justiça do Trabalho deu forte contribuição para a expansão do ideário neoliberal. Com o decorrer do tempo, ela passou a provar de seu próprio veneno, sofrendo, digamos, assédio moral, com recorrente desqualificação de sua função na promoção de justiça social. Essa destruição da imagem e da própria estrutura da Justiça do Trabalho dá-se de diversas formas: desde notícias falaciosas imputando aos juízes do trabalho o elevado número de processos, como se fossem eles os atores sociais que descumprem as leis, até o discurso de parlamentar que defende o corte orçamentário da Justiça do Trabalho “como forma de estimular uma reflexão sobre a necessidade e urgência” de mudanças na legislação trabalhista no sentido de redução

de direitos<sup>13</sup>, cujo preço político o próprio Poder Legislativo não tinha interesse ou coragem em arcar até 2016.

Existem várias outras considerações a serem feitas sobre o tema, que certamente não se esgotará por aqui, mas para uma provocação inicial para promover nosso debate, gostaria de encerrar, por ora, com a música que simboliza muito bem 2018:

Meu Deus! Meu Deus!  
Se eu chorar, não leve a mal  
Pela luz do candeeiro  
Liberte o cativo social.<sup>14</sup>

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Justitia*, São Paulo, ano 65, v. 198, p. 255-267, jan./jun. 2008.

BIHR, Alain. *La novlangue néolibérale: la rhétorique du fétichisme capitaliste*. Lausanne: Page deux, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Relatório Geral sobre o Projeto de Lei n. 7, de 2015-CN, que “estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016”. **Relatório Final Apresentado**. Alterado em 16.12.2015 (ao Relatório e Voto). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=WVnZZ7LpXlryFSSWI52aVtm6ttSEsbfisuQ4O6DmITE,&dl>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal**. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4066\\_CM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4066_CM.pdf). Acesso em: 26 abr. 2018.

<sup>13</sup>Projeto de Lei Orçamentária para 2016 (Projeto de Lei n. 7/2015-CN). Relatório final apresentado, alterado em 16.12.2015 (ao Relatório e Voto). Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1427235&filename=RLF+1+CMO+%3D%3E+PL-N+7/2015+CN](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1427235&filename=RLF+1+CMO+%3D%3E+PL-N+7/2015+CN). Acesso em: 21 jan. 2016.

<sup>14</sup>G. R. E. S. PARAÍSO DO TUIUTI. Meu Deus, Meu Deus, Está Extinta A Escravidão? **Samba-enredo 2018**. Composição de Claudio Russo, Moacyr Luz, Dona Zezé, Jurandir e Aníbal.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. **Documento técnico 319**. Tradução Sandro Eduardo Sardá. Washington, D. C.: Banco Mundial, 1996.

FATTORELLI, Maria Lucia. A máscara do “déficit” da previdência. **Auditoria Cidadã da Dívida**, Brasília, 18 abr. 2017. Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/mascara-do-deficit-da-previdencia/>. Acesso em: 23 abr. 2018.

G. R. E. S. PARAÍSO DO TUIUTI. Meu Deus, Meu Deus, Está Extinta A Escravidão? **Samba-enredo 2018**. Composição de Claudio Russo, Moacyr Luz, Dona Zezé, Jurandir e Aníbal.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARIANO, Cynara M. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba: NINC, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Aline Beltrame de. O discurso da cidadania em Marshall: a influência do modelo clássico na teoria jurídica moderna. **Jurisvox**, Patos de Minas: Unipam, v. 10, n. 10, p. 22-34, 2009.

PASTORE, José. Reforma trabalhista: o que pode ser feito? **Cadernos de Economia da Fecomercio**, São Paulo, nov. 2006. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_136.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_136.htm). Acesso em: 16 ago. 2015.

REIS, Daniel A. A vida política. *In*: REIS, Daniel A. (Coord.). **Modernização, ditadura e democracia 1964-2010**. História do Brasil Nação: 1808-2010. V. 5. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VECCHI, Ipojucan D. A Constituição e o direito do trabalho. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO RURAL, 18., 2017, São José do Rio Preto. **Conferência de encerramento**. São José do Rio Preto, SP: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2017.

# A FORMAÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DO DIREITO DO TRABALHO NO MUNDO OCIDENTAL

## THE HISTORICAL AND POLITICAL FORMATION OF LABOR LAW IN THE WESTERN WORLD

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos\*

La injusticia es la madre legítima de todas las  
rebeliones.  
(Alfredo Palacios)

**Resumo:** O artigo objetiva facilitar a compreensão das razões sociais, políticas e econômicas que determinaram o surgimento e o desenvolvimento da legislação do trabalho mundial, passando por sua evolução histórica, seus fatos geradores materiais e a polêmica jurídica que os acompanhou.

**Palavras-chave:** Direito do trabalho. Formação histórica. Fatos geradores.

**Abstract:** The article aims to facilitate the understanding of the social, political and economic reasons that determined the emergence and development of world labor legislation, through its historical evolution, its material generating facts and the legal controversy that accompanied them.

**Keywords:** Labor Law. Historical formation. Generating facts.

---

\*Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Membro efetivo das Associações Argentina e Uruguia de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Diretor da Escola Judicial do TRT-15, biênio 2017-2018. Este artigo condensa uma exposição realizada pelo autor perante as Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho da 15ª e da 22ª Regiões, assim como nos cursos de pós-graduação em direito da USP/RP e do Largo de São Francisco.

## 1 INTRODUÇÃO

As relações entre trabalhadores e tomadores de serviços, desde seus primórdios, sempre possuíram um potencial componente conflituoso, cuja explosão poderia gerar, em maior ou menor dimensão, uma ameaça concreta à paz e à estabilidade social.

Por conta disso, ao longo e com o passar dos séculos, foram se criando e aprimorando regras, preceitos e métodos destinados a, em alguma medida, minimizar essa sua dimensão política, na mesma proporção em que igualmente se transformavam as relações econômicas e sociais.

Sem embargo, nos últimos anos recrudescceu ou reavivou-se a **corrente liberal** segundo a qual, na atualidade, esta questão poderia ou mesmo deveria ser abandonada às forças do mercado, que saberiam satisfatoriamente discipliná-la por sua própria conta, dispensando-se, assim, limites ou garantias mínimas asseguradas mediante atos explícitos de intervenção estatal, como o seriam as normas integrantes do direito material do trabalho.

O objetivo deste artigo é, analisando a formação e a origem histórica e política da legislação laboral, verificar se a inferência acima pode ser reputada consistente ou não.

## 2 ANTECEDENTES REMOTOS

Na Antiguidade, a **escravidão** desempenhava o **papel de força motriz fundamental** nas economias nacionais.

Roma utilizou largamente o trabalho escravo. O número destes era considerável, exerciam as mais distintas e variadas atribuições, desde as mais singelas tarefas manuais até assessoramentos técnicos complexos. Muitos circulavam livremente pelas cidades, misturando-se aos cidadãos comuns, com os quais interagiam diária, direta e rotineiramente.

Como sabemos, a República Romana, assim como o vasto e monumental Império que a ela se seguiu, tem um lugar de **destaque superlativo** na formação política e social da civilização ocidental. Seu idioma, o latim, serviu de base para o português, o espanhol, o francês, o italiano, o romeno, ademais de diversas outras línguas e dialetos, e o seu direito foi ainda mais longe, influenciando também os povos invasores, disto resultando o que hoje se denomina de sistema jurídico **romano-germânico**.

Pois tudo isso poderia ter sido diametralmente diferente, por conta exclusiva de um **conflito trabalhista**, que passou à história como a Rebelião de Spartacus (73-71 a.C.).

A saga de Spartacus é bem conhecida: ex-gladiador, reuniu e formou um exército de escravos que enfrentou e derrotou sucessivamente efetivos das legiões romanas enviados ao seu encontro, até ser definitivamente esmagado em uma batalha final. Spartacus, como antes dele já o fizera o general cartaginês Aníbal, colocou a poderosíssima República Romana em um verdadeiro **estado de pânico**.

Se bem que tenha fracassado, a **insurreição servil** liderada por Spartacus inspirou revoltas e intentos revolucionários outros ao longo da história, e mais além disso, deixou patenteado um fato irrefragável: trabalhadores que tenham consciência de seu número e de sua força, minimamente organizados, podem derrotar mesmo os melhores soldados do mundo e colocar abaixo os alicerces daquela sociedade que os explore<sup>1</sup>.

Passando já para a Idade Média, o fato histórico relevante a destacar tem a ver com o advento da **Peste Negra**, que devastou cerca de metade da população da Europa no lapso de 1346 a 1353.

O extermínio por ela ocasionado gerou grande escassez de mão de obra. Com isso, a lógica natural do mercado inverteu-se: havia muita oferta para pouca procura. E, por conta disso, os salários inflacionaram espetacularmente, gerando um inédito e curioso fenômeno socioeconômico: a exploração dos patrões pelos seus trabalhadores.

Para responder a esta inusitada situação, os Estados Medievais editaram leis específicas, servindo de exemplo a **Lei da Lavoura** de Portugal (1349 - Rei Afonso IV), que é considerada como o primeiro conjunto de normas trabalhistas daquele país, a **Ordenança dos Trabalhadores** da Inglaterra (1349 - Rei Eduardo III), também considerada como a primeira lei trabalhista inglesa, e que veio a ser ratificada pelo **Estatuto dos Trabalhadores** de 1351, formalmente vigente até 1863<sup>2</sup>.

O conteúdo da legislação inglesa é assim resumido por Michael Bennett (1995, p. 197, tradução livre):

---

<sup>1</sup>Não por acaso, portanto, como informa Brent D. Shaw, Spartacus era um dos heróis de Marx: “No dia da mentira de 1865, a filha mais velha de Karl Marx, Jenny, apresentou ao pai um questionário lúdico. Diferentemente das pesquisas de *marketing* de nossos dias, ele fazia perguntas sobre seus gostos e desgostos: as qualidades que ele mais preferia em uma pessoa, sua comida favorita (peixe), sua cor favorita (não surpreendentemente, vermelho) e várias outras preferências. A pesquisa também perguntou sobre seu herói, ao que Marx respondeu: ‘Spartacus e Kepler’. O fato de Marx ter escolhido Spartacus sugere quão bem conhecida se tornara, em meados do século XIX, a história de um único escravo que liderou dezenas de milhares de seus companheiros de escravos em uma guerra contra seus mestres romanos” (SHAW, 2001). Tradução livre.

<sup>2</sup>Também há referências à **Ordenança dos Trabalhadores** editada pelo Rei João II da França, em 1351, que se teria inspirado na legislação inglesa.

Na nova Ordenança, foram estabelecidos níveis máximos de salários para diferentes formas de mão-de-obra agrícola, para as várias seções da indústria da construção e para uma série de empregos na indústria e no comércio. Mais marcantes talvez sejam os aspectos da legislação que visavam o controle da força de labor. Todos os homens e mulheres fisicamente aptos deveriam se disponibilizar para o trabalho; eles deveriam trabalhar, se convocados, para os senhores que primeiro os requisitassem e dentro das aldeias em que residiam; os trabalhadores sem emprego deveriam aceitar qualquer encargo oferecido pelo preço fixado; os contratos de serviço deveriam ser por um ano ou outro prazo razoável, e não por dia; os servos não deveriam deixar seus senhores dentro do prazo de seus contratos sem permissão; e jurariam perante os juízes dos trabalhadores observar as ordenanças.

Um dado deveras interessante, que consta da transcrição acima, tem a ver com a figura dos “Juízes dos Trabalhadores” (*Justices of Labourers*). Criados especificamente com o objetivo de fazer cumprir os preceitos das normas trabalhistas recém-criadas, chegaram, segundo informa Bertha Haven Putnam, ao número de 501 juízes entre os anos de 1352 e 1359, cifra nada desprezível para a época<sup>3</sup>. Estes antepassados dos juízes do trabalho da atualidade, portanto, surgiram, indiscutivelmente, para atender a uma genuína **necessidade patronal**.

### 3 FORMAÇÃO EMBRIONÁRIA

O advento cronologicamente simultâneo de duas importantes revoluções, uma de ordem política - a **Revolução Francesa** - e outra de natureza econômica - a **Revolução Industrial** - modificou de forma permanente a estrutura das relações de trabalho subordinado ou dependente.

O maquinismo e a expansão dos mercados transformaram a economia de consumo em uma economia de produção, na qual a quantidade de bens era maximizada em ordem a expandir os ganhos e superar a concorrência. Isto naturalmente acarretou uma considerável intensificação do regime de trabalho, sem que houvesse, ainda, um instrumental

---

<sup>3</sup>PUTNAM, Bertha Haven. The enforcement of the statutes of labourers during the first decade after the black death 1349-1359. **Studies in History, Economics and Public Law**, New York, Faculty of Political Science of Columbia University, V. XXXII, 1908, p. 21. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/putnam/StatutesLabourers.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

jurídico adaptável àquela nova realidade, o que conduziu à adoção da ideia de contrato, tal como previsto para o Direito Civil. Mas a liberdade entre partes desiguais, como já advertira Lacordaire, apenas conduz a uma escravização dissimulada. Como explica Mario Garmendia Arigón (2003, p. 67):

A Revolução Francesa havia iniciado uma nova era de ilusória confiança na justiça e no advento de um futuro melhor. A nobreza havia perdido seus privilégios e se havia produzido a libertação teórica dos camponeses. Além disso, tinham sido destruídos os entraves à liberdade de trabalho. Mas acabou a esperança que geravam essas ideias quando a crescente massa proletária começou a ser envolvida pela miséria e submetida a uma desenfreada exploração por parte dos empregadores.<sup>4</sup>

A perplexidade derivada de tal triste e inusitado estado de coisas, porém, era também demasiado evidente para passar despercebida. Assim, os Estados nacionais começaram a, paulatina e circunstancialmente, editar normas de proteção estabelecendo limites para a utilização da mão de obra assalariada. Na doutrina de Maria do Rosário Palma Ramalho:

Fora dos Códigos, e durante o século XIX, surgem algumas normas laborais. Contudo, trata-se de normas escassas e cuja incidência é limitada às categorias de trabalhadores mais desfavorecidas (as mulheres e as crianças), ou que revestem carácter incriminatório, como no caso dos fenômenos laborais colectivos, por força da proibição genérica do associativismo. (RAMALHO, 2005, p. 36).

É sobretudo interessante notar que, ao mesmo tempo em que o Estado fazia algumas **tímidas concessões** no campo do direito individual, ele fechava a porta no âmbito coletivo, pois já se sentia, desde então, o potencial **impacto revolucionário** que um conjunto de trabalhadores organizados poderia eventualmente assumir.

---

<sup>4</sup>No mesmo sentido expressa-se Joseph Lajugie: “A expansão industrial faz-se sobre as ‘costas dos trabalhadores’, pois os empregadores, procurando diminuir ao máximo o preço de custo de seus produtos, a fim de aumentar seus lucros, exigem de seus operários um dia mais longo de trabalho, por salários cada vez menores. Não receiam, além disso, cada vez que é possível, substituir os homens adultos por mulheres e crianças, que realizam o mesmo trabalho por salários menores” (LAJUGIE, 1981, p. 58).

## 4 FORMAÇÃO FUNDAMENTAL

À medida em que os conflitos entre o capital e o trabalho agudizavam-se - o que se dava na mesma medida e intensidade em que a economia assumia mais e mais o seu caráter de fenômeno definidor de um **novo mundo** -, os Estados da Europa Ocidental e, décadas mais adiante, também os das Américas, se deram conta de que era inútil tentar conter a **pressão política e social** usando somente algumas poucas garantias paliativas combinadas com repressão aos movimentos associativos e a proibição da greve.

Do mesmo modo, a Igreja Católica pressentira o perigo que pairava pela sedução das propostas socialistas. A célebre encíclica *Rerum Novarum*, da lavra do Papa Leão XIII, publicada em 1891, advertia explicitamente que:

A sede de inovações, que há muito tempo se apoderou das sociedades e as tem numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões da política para a esfera vizinha da economia social. Efetivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, **a alteração das relações entre os operários e os patrões**, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais vantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito.

Os Socialistas, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para os Municípios ou para o Estado. Mediante esta transladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, **lisonjeiam-se de aplicar um remédio eficaz aos males presentes**. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Pelo contrário, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social. (PAPA LEÃO XIII, 1891).

A encíclica igualmente deixa claro que as greves seriam um fator de instabilidade social a ser evitado. Não, porém, pela repressão

estatal, mas sim pela eliminação de sua causa ou raiz fundamental, a saber, a insatisfação decorrente dos baixos salários e das jornadas excessivas<sup>5</sup>.

O primeiro intento consistente de propiciar um sistema orgânico de proteção social pode ser situado na Alemanha, fruto do tirocínio político de Bismarck. Segundo Evaristo de Moraes Filho (1956, p. 367):

A obra de BISMARCK significa já a intervenção do Estado na produção econômica, embora com sentimento nitidamente antissocialista. Espírito perspicaz, compreendeu BISMARCK a importância do movimento operário, daí chegando até a entabular negociações com FERDINAND LASSALE, presidente da Associação Geral dos Trabalhadores Alemães, fundada em Leipzig, em 1863, durante o Congresso operário ali realizado.<sup>6</sup>

Fato é que a lista de conflitos entre patrões e empregados, alguns chegando mesmo a assumir a natureza de **batalhas campais**, na Europa e nas Américas, é longa e dolorosa. No Brasil, destacam-se as greves gerais de 1903<sup>7</sup> e 1917, assim como a pouco conhecida **insurreição anarquista** de 1918<sup>8</sup>. Nos Estados Unidos da América podem ser citados,

<sup>5</sup>**O trabalho muito prolongado e pesado e uma retribuição mesquinha dão, não poucas vezes, aos operários ocasião de greves.** É preciso que o Estado ponha cobro a esta desordem grave e frequente, porque estas greves causam dano não só aos patrões e aos mesmos operários, mas também ao comércio e aos interesses comuns; e em razão das violências e tumultos, a que de ordinário dão ocasião, põem muitas vezes em risco a tranquilidade pública. O remédio, portanto, nesta parte, mais eficaz e salutar **é prevenir o mal com a autoridade das leis, e impedir a explosão, removendo a tempo as causas de que se prevê que hão de nascer os conflitos entre os operários e os patrões**” (PAPA LEÃO XIII, 1891). (Item 22 da encíclica *Rerum Novarum*, destaques nossos).

<sup>6</sup>Da labuta de Bismarck resultaram a Lei do Seguro de Saúde (1883), a Lei do Seguro de Acidentes (1884) e a Lei da Aposentadoria por Velhice e do Seguro-Invalidez (1889), e, já após sua saída do governo, a Lei de Proteção dos Trabalhadores (1891).

<sup>7</sup>Estima-se que esse movimento grevista, que durou 26 dias, e foi duramente reprimido pelas forças policiais - com o auxílio de efetivos do Exército e da Marinha - teve a participação de **40.000** (quarenta mil) trabalhadores, dos quais cerca de 25.000 (vinte e cinco mil) eram operários de fábricas de tecidos, e os demais charuteiros, chapeleiros, alfaiates, vidraceiros, estivadores, operários das pedreiras, carregadores de café e carpinteiros. O “estopim” da greve foi o hábito das fábricas de tecidos “venderem” aos seus operários os instrumentos de trabalho. Gradualmente outras categorias aderiram. A expansão do movimento expandiu também a abrangência das reivindicações. Conforme, GOLDMACHER, Marcela. **A “greve geral” de 1903: o Rio de Janeiro nas décadas de 1890 a 1910.** 2009. 177 f. Tese (Doutorado em História)-Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/stricto/td/1152.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.

<sup>8</sup>Movimento que, aproveitando o momento de greves no país e notadamente no Rio de Janeiro, tentou, sem sucesso, sublevar a cidade, com o objetivo de formar o “Soviete do Rio de Janeiro”. Como notou Wellington Barbosa Nébias, “[...] trabalhadores descontentes e trabalhadores dispostos a fazer uma revolução são duas coisas muito diferentes. Apesar do discurso revolucionário ter ganhado força, junto aos trabalhadores no ano de 1918, devido à conjuntura internacional, a grande maioria dos trabalhadores não esperava que seus problemas fossem resolvidos por uma revolução social” (NEBIAS, 2009, p. 160).

para ficarmos somente em um único exemplo, os conflitos trabalhistas na área da mineração, que ficaram conhecidos pela sugestiva expressão de “*Coal Wars*”. Na Europa, a seu turno, já após a célebre revolução russa de 1917, houve uma série de outros verdadeiros **intentos revolucionários**, notadamente no ano de 1919<sup>9</sup>.

Todo este contexto de **instabilidade social** globalizada impulsionou o surgimento de normas orgânicas de contenção, tendência cujo ápice foi a formação da Organização Internacional do Trabalho.

## 5 A OIT E A QUESTÃO SOCIAL

A Organização Internacional do Trabalho surgiu como um capítulo do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial.

O momento histórico, por si mesmo, já é bastante sugestivo. Afinal, que sentido haveria em se tratar de condições de trabalho, ou de garantias trabalhistas, em um documento destinado a pacificar nações em guerra? Qual a pertinência de abordar um assunto que nada tinha a ver com concessões de território ou reparação de danos causados por batalhas e invasões?

Ocorre que, como vimos, a instabilidade social existente estava estimulando revoluções. Aquela massa de trabalhadores, que após quatro anos de luta, sofrimento, renúncias e frustrações, que vira amigos, colegas e parentes serem despedaçados nas trincheiras, ou agonizarem e morrerem de modo terrível pela ação do **gás mostarda**, se não fosse bem acolhida em seu retorno à casa, seria um inevitável combustível para a semente de revolta já plantada e cada vez mais proeminente. As greves poderiam transformar-se noutra guerra, fosse esta interna ou, mesmo, transnacional<sup>10</sup>.

Para que não reste dúvida de que a OIT ali estava para evitar a revolução e proteger o sistema capitalista nascente<sup>11</sup>, basta ler a parte

<sup>9</sup>Por exemplo: a **República Socialista da Finlândia** (janeiro a maio de 1918); o **Levanteamento Espartaquista**, que consistiu em uma greve geral e lutas armadas ocorridas em Berlim de 5 a 12 de janeiro de 1919; a **República Soviética da Baviera** (abril/maio de 1919); a **República Soviética da Eslováquia** (junho/julho de 1919) e a **República Soviética da Hungria** (março a agosto de 1919).

<sup>10</sup>A doutrina, aliás, desde sempre vislumbrou uma similitude entre a greve e a guerra: “A greve é um estado de guerra, precedida por uma espécie de ultimato, na frase consagrada de Pic, que degenera em hostilidade nas relações entre empregadores e trabalhadores, motivo pelo qual se estabelece o paralelo entre o estado de guerra e o estado de greve” (RUSSOMANO; CABANELLAS, 1979, p. 18).

<sup>11</sup>Bastante interessante e ilustrativo é o registro realizado a tal respeito por Everardo Dias, observador contemporâneo da formação do direito laboral nacional e internacional: “Por esse mesmo tempo, numa cidade suíça, um grupo de delegados dos países da chamada ‘entente’, reunidos em Congresso, procurava **amortecer o espírito de luta de classes e o triunfo do Socialismo** através de uma ‘Carta do Trabalho’, criando mesmo um Bureau Internacional para discutir e dirimir os conflitos” (DIAS, 1977, p. 93). Destaque nosso.

inicial do preâmbulo de sua Constituição, que é, neste sentido, claro, contundente e autoexplicativo<sup>12</sup>:

Considerando que a **paz universal e permanente** somente se pode basear **na justiça social**; considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes [...]. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946).<sup>13</sup>

Para nada admira, assim, que as seis primeiras convenções da OIT, editadas já no próprio ano de 1919, cuidassem de temas ou garantias candentes àquela época, a saber, e pela ordem: jornada de trabalho, prevenção e proteção contra o desemprego, proteção da maternidade, trabalho noturno das mulheres<sup>14</sup>, idade mínima para o trabalho na indústria e trabalho noturno de “menores” na indústria<sup>15</sup>.

<sup>12</sup>O presidente da Comissão Constituinte da OIT foi o sindicalista norte-americano **Samuel Gompers** (1850-1924). Gompers foi também fundador e o primeiro presidente da American Federation of Labor (AFL).

<sup>13</sup>O Preâmbulo da Constituição da OIT também explicitou a necessidade de um agir multinacional: “Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946). Aliás, a constatação de que as normas trabalhistas deveriam ultrapassar as barreiras territoriais nacionais já fora sentida bem antes, como se extrai de trecho de requerimento encaminhado, em **1841**, ao Primeiro Ministro francês, pelo fabricante **Daniel Legrand**: “Uma lei internacional sobre o trabalho industrial é a única solução possível do grande problema social, de dispensar à classe obreira os benefícios morais e materiais desejáveis, sem que as indústrias sofram e sem que a concorrência entre os industriais dos países receba o menor prejuízo” (RAYNAUD, 1907, p. 13). Tradução livre.

<sup>14</sup>Esta Convenção (4) foi revogada pela OIT em 2017. As demais estão todas vigentes. O Brasil denunciou as Convenções 3 (em 26.7.1961) e 5 (em 28.6.2002). As Convenções 1 e 2 não foram ratificadas por nosso país. A Convenção 6 integra formalmente o ordenamento jurídico nacional desde 1934.

<sup>15</sup>Talvez a melhor síntese do **objetivo político primigênio** da legislação social tenha sido aquela feita por Antonio Ferreira Cesarino Júnior: “Daí o desenvolvimento de uma copiosa legislação social, abordando quase todos os aspectos das relações entre os economicamente fortes e os economicamente fracos, para, ao mesmo tempo que protegia imediatamente a estes, promovendo-lhes, juridicamente, o reajustamento econômico e social e, até mesmo educacional, **assegurar àqueles o gozo tranquilo de seus bens, evitando o desencadear violento da questão social** que, mais ou menos latente, sempre existiu em todos os países e em todas as épocas” (CESARINO JÚNIOR, 1942, p. 5).

## 6 O DEBATE JURÍDICO-ECONÔMICO

Posta a nova legislação - ou estando a ser considerada sua implementação - surgiram as inevitáveis objeções da classe patronal.

Em essência, **dois argumentos centrais** eram esgrimidos pelos adversários da nova legislação. No **âmbito jurídico**, o dogma da plena liberdade contratual; no **âmbito econômico**, o entrave ao bom desenvolvimento da atividade empresarial.

O argumento jurídico era claramente inconsistente, dada a impossibilidade fática de consumir um ajuste equilibrado ante a disparidade de forças das partes contratantes<sup>16</sup>. Como registrou Evaristo de Moraes:

O economista clássico mantém ainda, contra a evidência dos fatos, no interesse do capitalismo moderno, a crença nas virtudes da liberdade de trabalho, não admitindo regras, nem normas legais, que fixem as bases do contrato entre o empregador e o empregado, ou (como se diz na linguagem jurídica brasileira), entre o **locatário** e o **locador** de serviços. (MORAES FILHO, 1971, p. 9).<sup>17</sup>

O argumento econômico, por sua vez, foi, basicamente, o mesmo de hoje: normas trabalhistas embaraçam a atividade dos empreendedores e encarecem o custo da mão de obra. Como registrou, com sua acuidade intelectual privilegiada, o jurista argentino Alfredo Palacios, tratava-se, ainda e sempre, da **eterna cantilena**. Em suas palavras:

Na Inglaterra se produziu o mesmo fenômeno em razão da redução da jornada em 1847. Se dizia na Câmara dos Comuns que as perturbações iriam ser incontáveis; que os interesses do Estado iriam ser prejudicados; que a indústria se arruinaria; que os salários baixariam. O Ministro do Interior demonstrou, porém, fazendo um extrato de um célebre livro de John Rhæe, que a redução da jornada determinou um aumento da produção. (PALACIOS, [ca. 1910], p. 84-85).<sup>18</sup>

<sup>16</sup>Alejandro Gallart Folch, professor da Universidade de Barcelona, cunhou a tal respeito uma **síntese brilhante**, e que, por isso mesmo, veio a tornar-se célebre. Segundo ele, a função da legislação do trabalho seria a de “[...] compensar com uma superioridad jurídica la inferioridad económica del obrero” (GALLART FOLCH, 1936, p. 16).

<sup>17</sup>Esse debate esteve bastante presente, na Suprema Corte Americana, ao princípio do Século XX. Consultem-se, especialmente, os casos **Lochner vs. New York** (1905) e **West Coast Hotel Co. vs. Parrish** (1937).

<sup>18</sup>Tradução livre. Palacios estava falando perante o Congresso Argentino em 1907. Logo, como se vê, já àquela época, tal argumento patronal era um sexagenário padecendo de **demência**.

## 7 A EXPANSÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A chegada da década de 1930, com a depressão econômica que a acompanhou, foi a prova científica de que o problema não estava nas normas trabalhistas, mas justamente em seu contraponto: o mercado sem freios, a especulação sem limites, o investimento sem lastro.

A **instabilidade social** renovada trazida pelo abalo financeiro motivou a expansão e a consolidação da legislação do trabalho no mundo ocidental. Ela assumiu, neste momento delicado, de novo, o papel de **antídoto contra as ideias socialistas**, que clamavam novamente pela destruição do sistema capitalista que, de resto, havia desmoralizado a si mesmo. Não por acaso, em 1931, a Igreja Católica interveio através da Encíclica *Quadragesimo Anno*, da lavra de Pio XI, que ratificava<sup>19</sup> e consolidava os fundamentos da Encíclica *Rerum Novarum*<sup>20</sup>.

A Declaração de Filadélfia (1944), a seu turno, reafirmou o princípio de que **a paz permanente só pode estar baseada na justiça social**, e estabeleceu quatro ideias fundamentais, que constituem valores e princípios básicos da OIT até hoje: que o trabalho deve ser fonte de dignidade; que o trabalho não é uma mercadoria; **que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos**, e que todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem-estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.

A legislação do trabalho estava, pois, com sua identidade firmada e suas motivações políticas e históricas devidamente enraizadas. E sua **finalidade central** foi bem resumida por Luisa Riva Sanseverino:

A característica principal do 'Direito do Trabalho' em relação a outros ramos do Direito, **qualquer que seja o ordenamento jurídico que se venha a considerar**, é a de representar a solução normativa que um determinado país deu, em determinado momento histórico, a todo o complexo de problemas políticos e econômicos, que se costuma resumir na expressão '**Questão Social**'. (SANSEVERINO, 1976, p. 9).

<sup>19</sup>É interessante registrar aqui um comentário feito por G. C. Rutten, em 21 de outubro de 1933, assinalando que a maioria dos católicos dos países industriais não havia seguido os ensinamentos de Leão XIII e, por conta disso, "[...] facilitaram surpreendentemente a propaganda do socialismo o qual tende cada vez mais em vários países a retornar a suas origens comunistas" (ROCHA, 1938, p. 13). Tradução livre.

<sup>20</sup>Bons exemplos de legislação dessa época, criados todos também em 1931, são o código do trabalho chileno, a lei federal do trabalho mexicana e a lei de contrato de trabalho espanhola.

## 8 CONCLUSÃO

Chegado o Século XXI, lançam sobre o direito do trabalho as mesmas pechas que já lhe haviam atribuído ao alvorecer do Século XX.

Volta-se a falar da infalibilidade do mercado para reger as relações entre patrões e empregados, retorna-se a mencionar as vantagens da ausência de limites ou garantias em prol do **pleno desenvolvimento econômico**, que estaria, então, apto a gerar também **pleno emprego**.

Porém, fato é que, se o **liberalismo clássico** - que hoje assume a forma de um **neoliberalismo repaginado** - realmente funcionasse, as normas trabalhistas sequer teriam surgido.

Os trabalhadores não teriam realizado greves, a polícia não teria reprimido manifestações operárias, os sindicatos seriam meras associações destinadas à promoção de atividades de lazer, a Igreja não teria editado encíclicas sobre o tema, os parlamentares - que, aliás, em sua esmagadora maioria, não eram egressos da classe proletária - não teriam apresentado projetos de lei, e incontáveis pessoas não teriam sido presas, processadas, deportadas, mutiladas ou perecido no transcorrer de todo esse processo histórico.

O direito do trabalho é uma genuína criação do regime de mercado. É um filho do capitalismo, bastardo talvez, não desejado talvez, mas filho ainda assim, e dentre todos, **é o mais leal**. Ajusta o sistema capitalista, modula suas incongruências, compreende suas limitações, tem paciência com seus defeitos, e **nunca intentou modificar a sua essência**<sup>21</sup>. Isso não é somente especulação, não é mera opinião, tudo isso é **história**, e, portanto, igualmente **ciência**.

Renegar o direito do trabalho, entregando a direção do sistema aos seus “filhos favoritos”, mas pródigos, implicará, cedo ou tarde, a ruína do “patrimônio familiar”, que será envolvido por distúrbios e revoluções, transformando-se em algo parecido com o projeto socialista do Século XIX. Vale aqui rememorar o célebre aforismo de George Santayana (1863-1952): “aqueles que não conseguem recordar o passado, estão condenados a repeti-lo”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup>Como brilhantemente sintetiza o professor da Universidade de Cádiz, Antonio Alvarez del Cuvillo, as funções clássicas do direito do trabalho, que seguem plenamente vigentes, estariam em seu conjunto destinadas a valorizar o trabalhador para reforçar a sociedade de mercado, limitar o conteúdo do contrato de trabalho para consolidar a sua existência e legitimar o poder empresarial pelo “empoderamento” relativo dos trabalhadores face a ele. Em outras palavras: a função geral do direito do trabalho seria a de canalizar o conflito trabalhista sem suprimi-lo e humanizar o capitalismo sem substituí-lo. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. La vigencia de las funciones históricas del derecho del trabajo en el siglo XXI. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, v. 7, n. 2, abr./jun. 2019. Disponível em: [http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde\\_adapt/issue/view/66](http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/issue/view/66). Acesso em: 4 jul. 2019.

<sup>22</sup>Cabe registrar que, no caso dos neoliberais brasileiros, não parece ser esse um problema de **falta de memória**, mas sim de **falta de estudo mesmo**, vale dizer: de **ignorância pura**.

## REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. La vigencia de las funciones históricas del derecho del trabajo en el siglo XXI. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, v. 7, n. 2, abr./jun. 2019. Disponível em: [http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde\\_adapt/issue/view/66](http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/issue/view/66). Acesso em: 4 jul. 2019.
- BENNETT, Michael. The impact of the black death on english legal history. **Australian Journal of Law and Society**, n. 11, p. 191-204, 1995. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJILawSoc/1995/1.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Direito processual do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- DIAS, Everardo. **História das lutas sociais no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1977.
- GALLART FOLCH, Alejandro. **Derecho español del trabajo**. Barcelona: Labor, 1936.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario. **Ordem pública e direito do trabalho**. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2003.
- GOLDMACHER, Marcela. **A “greve geral” de 1903: o Rio de Janeiro nas décadas de 1890 a 1910**. 2009. 177 f. Tese (Doutorado em História)-Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/stricto/td/1152.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.
- LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos**. Tradução Geraldo Gerson de Souza. 7. ed. atual. de acordo com a 9 ed. francesa por Rolando Roque da Silva. São Paulo: Difel, 1981.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário**. São Paulo: LTr, 1971.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- NEBIAS, Wellington Barbosa. **A greve geral e a insurreição anarquista de 1918 no Rio de Janeiro: um resgate da atuação das associações de trabalhadores**. 2009. Dissertação (Mestrado em História)-Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009, p. 160. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp113976.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT.

**Constituição OIT e Declaração de Filadélfia.** Montreal, 1946. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/comece-a-oit/WCMS\\_336957/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/comece-a-oit/WCMS_336957/lang-pt/index.htm).

PALACIOS, Alfredo. **Por las mujeres y los niños que trabajan.** Valencia: F. Sempere y Compania, [ca. 1910].

PAPA LEÃO XIII. Carta encíclica *rerum novarum*: sobre a condição dos operários. **A Santa Sé,** Vaticano, 15 maio 1891. Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 25 mar. 2019.

PUTNAM, Bertha Haven. The enforcement of the statutes of labourers during the first decade after the black death 1349-1359. **Studies in History, Economics and Public Law,** New York, Faculty of Political Science of Columbia University, V. XXXII, 1908. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/putnam/StatutesLabourers.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho.** Parte I - dogmática geral. Coimbra: Almedina, abr. 2005.

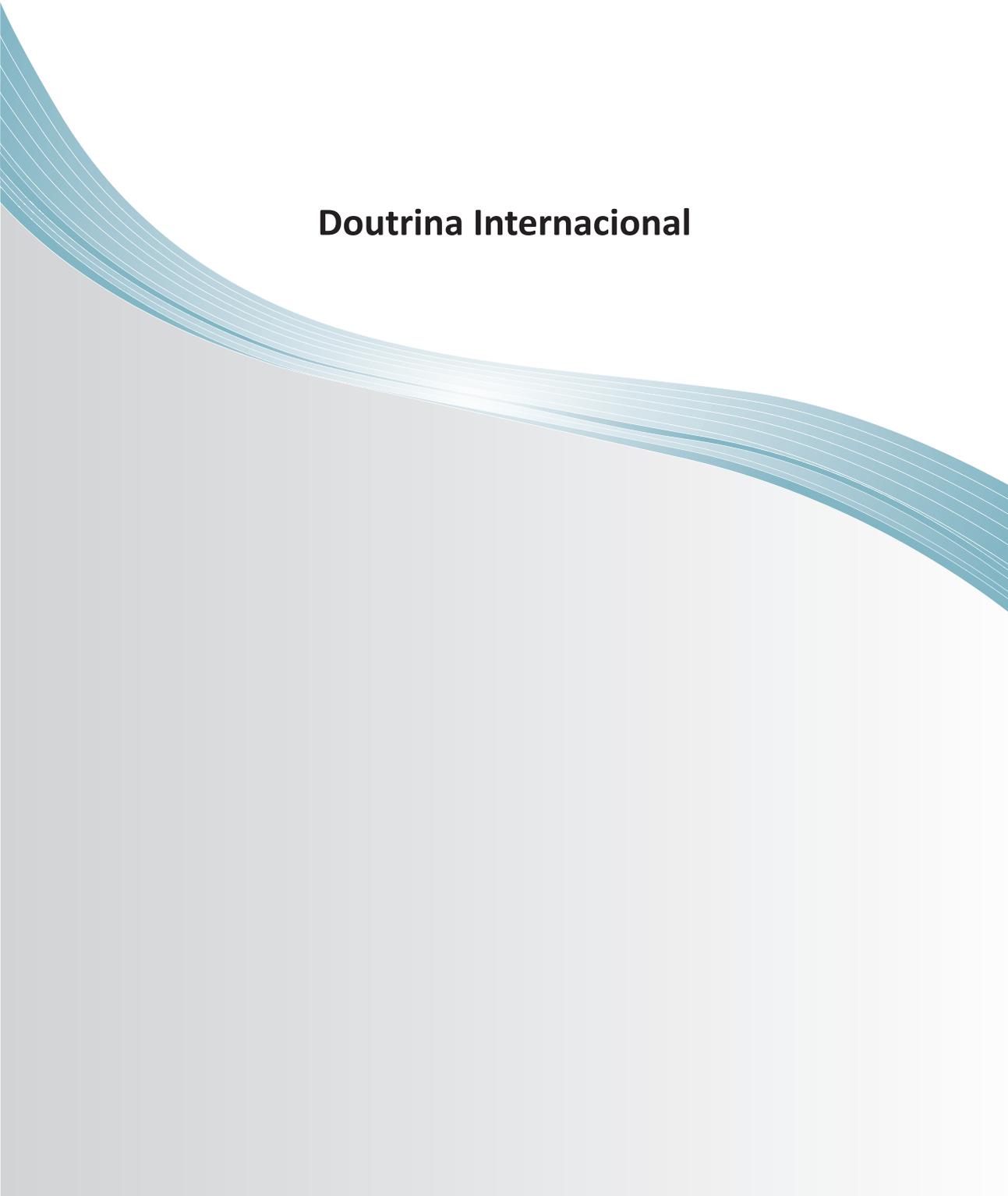
RAYNAUD, B. **Derecho internacional obrero.** Tradução e prólogo Adolfo A. Buylla. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1907.

ROCHA, Manuel. **Trabajo y salario.** Buenos Aires: Libreria Santa Catalina, 1938.

RUSSOMANO, Mozart Victor; CABANELLAS, Guillermo. **Conflitos coletivos de trabalho.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de direito do trabalho.** Tradução Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

SHAW, Brent D. Spartacus: the man, the myth, and the modern symbol of rebellion. In: SHAW, Brent D. (Ed.). **Spartacus and the slave wars: the bedford series in history and culture.** New York: Palgrave Macmillan, 2001. Disponível em: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-137-12161-5\\_2](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-137-12161-5_2). Acesso em: 27 mar. 2019.



# **Doutrina Internacional**



## A LEI PORTUGUESA SOBRE O TVDE E O CONTRATO DE TRABALHO: sujeitos, relações e presunções

### THE PORTUGUESE LAW ABOUT TVDE AND THE LABOR CONTRACT: subjects, relations and presumptions

AMADO, João Leal\*

MOREIRA, Teresa Coelho\*\*

**Resumo:** O mundo digital em que vivemos e o chamado “trabalho 4.0” têm vindo a lançar novos e complexos desafios ao Direito do Trabalho. Um ramo de direito que surgiu após a primeira Revolução Industrial, a pensar na fábrica e no operário, vê-se hoje confrontado com novas formas de prestação remunerada de serviços, designadamente via *apps*, mediante plataformas eletrónicas. O caso da *Uber* é bem um exemplo disso. Neste texto, propomo-nos fazer um ponto da situação sobre a qualificação dos respetivos motoristas como trabalhadores ou não, tendo em conta os desenvolvimentos jurisprudenciais que vão ocorrendo à escala global e à luz do disposto na Lei n. 45/2018, de 10 de agosto, que veio estabelecer o regime jurídico da atividade de TVDE, bem como o das correspondentes plataformas eletrónicas.

**Palavras-chave:** Contrato de trabalho. Motoristas. Plataformas eletrónicas. Presunção de laboralidade. *Uber*.

---

\*Doutor em Direito. Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro da Direção da APODIT - Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. Vice-Presidente da Direção do IDET - Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho.

\*\*Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro da Direção da APODIT - Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos.

The *status* of Uber drivers has been the subject of a heated debate recently. This transportation service - which ingeniously connects drivers with customers through an on-line app - is highly popular especially with residents of big cities, both those (customers) who use it as a cheap and efficient taxicab, and those (drivers) who enjoy the opportunities it creates for extra income. There is little doubt that such a service offers some gains to society. At the same time, it is quite obvious that the use of new technologies cannot be a valid excuse for evading the law. [...] The same is true with regard to the *status* of drivers - the question of whether they are independent contractors (as argued by Uber) or employees. If the protection of labour law is needed in such cases, the use of new technologies such as an on-line platform should not matter; it cannot be a valid excuse for evading the law.  
(Guy Davidov)

## 1 DIREITO DO TRABALHO E TRABALHO DEPENDENTE

### 1.1 O direito do contrato de trabalho

É bem sabido que a expressão **Direito do Trabalho** se mostra, porventura, demasiado ampla e, nessa medida, algo enganadora. Com efeito, nem todo o trabalho prestado nas sociedades hodiernas é regulado por este ramo do direito, antes este limita-se, em princípio, a disciplinar as relações laborais marcadas pela nota da subordinação jurídica, pelo dever do prestador de trabalho obedecer às injunções patronais, pelo poder do credor de trabalho de comandar a atividade daquele. É, pois, o trabalho assalariado, dependente, de execução heteroconformada, aquele que constitui o principal alvo da atenção do direito laboral. E é também sabido que, na gênese deste ramo do direito, foi sobretudo a figura do operário que esteve presente (fábrica, indústria, proletariado).

De todo o modo, importa sublinhar que o contrato de trabalho não se define por **aquilo que se promete fazer**, isto é, pelo tipo de atividade em questão, mas sim pelo **modo como se promete fazer**, isto é, pela circunstância de essa atividade ser prestada sob a autoridade e direção do empregador. Produto tardio da Revolução Industrial, nascido a pensar na fábrica e no operário<sup>1</sup>, o Direito do Trabalho cresceu muito ao longo

---

<sup>1</sup>"Trabalho massificado, sujeito ao ritmo da máquina, realizado na fábrica - lugar de propriedade privada do empregador e com os instrumentos deste - trabalho cujo resultado é propriedade do empregador e trabalho vendido por unidade de tempo. E de um tempo ele próprio cada vez mais uniforme e estandardizado - a fábrica exprime também o triunfo do relógio - que permite conceber este intercâmbio como a 'venda' de energias laborais por unidade de tempo" (GOMES, 2007, p. 104).

do Séc. XX, abriu-se a novas realidades, terciarizou-se, sofreu o choque da revolução tecnológica. Neste processo, o âmbito subjetivo do Direito do Trabalho ampliou-se consideravelmente - a fábrica é substituída pela empresa, o operário pelo trabalhador, a dependência económica pela subordinação jurídica -, indo muito para além do seu protótipo tradicional, da matriz fabril que esteve na sua génese. Ora, esta mesma ampliação subjetiva veio a colocar em crise a unicidade, se não mesmo a unidade, do ordenamento jurídico-laboral. A expansão importou, inevitavelmente, uma certa diversificação regimental. Daí que a **diversidade normativa** constitua hoje, seguramente, uma das principais características do ordenamento jurídico-laboral. Com efeito, surgindo o mundo do trabalho assalariado, cada vez mais, como uma realidade multiforme e heterogénea, compreende-se que o correspondente direito não possa apresentar-se como um bloco monolítico.

De forma sintética: **o Direito do Trabalho visa regular uma relação que, conquanto surja em função do livre consentimento prestado por ambos os contraentes, traduzido na voluntária celebração do contrato de trabalho** (neste sentido, o contrato representa sempre um ineliminável sinal de liberdade pessoal), **surge também como uma relação fortemente assimétrica, em cuja execução a pessoa do trabalhador se encontra profundamente envolvida**. Daí que no código genético deste ramo do direito se encontre a sua feição protecionista do contraente débil, a sua função tuitiva do prestador de trabalho, daquele que, ao prestá-lo, se submete à autoridade, direção e fiscalização de outrem, inserindo-se no respetivo âmbito de organização.

Para o Direito do Trabalho releva então, sobretudo, o fenómeno do trabalho assalariado, subordinado, prestado por conta alheia. E o mecanismo jurídico através do qual se realiza o acesso a esse trabalho subordinado é o do contrato individual de trabalho. Recordemos a respetiva noção, tal como se encontra hoje consagrada no art. 11.º do Código do Trabalho (CT):

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. (PORTUGAL, 2009).

Se cotejarmos a noção vertida no atual CT, de 2009, com a noção constante do velho Código Civil (CCiv), de 1966, verificamos que se registam algumas diferenças, julga-se que não muito significativas. Quatro notas merecem, ainda assim, um breve apontamento:

i) o CT afirma, *expressis verbis*, que o trabalhador é, necessariamente, uma **pessoa singular**, “de carne e osso”, nunca uma pessoa

coletiva (já o empregador, como se sabe, tanto poderá ser uma pessoa singular como coletiva);

ii) ao passo que o CCiv alude à prestação de uma atividade **intelectual ou manual**, o CT abstém-se de proceder a tal qualificação da atividade prometida pelo devedor (o que talvez se justifique, tanto em razão do respeito devido ao princípio da igualdade, como pela tendencial homogeneização do trabalho inerente à revolução tecnológica dos nossos dias, que torna algo evanescente a tradicional distinção entre trabalho manual e intelectual);

iii) o CCiv apenas utilizava o singular quando se referia ao empregador (não, claro, no sentido de que este teria de ser uma pessoa singular, mas no sentido de que este seria apenas um), ao passo que o CT admite, ainda que em casos contados, que um contrato de trabalho vincule um trabalhador a vários empregadores (hipótese de **pluralidade de empregadores**, prevista no art. 101.º do CT);

iv) o CCiv diz que o trabalhador prestará a sua atividade “sob a autoridade e direção” do empregador, ao passo que o CT afirma que a mesma será prestada “no âmbito de organização e sob a autoridade” do empregador. Trata-se de uma **nuance** legislativa que acentua o **elemento organizativo**, em regra empresarial, típico do contrato de trabalho. A tónica é colocada no elemento da hetero-organização, na inserção funcional do trabalhador numa estrutura organizativa predisposta e dirigida por outrem. Dir-se-ia que a componente organizacional do contrato de trabalho, antes implícita, foi agora explicitada pelo legislador<sup>2</sup>.

Assim sendo, ontem como hoje, analisando a noção legal de contrato de trabalho concluímos que o mesmo é constituído, essencialmente, por três elementos: a prestação de trabalho, a retribuição e, *last but not least*, a subordinação jurídica. Quanto a esta última, ela decorre do facto de o trabalhador se comprometer a prestar a sua atividade “sob a autoridade e direção” da entidade empregadora (ou, de acordo com a nova fórmula legal, “no âmbito de organização e sob a autoridade” desta),

---

<sup>2</sup>Talvez se possa ir mais longe, com Liberal Fernandes, para quem o novo segmento “no âmbito de organização”, em lugar da anterior “direção”, consiste numa alteração suscetível de agilizar a qualificação do elemento subordinação, adotando um conceito mais flexível de subordinação laboral, de forma a abranger as novas formas de organização do trabalho e passando esta nova matriz de laboralidade a abranger os trabalhadores economicamente dependentes (FERNANDES, Liberal. A noção de contrato de trabalho no Código de 2009: evolução ou continuidade? **Questões Laborais**, Coimbra, n. 51, p. 113-122, 2017). Também Monteiro Fernandes considera existir uma tendência para passar do critério formal da subordinação jurídica (assente na existência de uma posição de **autoridade juridificada** de um sujeito sobre o outro) para o critério material da dependência económica (assente numa situação de **supremacia de facto** derivada da posição de um dos sujeitos perante o mercado e o processo produtivo) (FERNANDES, António Monteiro. Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador? *In*: ABRANTES, José João (Coord.). **II Congresso Europeu de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, p. 97-107, 2018).

sendo usual dizer-se que é neste elemento que reside o principal critério de qualificação do contrato de trabalho - e de distinção deste face a contratos vizinhos. A subordinação jurídica consiste no reverso do poder diretivo do empregador, ou seja, no poder de o credor da prestação conformar, através de comandos e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou, definindo como, quando, onde e com que meios deve esta ser executada. Por isso o CT afirma que:

Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem. (Art. 97.º) (PORTUGAL, 2009).

E também por isso o mesmo diploma acrescenta que o trabalhador deve:

[...] cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução e disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias. (Art. 128.º, n. 1, al. “e”) (PORTUGAL, 2009).

Como se depreende da simples leitura destas normas, a subordinação jurídica conhece **limites** (sob pena, aliás, de a condição do trabalhador se degradar a uma condição servil), devendo acrescentar-se que também comporta **graus** distintos, tanto podendo ser muito intensa como exprimir-se em moldes bastante ténues e até potenciais (desde logo, a subordinação jurídica não é incompatível com a autonomia técnico-executiva, típica, p. ex., das chamadas “profissões liberais”). E sublinhe-se, por último, que se trata de uma subordinação de natureza **jurídica**, a qual não se identifica com a dependência económica do prestador de atividade (isto é, com a circunstância de o trabalhador carecer dos rendimentos do trabalho para satisfazer as suas necessidades quotidianas). É certo que esta é uma dupla que, em regra, anda a par, cumulando o trabalhador a condição de sujeito juridicamente subordinado e economicamente dependente - e a lei, como é óbvio, não pode nem deve ignorar esta tendencial coincidência. Porém, há casos de divórcio entre ambas, visto que a dependência económica pode viver desacompanhada da subordinação jurídica (pense-se, p. ex., em certas hipóteses do chamado “trabalho parassubordinado”)<sup>3</sup>, sendo a inversa também verdadeira.

<sup>3</sup>O art. 10.º do CT estende a tutela concedida por algumas normas laborais (as respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho) a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da atividade.

## 1.2 A questão da qualificação do contrato

A prestação de trabalho pode, decerto, ocorrer ao abrigo de um contrato de trabalho. Mas sabe-se que nem todo o trabalho humano é enquadrado por este tipo contratual. E a verdade é que, existindo muitos contratos afins ou vizinhos ao de trabalho, aquele que mais frequentemente surge na prática e que maiores dificuldades distintivas suscita é, justamente, o chamado “contrato de prestação de serviço”. Já conhecemos a noção de contrato de trabalho. Mas o CCiv também define os contornos do contrato de prestação de serviço, nos seguintes moldes:

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. (Art. 1154.º) (PORTUGAL, 1966).

Este último é, aliás, um tipo contratual muito vasto, abrangendo o mandato, o depósito e a empreitada (art. 1155.º), mas admitindo-se ainda a existência de modalidades atípicas de prestação de serviço (art. 1156.º)<sup>4</sup>.

Se confrontarmos a noção legal de contrato de trabalho, vertida no art. 1152.º do CCiv (e reproduzida, com as alterações já assinaladas, no art. 11.º do CT), com a noção de contrato de prestação de serviço, vazada no art. 1154.º do mesmo diploma, logo topamos com alguns traços distintivos essenciais. Assim: *i*) quanto ao **conteúdo da obrigação**, no contrato de prestação de serviço trata-se de proporcionar ao credor certo resultado do trabalho, ao passo que no contrato de trabalho está em jogo a prestação de uma atividade (o trabalhador promete uma atividade laboral, o prestador de serviço compromete-se a proporcionar um resultado do trabalho); *ii*) quanto à **retribuição**, esta é um elemento essencial e indefetível no contrato de trabalho (“mediante retribuição”), sendo um elemento meramente eventual no seio do contrato de prestação de serviço (“com ou sem retribuição”); *iii*) quanto às **instruções do credor da prestação**, no contrato de prestação de serviço não se faz qualquer menção às mesmas, ao passo que no contrato de trabalho o devedor presta a sua atividade “sob a autoridade e direção”, ou “no âmbito de organização e sob a autoridade”, da contraparte.

Em teoria parece fácil delimitar as figuras, mas a verdade é que, na prática, a distinção entre ambos os contratos revela-se, amiúde, bastante espinhosa. Se bem repararmos, em ambos os contratos pode

<sup>4</sup>As maiores dificuldades de distinção colocam-se, porventura, entre o contrato de trabalho e os contratos de empreitada ou de mandato. Mas os problemas surgem, por vezes, em relação a outros contratos (contratos de avença, de agência, de sociedade etc.).

haver lugar à remuneração do prestador de serviço. E o certo é que a dicotomia atividade/resultado também não é muito esclarecedora: toda atividade tende à obtenção de um qualquer resultado, sendo que este sempre decorrerá da prestação de uma qualquer atividade... Pelo que, diz-se, o verdadeiro critério distintivo reside, no fundo, na (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.

Só que nem assim os problemas qualificativos desaparecem. A riqueza e a variedade das situações da vida revelam-nos não poucas zonas cinzentas, de demarcação difícil, problema que se agrava se nos não esquecermos de que, como acima foi referido, a **subordinação jurídica** é uma noção de geometria variável, comportando uma extensa escala gradativa (dir-se-ia mesmo que, ao longo do passado século, este elemento foi-se flexibilizando, tendendo a jurisprudência a detetá-lo perante formas cada vez menos vincadas de exercício dos poderes empresariais), ao passo que no contrato de prestação de serviço não deixa de haver espaço para a emissão de algumas instruções genéricas por parte do credor da prestação.

Tudo, portanto, a dificultar a tarefa ao intérprete-aplicador do Direito, o qual, infelizmente, não dispõe de um “subordinómetro”<sup>5</sup>. Se a isto juntarmos que não existe uma relação necessária entre a natureza da atividade exercida e a respetiva qualificação contratual, pois, como nota Sousa Ribeiro (2007, p. 355), “praticamente todo o labor humano por conta de outrem pode ser prestado de forma autónoma ou subordinada”, bem como que, por vezes, existe um desiderato de mascarar a natureza subordinada da relação por parte dos respetivos sujeitos (*maxime* por parte do credor dos serviços), então facilmente se compreenderá que este constitui um dos grandes desafios que atualmente se colocam ao Direito do Trabalho.

Repete-se: é sabido que, desde as suas origens, o Direito do Trabalho não visa regular todo o trabalho humano, mas apenas aquele trabalho prestado em moldes juridicamente subordinados e hierarquicamente dependentes - isto é, o trabalho de execução heteroconformada. E é outrossim bem conhecida a função tuitiva desempenhada por este ramo do direito, isto é, a feição protecionista assumida por este ramo do ordenamento jurídico. Não sendo a única, é inegável que a função de tutela do trabalhador assalariado (da sua pessoa e do seu emprego) e compressão/limitação dos poderes patronais se encontra inscrita no

---

<sup>5</sup>A propósito, sublinhando que a subordinação jurídica, sendo um elemento decisivo para a caracterização e qualificação do contrato de trabalho, “é também, simultaneamente, um conceito de enorme problematidade aplicativa” (RIBEIRO, 2007, p. 355).

código genético do Direito do Trabalho. Ora, aqui chegados, dir-se-ia: se o Direito do Trabalho existe e se este ramo do direito protege os trabalhadores dependentes, com os inerentes custos para a contraparte, então, numa perspetiva patronal algo simplista, mas nem por isso pouco frequente, o melhor será que, ao menos na aparência, deixe de haver trabalhadores dependentes... Daí a larga difusão do fenómeno da chamada “fuga ao Direito do Trabalho” ou “fuga ilícita para o trabalho autónomo”<sup>6</sup>, através da dissimulação fraudulenta de uma relação de trabalho subordinado sob a capa de um falso trabalho independente, prestado ao abrigo de um suposto “contrato de prestação de serviço”.

Este fenómeno da manipulação abusiva da qualificação do contrato é, aliás, bem conhecido dos juslaboralistas, traduzindo-se numa **simulação relativa sobre a natureza do negócio**, com o objetivo de evitar a aplicação da legislação laboral. Trata-se de uma simulação relativa sobre a natureza do negócio, visto que o negócio ostensivo ou simulado (em regra, um qualquer contrato de prestação de serviço) resulta de uma alteração do tipo negocial correspondente ao negócio dissimulado ou oculto (contrato de trabalho). E tratar-se-á de uma simulação fraudulenta, dado que o intuito é o de contornar a legislação laboral<sup>7</sup>. *In casu*, este é um acordo simulatório no qual, naturalmente, o trabalhador também participa, mas o qual, normalmente, lhe é imposto pelo empregador como condição *sine qua non* para proceder à respetiva admissão na empresa. Estamos, pois, perante uma simulação negocial um tanto *sui generis*, quer pela circunstância de a cooperação do trabalhador no acordo simulatório lhe ser de algum modo imposta pela contraparte, quer pelo facto de o principal (ainda que não único) prejudicado com a simulação acabar por ser, precisamente, o trabalhador<sup>8</sup>.

### 1.3 O *nomen iuris* e o “princípio da primazia da realidade”

“Os contratos são o que são, não o que as partes dizem que são”, eis um princípio geral do Direito que encontra intensa aplicação em sede juslaboral. Na verdade, as partes são livres para concluir o contrato “x” ou o contrato “y”, mas já não o são para celebrar o contrato “x”

<sup>6</sup>Palavras de Furtado Martins (A crise do contrato de trabalho. **RDES**, Coimbra, v. 39, n. 4, p. 335-368, 1997). Trata-se, conforme indica o autor, de “situações em que intencionalmente se faz uma errada qualificação das relações de trabalho com o intuito de evitar a aplicação da legislação laboral” (MARTINS, 1997, p. 341).

<sup>7</sup>Sobre estas noções, *vide*, por todos, PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 466-ss.

<sup>8</sup>Sobre as virtualidades e as dificuldades do recurso ao enquadramento simulatório no âmbito do contrato de trabalho, realçando a importância preponderante da fase executiva na tarefa de interpretação e qualificação deste contrato, *vide* VICENTE, Joana Nunes. **A fuga à relação de trabalho (típica)**: em torno da simulação e da fraude à lei. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 57-122.

dizendo que celebraram o contrato “y” - naquilo, e não nisto, consiste a sua liberdade contratual, consagrada no art. 405.º do CCiv (nos termos do n. 1 deste artigo, “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”).

A liberdade contratual não se confunde, pois, com a manipulação ilícita da qualificação da relação: como dizia Orlando de Carvalho,

A liberdade contratual é a liberdade de modelar e de concluir os negócios, não a de decidir arbitrariamente da lei a que eles devem submeter-se (sobretudo se o *nomen* escolhido não corresponde às estipulações). (CARVALHO, 1998, p. 22-23).

Destarte, apurando-se a existência de uma prestação de atividade em regime de heterodeterminação e a troca de uma retribuição, toparemos com um contrato de trabalho e não com um qualquer contrato de prestação de serviço, ainda que esta seja a designação contratual adotada pelas partes. Trata-se, afinal, de dar prevalência à vontade real das partes, desvelada pela execução contratual, sobre a vontade declarada. A doutrina brasileira alude, a este propósito, ao chamado “princípio da primazia da realidade”, precisamente para vincar que as relações jurídico-laborais se definem pela situação de facto, isto é, pela forma como se realiza a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhe foi atribuído pelas partes. Com efeito, para o Direito do Trabalho, interessa menos o que as partes **dizem** do que aquilo que elas **fazem**, porque o que fazem ao longo da relação ilumina a real vontade das partes, isto é, espelha com fidelidade aquilo que elas **querem**. Ademais, reitera-se, aquilo que elas dizem ou escrevem é, quase sempre, aquilo que uma delas diz ou escreve e a outra se limita a aceitar e subscrever.

#### 1.4 A qualificação contratual e a presunção de laboralidade

Como resulta do acima exposto, as questões ligadas à qualificação do contrato em causa, designadamente no tocante à **prova da existência de uma relação de trabalho subordinado**, assumem uma importância decisiva em matéria de efetividade do Direito do Trabalho. Em princípio, querendo o trabalhador fazer valer direitos decorrentes da legislação laboral, e suscitando-se a questão prévia da qualificação da relação, recairia sobre o trabalhador, nos termos gerais, o ónus de provar a existência, *in casu*, de um contrato de trabalho (recorde-se que, segundo o art. 342.º, n. 1, do CCiv, “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”). Ou seja, estando o

**ônus da prova** a cargo do trabalhador, caber-lhe-ia demonstrar a existência dos elementos constitutivos do contrato de trabalho: retribuição, prestação de trabalho e factos que habilitassem o tribunal a concluir pela presença de subordinação jurídica. E, nos casos de dúvida, era muito frequente o recurso jurisprudencial ao chamado “método indiciário”, de controlo múltiplo, em ordem a formular um juízo global sobre a qualificação contratual. Assim sendo, o tribunal recorria a uma bateria de elementos indiciários como forma de testar a existência de uma situação de autonomia ou de subordinação na prestação de trabalho, tais como os referentes ao local de trabalho (quem determina e controla o local de execução da prestação?), ao horário de trabalho (existe um horário definido para o desempenho da atividade laboral?), à modalidade da remuneração (certa ou variável?), à titularidade dos instrumentos de trabalho (propriedade do credor ou do devedor dos serviços?), à eventual situação de exclusividade do prestador de serviços (existe dependência económica deste face ao beneficiário dos serviços?), ao enquadramento fiscal e de segurança social, ao próprio *nomen iuris* escolhido etc.

Tratava-se, repete-se, de meros tópicos indiciadores da existência de subordinação jurídica, cuja verificação tinha de ser demonstrada por quem estava onerado com o ónus da prova do contrato - o trabalhador. Ora, se a prova dos elementos constitutivos do contrato de trabalho é, muitas das vezes, difícil, para obviar a tal dificuldade poder-se-ia recorrer a uma presunção legal de existência de contrato de trabalho. Isso mesmo consta, aliás, da Recomendação 198 da OIT (sobre a relação de trabalho), adotada em 15 de junho de 2006, a qual preconiza que a legislação dos Estados membros estabeleça uma presunção de contrato de trabalho, baseada em indícios relevantes (art. 11.º, al. “b”). Foi o que veio a ser feito pelo nosso legislador, a partir do CT de 2003, procurando, ao menos *prima facie*, contrariar a “fuga ao Direito do Trabalho” a que acima se aludiu. O legislador estabeleceu, pois, uma **presunção de laboralidade** - a qual, por definição, deveria facilitar a prova da existência de um contrato de trabalho, perfilando-se como uma técnica de combate à dissimulação ilícita de relações laborais.

Após dois ensaios claramente falhados, feitos em 2003 e em 2006<sup>9</sup>, o atual CT consagra a referida presunção de laboralidade no seu art. 12.º, n. 1, agora nos seguintes termos:

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:

<sup>9</sup>Para indicações sobre as duas primeiras versões da presunção de laboralidade, em termos críticos, vide AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 64-66.

- 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. (PORTUGAL, 2009).

O novo art. 12.º do CT não é, naturalmente, uma norma perfeita e isenta de críticas. Longe disso, como procuraremos demonstrar na parte final deste texto. Mas pensamos que, à terceira tentativa, o legislador finalmente acabou por estabelecer uma presunção de laboralidade com algum sentido útil. A lei seleciona um determinado conjunto de elementos indiciários, considerando que a verificação de alguns deles (dois?) bastará para a inferência da subordinação jurídica. Assim sendo, a tarefa probatória do prestador de atividade resulta consideravelmente facilitada. Doravante, **provando o prestador que, *in casu*, se verificam algumas daquelas características, a lei presume que haverá um contrato de trabalho, cabendo à contraparte fazer prova em contrário.** Assim, provando-se, p. ex., que a atividade é realizada em local pertencente ao respetivo beneficiário e nos termos de um horário determinado por este, ou provando-se que os instrumentos de trabalho pertencem ao beneficiário da atividade, o qual paga uma retribuição certa ao prestador da mesma, logo a lei presume a existência de um contrato de trabalho. Tratando-se de uma presunção *juris tantum* (art. 350.º do CCiv), nada impede o beneficiário da atividade de ilidir essa presunção, demonstrando que, a despeito de se verificarem aquelas circunstâncias, as partes não celebraram qualquer contrato de trabalho. Mas, claro, o *onus probandi* passa a ser seu (dir-se-ia que a bola passa a estar do seu lado), pelo que, não sendo a presunção ilidida, o tribunal qualificará aquele contrato como um contrato de trabalho, gerador de uma relação de trabalho subordinado.

Pelo exposto, também para o julgador esta presunção reduz a complexidade da valoração a empreender, dado que, pelo menos num primeiro momento, ele poderá concentrar-se nos dados que integram a presunção, circunscrevendo a base factual da sua apreciação. De certa forma, esta presunção representa uma **simplificação do método indiciário tradicional**, visto que, como ponto de partida, ela dispensa o intérprete de proceder a uma valoração global de todas as características pertinentes para a formulação de um juízo conclusivo sobre a subordinação. Mas trata-se, como vamos ver, de uma presunção construída tendo em conta as

formas de prestar trabalho típicas do Séc. XX. O surgimento do chamado “trabalho 4.0” veio criar novos desafios, aos quais, porventura, a atual presunção de laboralidade constante do CT não consegue dar resposta satisfatória.

## 2 A SOCIEDADE DIGITAL E OS NOVOS DESAFIOS AO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 O “trabalho 4.0”

O progresso da humanidade está, muitas vezes, associado ao fascínio perante a ciência e a tecnologia, por originarem inovações que fazem avançar a humanidade: da roda ao microprocessador, do ábaco ao computador, da imprensa escrita à internet e à *web, inter alia*<sup>10</sup>. E, atualmente, a Inteligência Artificial<sup>11</sup> veio para ficar e incide sobre inúmeros aspetos da vida das pessoas em geral e dos trabalhadores em especial, desde o momento de formação do contrato de trabalho<sup>12</sup>, passando pela execução do mesmo<sup>13</sup> e terminando na sua cessação<sup>14</sup>. A própria União Europeia, num documento de 8 de abril deste ano sobre *Ethic Guidelines for Trustworthy AI*, estabeleceu que deveria defender-se sempre o respeito pela autonomia humana, pela transparência, pela privacidade e

<sup>10</sup>Ver o esquema com diferentes fases de evolução apresentado em RODES, Jean-Michel; PIEJUT, Geneviève; PLAS, Emmanuelle. **Memory of the information society**. Paris: Unesco, 2003, p. 11.

<sup>11</sup>Há que referir que não existe um conceito unívoco de Inteligência Artificial, principalmente porque tem de relacionar-se com outro conceito que também é difícil de definir e que é o de inteligência humana, e que a mesma coloca várias questões que ultrapassam, largamente, o âmbito deste nosso artigo. Mas, apenas para referir algumas, desde logo a questão da proteção e propriedade dos dados que constituem a base de trabalho para a Inteligência Artificial; ou questões relativas à responsabilidade, por exemplo no caso dos carros autónomos; ou o direito à privacidade, porque todos vamos deixando uma série de **pistas digitais** que permitem a comparação à entrada de determinados locais de uma cópia digitalizada e a imagem da pessoa em causa e, em especial no caso das relações de trabalho, o trabalhador encontra-se, por esta via, amplamente **radiografado**, e informações colocadas *on-line* podem perdurar no ciberespaço por muito tempo, correndo o risco de ficarem completamente desatualizadas e com a inerente descontextualização dos dados.

<sup>12</sup>Através de novas formas de contratação *on-line, inter alia*, com o recurso a um novo tipo de entrevistas, ou de recurso a plataformas digitais de emprego.

<sup>13</sup>Através de, *inter alia*, um novo tipo de formação ao longo da vida, um novo controlo, o controlo eletrónico/digital, um novo tempo de trabalho, ou de um novo tipo de Direito Coletivo.

<sup>14</sup>Cf., para maiores desenvolvimentos, *inter alia*, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. **Trabalhar para um futuro melhor. Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho**, Lisboa, 2019; CUATRECASAS INSTITUTO DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH. **Inteligencia artificial y sus impactos en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales**. Madrid: La Ley, 2018; NOVOA CESAR, Garcia; SANTIAGO IGLESIAS, Diana (Dir.). **4ª revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, e WORD ECONOMIC FORUM WEF. **The future of jobs report 2018**. Cologny/Geneva: WEF, Centre for the New Economy and Society, 2018.

pela proteção de dados pessoais das pessoas, assegurando a defesa da igualdade e a proibição da discriminação, defendendo sempre a pessoa humana nas suas várias vertentes.

Muito recentemente também, o Projeto de Lei n. 1.217/XIII, que aprova a Carta dos Direitos Fundamentais na Era Digital<sup>15</sup>, apresentado no dia 15 de maio deste ano, aborda a questão da inteligência artificial, desde logo no art. 7.º, assim como o direito à privacidade digital e alguns direitos específicos relativamente aos trabalhadores nos arts. 15.º a 18.º, alguns que podem considerar-se novos e outros que são uma especificação do disposto no Código do Trabalho, ainda que não nos pareça que em certas partes tenha tido a melhor redação<sup>16</sup>.

É neste contexto que a OIT, no centenário da sua criação, defendeu que em 2019 estamos num momento disruptivo de certa forma equivalente ao de 1919, aquando da criação desta organização, abordando a necessidade de revitalização do “contrato social”, centrada no ser humano. Na verdade,

Não é a primeira vez que uma alteração profunda no mundo do trabalho exige uma resposta global coletiva e mundial. Em 1919, na sequência de uma devastadora guerra mundial, os governos, os patrões e os trabalhadores uniram-se, com base num compromisso comum com a justiça social, e fundaram a Organização Internacional do Trabalho (OIT) porque existem condições de trabalho que implicam para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz

<sup>15</sup>Projeto que ainda vai ser discutido e que pode ser visto em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43768>. Acesso em: jun. 2019.

<sup>16</sup>Veja-se, a título de exemplo, o art. 17.º, com a epígrafe Direito à intimidade no local de trabalho. No seu n. 4, estabelece que “O disposto nos números anteriores não obsta a que imagens e sons captados por equipamentos instalados constituam meios de prova quando esteja em causa ilícito disciplinar grave ou infração penal” (PORTUGAL, 2019), mas o art. 28.º do texto de substituição da Proposta de Lei n. 120/XIII/3ª, **Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**, aprovado a 14 de junho, nos n. 4 e 5, estabelece: “4 - As imagens gravadas e outros dados pessoais registados através da utilização de sistemas de vídeo ou outros meios tecnológicos de vigilância à distância, nos termos previstos no artigo 20.º do Código do Trabalho, só podem ser utilizadas no âmbito do processo penal; 5 - Nos casos previstos no número anterior, as imagens gravadas e outros dados pessoais podem também ser utilizados para efeitos de apuramento de responsabilidade disciplinar, na medida em que o sejam no âmbito do processo penal.” (PORTUGAL, 2018b). Existe aqui uma clara contradição, sendo que a redação da Carta dos Direitos Fundamentais na Era Digital não nos parece ser a melhor. Para nós, a redação preferível seria algo como isto: o disposto nos números anteriores não obsta a que imagens e sons captados por equipamentos instalados constituam meios de prova quando esteja em causa ilícito disciplinar grave que constitua infração penal - ou seja, os requisitos deveriam ser cumulativos, isto é, só as infrações disciplinares que constituam também infrações penais poderiam ser provadas através de tais imagens e sons.

e a harmonia universais são postas em risco; e [...] é urgente melhorar essas condições. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 23).

Hoje como então, a paz e a estabilidade duradouras dependem da justiça social<sup>17</sup>.

O Direito do Trabalho é um dos setores do ordenamento jurídico que, pela sua própria natureza, é mais exposto à influência das mudanças tecnológicas. Os sistemas produtivos têm-se caracterizado pela sua contínua modernização e melhoria das técnicas utilizadas de tal forma que o emprego do termo “novas tecnologias” poderia entender-se como uma característica permanente deste ramo do Direito, perfeitamente aplicável a cada uma das suas fases ou etapas cronológicas ou, até mesmo, uma redundância. Desde que Adam Smith consolidou a ideia da organização do trabalho, socorrendo-se do exemplo da fábrica de alfinetes<sup>18</sup>, a história da industrialização está estreitamente ligada às transformações e mudanças nos métodos de organização do trabalho<sup>19</sup>.

O setor das TIC tem revolucionado imenso o Direito do Trabalho, mas não só. A expansão das plataformas digitais é enorme e em menos de uma década foram criadas cerca de 10.000 companhias ou plataformas e muitos empregos foram também criados<sup>20</sup>. Atualmente há uma *app* para tudo ou quase tudo, desde atividades mais simples como entrega de comida, até atividades mais complexas como prestação de serviços jurídicos, surgindo todos os dias novas plataformas. Por outro lado, mesmo aquelas que estão bem sedimentadas no mercado quase que se reinventam todos os dias ou variam a sua aplicação de país para país<sup>21</sup>.

Nesta nova sociedade digital existe uma transformação radical da economia, na medida em que há uma redução enorme dos

---

<sup>17</sup>Neste Documento pode ler-se, ainda, que é necessário “um controlo humano da inteligência artificial, de forma a garantir que as decisões finais que afetam o trabalho sejam tomadas por seres humanos e não por algoritmos. A gestão de algoritmos, a vigilância e o controlo através de sensores e de outras formas de monitorização, precisam de ser regulados para proteger a dignidade dos trabalhadores. O trabalho não é uma mercadoria; nem é um robô” (p. 45).

<sup>18</sup>Neste exemplo, Adam Smith escolhe o famoso caso da fabricação de alfinetes para descrever a passagem do artesanato até à fábrica, constatando que se um trabalhador isolado conseguia, anteriormente, produzir cerca de 20 alfinetes por dia, a separação de tarefas e a colaboração entre os trabalhadores permite produzir 48 mil alfinetes, isto é, 2.400 vezes mais.

<sup>19</sup>Iniciava-se, desta forma, a “grande aventura”, desde a visão da industrialização como uma promessa da divisão do trabalho até uma progressiva incorporação da força de trabalho numa máquina, primeiro como energia motora, para depois ser energia operadora e, por fim, com uma função de controlo. Vide CARINCI, F. Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale. **GDLRI**, Milan, n. 25, 1986, p. 203.

<sup>20</sup>GRAHAM, M.; LEHDONVIRTA, V.; WOOD, A.; BARNARD, H.; HJORTH, I.; SIMON, D. P. **The risks and rewards of on-line gig work at the global margins**. Oxford: Oxford Internet Institute, 2017.

<sup>21</sup>Vide PRASSL, Jeremias. **Humans as a service: the promise and perils of work in the gig economy**. Oxford: OUP, 2018, p. 12-13.

custos de informação e de coordenação, e surgem as plataformas digitais e uma nova economia, a economia partilhada ou colaborativa, que, na noção apresentada pela Comissão Europeia em 2 de junho de 2016, no Documento **Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa**, refere-se a:

[...] modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares. São três as categorias de intervenientes na economia colaborativa: (i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências - podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica ('pares') ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional ('prestadores de serviços profissionais'); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que - através de uma plataforma em linha - ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações recíprocas ('plataformas colaborativas'). Por via da regra, as transações de economia colaborativa não implicam uma transferência de propriedade, podendo ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos. (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, p. 3).

Esta economia colaborativa gera novas oportunidades para todos, podendo dar um importante contributo para a criação de empregos, de regimes de trabalho flexíveis e de novas fontes de rendimento, desde que seja devidamente incentivada e desenvolvida de forma responsável.

Contudo, como também salienta a Comissão Europeia, há vários problemas. Desde logo, a economia colaborativa levanta frequentemente questões no que diz respeito à aplicação dos quadros jurídicos em vigor, diluindo a tradicional distinção entre consumidor e fornecedor, trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, prestação de serviços profissionais e não profissionais.

Também o próprio Parlamento Europeu<sup>22</sup> realça a importância fundamental de proteger os direitos dos trabalhadores nos serviços colaborativos, chamando a atenção para a necessidade de se assegurar o direito de os trabalhadores se organizarem e o direito à negociação e ação coletivas, em conformidade com o direito e a prática de cada Estado membro, salientando que todos os trabalhadores da economia colaborativa são quer trabalhadores por conta de outrem, quer trabalhadores por

<sup>22</sup>Relatório sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, pontos 38 e 39.

conta própria, consoante a primazia dos factos, devendo ser classificados como tal, devendo todos os Estados membros garantir condições de trabalho equitativas e uma proteção jurídica e social adequada para todos os trabalhadores na economia colaborativa, independentemente do seu estatuto<sup>23</sup>.

O trabalho está a revelar-se um fator-chave nesta transformação e revolução. Fala-se, assim, de trabalho 4.0, do trabalho na *gig economy*, que inclui quer o *crowdwork*, quer o trabalho em plataformas - *work-on-demand via apps*, e que, por isso, não se resume apenas à Indústria 4.0<sup>24</sup>, já que se está a falar do trabalho do futuro. Claro que não há um conceito homogêneo ou monolítico deste tipo de trabalho, já que são utilizados diferentes métodos e formas de trabalhar, que podem ir desde tarefas rotineiras, extremamente parceladas, monótonas, até tarefas mais complexas e novas, onde o valor acrescido está na qualificação e na inovação de quem presta<sup>25</sup>.

O *crowdwork*, na verdade, pode ser quer o *crowdwork on-line*, quer o *crowdwork off-line*, na medida em que há atividades que podem ser realizadas completamente *on-line* e oferecidas globalmente. Nestes casos, a concorrência também é verdadeiramente global, e pode originar uma *race to the bottom*. Estas atividades, normalmente oferecidas através da *cloud*, podem incluir tarefas mal pagas, também chamadas de **microtarefas**, assim como grandes tarefas a serem divididas em pequenas tarefas para tornar mais simples e mais barata a mesma. Como exemplos destas plataformas temos a *Amazon Mechanical Turk* e a *Clickworker*. Contudo, também podem ser tarefas que exigem uma elevada qualificação, mas isto não significa que sejam bem pagas, porque como a concorrência é verdadeiramente global, pode não se receber muito na mesma ou, até, não receber nada devido à cláusula de satisfação do cliente.

<sup>23</sup>Considera ainda, no ponto 44, que “muitas plataformas de intermediação em linha são estruturalmente semelhantes a agências de trabalho temporário (relação contratual triangular entre: trabalhador temporário de uma agência/trabalhador de plataformas; agência de trabalho temporário/plataforma em linha; utilizador/cliente)” (PARLAMENTO EUROPEU, 2017).

<sup>24</sup>Este termo provém de um programa comum lançado pelo governo alemão e pela indústria alemã em 2011. Mais tarde, foi utilizado no léxico da Comissão Europeia, bem como noutras regiões. O termo preferido no ordenamento jurídico norte-americano é o de *smart manufacturing*. Através de *cyber-physical systems* e um número elevado de *robots* que substituem o trabalho humano manual, e com a utilização da *big data*, monitoriza-se toda a produção, existindo uma flexibilização na produção e na personalização do produto final. Este termo refere-se a uma verdadeira revolução no setor industrial, sendo que no centro desta nova indústria está uma elevada automatização e interconexão de produção industrial, sendo que processos virtuais e reais emergem com base em sistemas *cyber-physical*, o que permite uma produção mais eficiente, flexível, com uma grande personalização do produto final e com os desejos dos consumidores a serem atendidos.

<sup>25</sup>Dados recentes estimam que nos EUA e na UE cerca de 1/3 da população adulta já participou na economia **colaborativa**, sendo que cerca de 1% a 5% já foi pago através de trabalho realizado nas plataformas. Vide EUROPEAN PARLIAMENT. **The social protection of workers in the platform economy**. Brussels: Policy Department A: Economic and Scientific Policy, 2017, p. 10.

Por outro lado, estas tarefas também são muito mal pagas porque não se tem em atenção o tempo que os trabalhadores têm de estar disponíveis *on-line*, nem o tempo que têm de estar à procura de uma tarefa.

Acresce ainda um outro problema nesta forma de prestar trabalho, que é o da permanente disponibilidade dos mesmos em termos temporais, porque como trabalham *on-line* com fusos horários diferentes dos utilizadores e têm prazos muito curtos para cumprir, têm de responder imediatamente. Assim, a aparente flexibilidade destas formas de prestar trabalho também necessita de ser repensada e há, sim, um enorme controlo<sup>26</sup>.

Existem, ainda, outras atividades que exigem uma presença física e, por isso, a concorrência não é global, mas levantam-se também várias questões e eventual violação de regras de Direito do Trabalho, de que o exemplo mais conhecido é o da *Uber* enquanto plataforma digital relacionada com os transportes, mas também plataformas digitais associadas a serviços domésticos, desde limpeza, mudanças, *bricolage*. Nestes últimos, o trabalhador da plataforma normalmente entra em contacto direto com o utilizador.

Claro que esta divisão é importante do ponto de vista do Direito a aplicar, porque estas segundas são mais fáceis de enquadrar nos meios tradicionais de resolução da lei aplicável do que as primeiras<sup>27</sup>, tendo a OIT recomendado:

[...] o desenvolvimento de um sistema de governação internacional para plataformas de trabalho digitais que estabeleça e exija que as plataformas (e clientes) respeitem certos direitos e proteções mínimas. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 45).

As mudanças tecnológicas criam novos produtos, processos e serviços, assim como novas necessidades e, nalguns casos até, setores totalmente novos. A globalização e as novas tecnologias impõem, de certa

<sup>26</sup>Vide ALOISI, Antonio. Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of on-demand/gig economy platforms. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016, p. 662, assim como BERG, Janine. Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016, p. 557-ss., e STEFANO, Valerio de. The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the “gig-economy”. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016, p. 480.

<sup>27</sup>Veja-se neste sentido TODOLÍ SIGNES, Adrián. Nuevos indícios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales. In: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.; HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dir.). *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2017, p. 224-ss., assim como RISAK, Martin. *Fair working conditions for platform workers: possible regulatory approaches at the EU level*. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018, p. 5-6.

forma, novas relações de trabalho ou, pelo menos, o repensar de algumas relações. E o trabalhador, atualmente, neste **Mundo Novo do Trabalho**, para não ser excluído tem de ter obrigatoriamente um QI digital mínimo que lhe permita conhecer, sobreviver e trabalhar na era digital<sup>28</sup>.

Na verdade, as TIC modificaram e continuam a modificar as bases do Direito do Trabalho: um trabalho muito subordinado, com um perímetro de tempos de trabalho bem definido, que agora sofre uma autêntica **metamorfose**, destruidora de emprego e criadora de um novo conceito de subordinação. Contudo, também parece ser importante assumir o desconhecimento e não realizar **futurologia**, até porque cremos que tem de atender-se a que, numa primeira análise, estas mudanças ocorridas parecem não ser novas, já que o mundo assistiu a anteriores revoluções industriais. Porém, numa análise mais aprofundada, ver-se-á que esta revolução é diferente, já que se atravessa um período de uma evolução sistémica excepcional e raramente comparada a qualquer outra prévia<sup>29</sup>. Não se trata de crise, mas de uma verdadeira metamorfose; não de passagem entre dois estados, mas sim de um salto para o desconhecido.

Relacionada com estas novas formas de prestar trabalho está a questão, óbvia, da qualificação das relações estabelecidas, sobretudo se tivermos em atenção que toda esta questão surgiu para uma relação bilateral, o que origina problemas aquando da análise do trabalho nas plataformas digitais, dado que aqui temos uma relação onde intervêm três partes.

Parece-nos que devemos atender à razão de ser do Direito do Trabalho e por que surgiu a necessidade de proteção do trabalhador - e esta está relacionada com a situação de especial vulnerabilidade de uma das partes relativamente à outra, que resulta quer da diferença contratual que existe porque uma tem o poder de dar ordens, instruções e a outra tem de obedecer, quer ainda porque as partes não têm o mesmo poder negocial.

Ora, face ao que referimos anteriormente, será que estas razões não se mantêm hoje em dia para o caso das pessoas que trabalham nas plataformas eletrónicas? Se no Século XIX os trabalhadores faziam fila à porta das fábricas à espera de obter trabalho, que era diário e sem qualquer respeito pelos tempos de trabalho, e existia, nas palavras de Marx, o “exército industrial de reserva”, hoje em dia, nas plataformas eletrónicas, as pessoas não são contratadas ao dia, mas por tarefa, tarefa esta que pode levar segundos ou minutos a ser realizada, mas em que

---

<sup>28</sup>RAY, Jean-Emmanuel. **Les relations individuelles de travail 2016**. Rueil-Malmaison: Liaisons, 2015, p. 114-ss.

<sup>29</sup>CONSEIL NATIONAL DU NUMÉRIQUE. **Travail emploi numérique: les nouvelles trajectoires**. Rapport n. 2016-1. Paris, 2016, p. 8.

as pessoas têm de estar sempre *on-line* para conseguirem obtê-la e não sabem se no minuto seguinte a terem terminado ainda terão direito a alguma coisa ou não.

## 2.2 O trabalho “via apps”, mediante plataformas eletrônicas: uma jurisprudência flutuante

A nível de Direito Comparado, em ordenamentos jurídicos que, contrariamente ao português, não conhecem uma presunção jurídica de laboralidade, várias são as decisões sobre esta matéria. E, como vamos ver em breve relance, de conteúdo bastante distinto.

### 2.2.1 No ordenamento jurídico francês existem inúmeras decisões sobre a qualificação do contrato

Em dezembro de 2016, o *Conseil de Prud’hommes* de Paris decidiu que o motorista do *Le Cab* era um trabalhador, decisão que foi confirmada pela *Cour d’appel de Paris*, por sentença de 13 de dezembro de 2017.

Contudo, num outro caso a *Cour d’appel de Paris*, numa sentença de 20 de abril de 2017, decidiu que os *riders* da plataforma *Take Eat Easy* não eram trabalhadores porque eles têm uma ampla liberdade na escolha das entregas e de quando querem trabalhar<sup>30</sup>. Porém, relativamente a esta decisão, e em sede de recurso, a *Cour de Cassation* teve um entendimento diferente e, a 28 de novembro de 2018, decidiu que os *riders* deveriam ser considerados como trabalhadores, fundamentalmente baseando-se na ideia da enorme possibilidade de controlo que estas plataformas permitem através do seguimento em tempo real através de aparelhos de geolocalização, a que acresce a possibilidade de sancionar quem não cumprir as regras.

No mesmo sentido, a *Cour d’appel* de Paris, por uma decisão de 10 de janeiro de 2019, decidiu que um motorista da *Uber* deveria ser considerado como trabalhador com um contrato de trabalho e não com um contrato de prestação de serviços, porque a partir do momento em que o trabalhador se conecta à plataforma *Uber* ele integra um serviço organizado pela mesma, que emana diretrizes e ordens, devendo o trabalhador obediência e podendo ser sancionado se não as cumprir. Esta decisão, tal como a anterior, também sublinhou a enorme possibilidade de controlo que há quando se utiliza um sistema de geolocalização, como acontecia no caso concreto<sup>31</sup>.

<sup>30</sup>E o mesmo decidiu também a 9 de novembro de 2017 no caso da plataforma *Deliveroo*, com base em argumentos semelhantes.

<sup>31</sup>Há que referir, contudo, que o *Conseil de Prud’hommes* de Paris, a 29 de janeiro de 2018, tinha decidido diferentemente num caso sobre a *Uber*, caso *Florian Ménard vs. SAS Uber France, Uber B V*.

### 2.2.2 No ordenamento jurídico espanhol também existem inúmeras decisões e em sentidos diferentes

Assim, em 3 decisões deste ano do *Juzgado de lo Social* de Madrid, relativas à plataforma *Glovo*, decisões n. 53/2019, 128/2019 e 130/2019, de 11 de fevereiro e de 3 e 4 de abril, respetivamente, o tribunal considerou que os *riders* da *Glovo* deveriam ser considerados como trabalhadores, porque a plataforma tem um “completo controlo” sobre a atividade desempenhada, incluindo o local onde a todo o tempo se encontra o trabalhador, impondo regras de atuação e que é sujeita a avaliação e criação de perfis, com a eventual aplicação de sanções disciplinares que podem originar a cessação do contrato, se tais regras não forem seguidas. A existência deste poder evidencia, claramente, um vínculo laboral.

É interessante notar também o facto de chamarem a atenção para a importância da marca, considerando que se os trabalhadores pretendessem ser verdadeiros autónomos e não utilizassem a marca, “estariam condenados ao fracasso”, já que o “êxito deste tipo de plataformas” deve-se à publicidade que elas fazem nas redes sociais e em motores de busca, sendo estes os *sites* que os clientes procuram quando querem o tipo de produtos que a plataforma anuncia.

Ora, de tudo isto, como bem se decidiu, infere-se o “escasso valor” para o desenvolvimento da atividade dos meios que o trabalhador utiliza, como seja o caso do veículo ou do telemóvel, quando comparados com a plataforma e o valor da marca no mercado, que são propriedade da *Glovoapp23SL*. O trabalhador está integrado na plataforma e não tem qualquer tipo de responsabilidade perante os clientes, sendo que todo o processo de faturação fica a cargo da plataforma.

Contudo, anteriormente, numa decisão do mesmo tribunal de 3 de setembro de 2018, tinha-se considerado como um trabalhador autónomo, em termos quanto a nós muito discutíveis, porque o tribunal considerou que o trabalhador tinha liberdade quanto à fixação do tempo de trabalho, dado que decidia as horas em que iniciava a sua jornada de trabalho e as horas em que a finalizava, selecionando os pedidos que pretendia e recusando os que não queria, tendo o tribunal considerado a reputação *on-line* como irrelevante, já que considerou que a avaliação só serviria para que o *rider* que tivesse uma melhor pontuação pudesse escolher os pedidos com os quais pretendia ficar, não significando, contudo, uma sanção para os que tivessem uma pontuação mais baixa - o que, cremos, não corresponde bem à realidade.

Também a 11 de janeiro de 2019, o mesmo tribunal decidiu que o *rider* da *Glovo* não era um trabalhador subordinado, mas sim um

trabalhador economicamente dependente (*TRADE: trabajadores autónomos económicamente dependientes*).

Numa outra decisão do *Juzgado de lo Social* de Gijón, de 20 de fevereiro de 2019, foi considerado que os *riders* da *Glovo* deveriam ser considerados como trabalhadores, porque existiriam inúmeros indícios que demonstravam uma subordinação real no contrato celebrado, como a existência de ordens quanto ao trabalho que todos deveriam acatar, a fixação de tempos de trabalho e de dias de descanso, e mesmo a previsão de situações de suspensão da prestação de trabalho. Também é interessante nesta decisão ter-se apontado o facto de as horas em que poderá existir uma melhor pontuação serem fixadas pela plataforma e não pelo *rider*, pelo que a tão apregoada flexibilidade temporal é uma via de sentido único e sempre determinada pela plataforma.

E, tal como na jurisprudência francesa citada, o tribunal abordou a questão da enorme possibilidade de controlo indireto através dos sistemas de geolocalização, assim como a existência de sanções para quem não cumprisse as regras estabelecidas.

No mesmo sentido existe uma decisão do *Juzgado de lo Social* de Valência, de 1º de junho de 2018, sobre a plataforma *Deliveroo*. Este caso foi muito importante porque foi a primeira vez que se abordou esta questão jurisprudencialmente e o tribunal entendeu que se tratava de verdadeiros trabalhadores e, por isso, a cessação do contrato correspondeu a um despedimento ilícito. Este tribunal deu por comprovado que existia uma subordinação jurídica, pois o trabalhador obedecia a ordens da plataforma e laborava segundo as condições fixadas pela mesma, pois era esta que fixava a zona onde o trabalho deveria ser prestado e mesmo o horário de trabalho - apesar de existir alguma flexibilidade, o trabalho tinha de ser prestado dentro de um horário previamente fixado pela empresa e era esta que decidia qual o horário final de cada trabalhador.

Nesta decisão, mais uma vez, considerou-se bastante importante a questão da possibilidade de geolocalização do trabalhador, que permitia um seguimento constante do mesmo e um enorme controlo, assim como a existência de um verdadeiro poder disciplinar porque poderia o trabalhador ser sancionado se não cumprisse as regras.

Numa decisão do *Juzgado de lo Social* de Barcelona, de 29 de maio de 2018, decidiu-se que os *riders* da plataforma *Take Eat Easy* eram trabalhadores, considerando-se que havia subordinação jurídica entre as partes porque existia o poder diretivo, disciplinar e organizacional. Os trabalhadores estavam sujeitos a um horário de trabalho, usavam mochilas e terminais móveis da plataforma, recebendo uma contrapartida pelo trabalho que se tratava de uma verdadeira retribuição.

### 2.2.3 No ordenamento jurídico do Reino Unido foram também proferidas várias decisões sobre a questão da qualificação do contrato

Mas neste ordenamento jurídico existe uma diferença legal entre o estatuto de *workers* e de *employees*. Enquanto estes últimos são verdadeiros trabalhadores com todos os direitos correspondentes, os *workers* são uma categoria intermédia, ainda que tendo direito a um salário-mínimo, ao respeito pelos tempos de trabalho e de igualdade e não discriminação.

Numa decisão do *Supreme Court of United Kingdom*, de 13 de junho de 2018, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor v. Smith*, o tribunal considerou que se estava perante um *worker*, na medida em que existiam indícios claros no contrato celebrado entre as partes que apontavam nessa direção, nomeadamente o facto de se fazer referência a retribuição, infração disciplinar grave e despedimento.

Numa outra decisão do *Court of Appeal* de Londres, de 19 de dezembro de 2018, e que já vem no seguimento da decisão do *Employment Appeal Tribunal*, de 10 de novembro de 2017, e do *Employment Tribunal* de Londres, de 28 de outubro de 2016, o caso *Uber v. Aslam & Others*, o tribunal manteve a mesma decisão e considerou como *workers* os condutores da *Uber*, considerando que a *Uber* tem um elevado controlo sobre toda a atividade realizada pelos motoristas, desde o processo de seleção até à altura da cessação do contrato, impondo-lhes inúmeras regras de conduta e sancionando quem as violar, assim como o facto de a *Uber* manter toda a informação sobre os clientes e ser ela que realiza toda a transação, sem qualquer possibilidade de intervenção por parte dos motoristas. Como o tribunal decidiu, o trabalho dos motoristas “é para a *Uber*” (“We are clear that they provide their work ‘for’ Uber”) e que seria um “absurdo” considerar que a *Uber* é um cliente ou um consumidor nesta relação ou que se trata de um negócio criado pelo motorista.

Numa outra decisão, o *Employment Tribunal* de Londres, a 5 de janeiro de 2017, no caso *Ms. M Dewhurst v. Citysprint UK Ltd*, entendeu que se tratava mais uma vez de uma *worker* e o interesse deste caso é que grande parte da argumentação contra a natureza laboral da relação era a existência de uma cláusula de substituição da trabalhadora. Mas a existência da mesma foi “desconstruída” juridicamente pelo tribunal, que deu como assente que não existia verdadeira liberdade para a substituição, salientando ainda que a leitura do documento não era particularmente fácil para um não jurista, e que a cláusula de substituição era quase “indecifrável”<sup>32</sup>.

<sup>32</sup>“The tender in general is not a document which is easy for a nonlawyer to understand and this clause is almost indecipherable. With respect, we strongly doubt that it was known and understood by Ms. Dewhurst”.

#### 2.2.4 No ordenamento jurídico norte-americano também existem inúmeras decisões, e em sentidos diversos, sobre a qualificação do contrato

Numa decisão de 12 de julho de 2018, o *State of New York Unemployment Insurance Appeal Board* decidiu que a *Uber* era responsável pelo pagamento do subsídio de desemprego de três condutores, assim como de outros que estivessem “similarly situated”, considerando que “era evidente” que a *Uber* exercia um controlo sobre os trabalhadores, nomeadamente através do seguimento que faz dos mesmos, do “livro de bolso” que é entregue aos mesmos com as regras sobre como devem atuar, do controlo prévio que fazem dos mesmos, da determinação por parte da plataforma do preço de cada percurso, assim como a determinação de uma série de aspetos do percurso.

A 11 de março de 2015, o *United States District Court Northern District of California* decidiu no caso *O'Connor v. Uber Technologies Inc.*, que a *Uber* não era uma mera empresa de tecnologia, mas sim também uma empresa de transporte. No mesmo sentido tem-se a decisão da mesma data, *Cotter v. Lyft*.

Também o *California Labor Commissioner*, a 16 de junho de 2015, no caso *Berwick v. Uber Technologies Inc. and Raiser*, decidiu que uma condutora da *Uber* mantinha um vínculo subordinado, condenando a empresa no pagamento de uma indemnização pela cessação do contrato.

Contudo, em sentido diferente, e no que concerne a condutores, não reconhecendo a existência de um vínculo de emprego, existem também várias decisões. Assim, e por exemplo, o *United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania*, a 11 de abril de 2018, no caso *Razak v. UberBlack*, considerou que os motoristas do *Uberblack* eram trabalhadores autónomos, entendendo que, apesar de existir algum controlo, tal não era suficiente para a classificação dos motoristas como trabalhadores.

Em suma, um pouco por toda a parte<sup>33</sup> os tribunais têm experimentado consideráveis dificuldades para procederem ao enquadramento

<sup>33</sup>Também a sul do equador temos múltiplas decisões sobre esta matéria e em sentidos diversos. Só no ordenamento jurídico brasileiro há várias. Para maiores desenvolvimentos sobre estes casos, cfr., *inter alia*, LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017; OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: MPT, 2018, e LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Da máquina à nuvem**: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da *Uber*. São Paulo: LTr, 2019. Também na África do Sul, numa decisão de 7 de julho de 2017, a *Commission for Conciliation, Mediation & Arbitration* considerou os motoristas da *Uber* como *employees*, ao entender que “And if finding them to be employees means that they are able to engage in collective bargaining and exercise the right to strike, these are rights enshrined for all workers in the Constitution, and if collective bargaining and the right to strike are considered a social good for workers in formal or

jurídico do trabalho prestado através de plataformas tecnológicas, registando-se flutuações significativas quanto à qualificação do mesmo como trabalho subordinado, trabalho autónomo ou trabalho “parassubordinado”. Em todo caso, as decisões judiciais de que *supra* damos nota assumem a existência, neste âmbito, de três sujeitos: a plataforma tecnológica, o trabalhador ou prestador de serviços e o cliente. E a discussão centra-se na qualificação da relação jurídica que se estabelece entre a empresa que opera através da plataforma tecnológica e os que lhe prestam serviços remunerados, de forma autónoma ou subordinada (por exemplo, entre a *Uber* e os respetivos motoristas)<sup>34</sup>. Ora, quanto a isto, a lei portuguesa parece conter uma curiosa originalidade, como em seguida se assinalará.

### 3 A LEI N. 45/2018, DE 10 DE AGOSTO, E A PRESUNÇÃO DE LABORALIDADE

Sucede que o nosso legislador veio recentemente regular esta matéria, de forma, como se disse, um tanto peculiar. Com efeito, segundo se lia na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n. 50/XIII, que pretendia estabelecer o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados (TVDE, “transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrónica”), bem como o regime jurídico das plataformas eletrónicas que organizam e disponibilizam aos interessados aquela modalidade de transporte,

[...] as empresas tecnológicas que instituem e organizam, a partir de plataformas digitais, mercados de serviços de transportes atuam como intermediários de negócios desse tipo e não como prestadores dos serviços contratualizados a partir dessas plataformas. (PORTUGAL, 2016, p. 2).

Daí resulta, acrescenta-se na Exposição de Motivos, que,

---

traditional employment relationships, there is no reason why the same should not apply to Uber drivers who are workers in non-traditional employment relationships”.

<sup>34</sup>A este propósito, merece destaque a reflexão de Guy Davidov (2016), *op. cit.* O autor, a despeito de reconhecer a existência de alguns sinais de autonomia no caso destes motoristas (“they have a relatively high degree of freedom to choose how much to work and when to do so”, além de que a titularidade do automóvel é do próprio motorista), não deixa de concluir que os sinais de controlo/subordinação e de dependência económica em face da marca sob a qual e para a qual trabalham apontam para a ideia de que os motoristas da *Uber*, atenta a sua vulnerabilidade perante esta, não devem ser excluídos da tutela juslaboral, seja pela via da sua consideração como *employees*, *tout court*, seja pela via da sua qualificação como trabalhadores parassubordinados.

[...] além de não outorgarem elas próprias os contratos de transporte, estas plataformas não têm a obrigação de prestar o serviço, ou tão-pouco se caracterizam por disponibilizar os meios humanos e materiais afetos à prestação de serviço. (PORTUGAL, 2016, p. 2).

Obedecendo a esta premissa, a lei entretanto publicada - Lei n. 45/2018, de 10 de agosto - distingue a figura do **operador de TVDE**, pessoa coletiva que efetua transporte individual remunerado de passageiros, da figura do **operador de plataformas eletrónicas**, definidas estas como:

[...] infraestruturas eletrónicas da titularidade ou sob exploração de pessoas coletivas que prestam, segundo um modelo de negócio próprio, o serviço de intermediação entre utilizadores e operadores de TVDE aderentes à plataforma, na sequência [de reserva] efetuada pelo utilizador por meio de aplicação informática dedicada. (Art. 16.º) (PORTUGAL, 2018a).

Nestes termos, os operadores de plataformas eletrónicas dedicar-se-iam, sobretudo, a prestar serviços de intermediação da conexão entre o utilizador (leia-se: o passageiro)<sup>35</sup> e o operador do serviço de TVDE, bem como ao processamento do pagamento do serviço de TVDE por conta do respetivo operador (cobrando uma taxa de intermediação, a qual não pode ser superior a 25% do valor da viagem, nos termos do art. 15.º, n. 3)<sup>36</sup>.

O contrato com o motorista, esse, será celebrado pelo operador de TVDE e não pelo operador de plataforma eletrónica. Como se lê no art. 2.º, n. 3, da lei,

A prestação de um serviço de TVDE inicia-se com a aceitação, **por um motorista ao serviço de um operador**, de um pedido de transporte entre dois pontos submetido por um ou mais utilizadores numa plataforma

<sup>35</sup>Nos termos do art. 5.º, n. 1, da lei, “o serviço de TVDE só pode ser contratado pelo utilizador mediante subscrição e reserva prévias efetuadas através de plataforma eletrónica” (PORTUGAL, 2018a).

<sup>36</sup>Sobre os serviços disponibilizados pelos operadores de plataformas eletrónicas, *vide* o disposto no art. 19.º da lei. Entre esses serviços contam-se o de disponibilizar mecanismos transparentes, credíveis e fiáveis de avaliação da qualidade do serviço pelo utilizador, nomeadamente por botão eletrónico de avaliação relativo a cada operação, bem como o botão eletrónico para apresentação de queixas (n. 1, al. “d”), assim como a identificação do motorista, incluindo o seu número único de registo de motorista de TVDE e fotografia (n. 1, al. “e”). Ao invés, é expressamente proibida a criação e a utilização de mecanismos de avaliação de utilizadores por parte dos motoristas de TVDE ou dos operadores de plataformas eletrónicas (n. 5 do mesmo artigo). A atividade de operador de plataformas eletrónicas está sujeita a licenciamento, nos termos do art. 17.º, procurando a lei estabelecer garantias quanto à idoneidade de tais operadores (art. 18.º). Em Portugal existem, até ao momento, quatro plataformas licenciadas: *Uber*, *Cabify*, *Taxify* e *Kapten* (antiga *Chauffeur Privé*).

eletrónica e termina com o abandono pelo utilizador desse veículo, depois de realizado o transporte para o destino selecionado, ou por qualquer outra causa que implique a cessação de fruição do veículo pelo utilizador. (PORTUGAL, 2018a) (grifo nosso).

E como decorre do disposto no art. 10.º, “apenas podem conduzir veículos de TVDE os motoristas inscritos junto de plataforma eletrónica” (n. 1) (PORTUGAL, 2018a), sendo que o motorista de TVDE, que presta serviço ao operador de TVDE, deve preencher, cumulativamente, diversos requisitos, entre eles o de “dispor de um contrato escrito que titule a relação entre as partes” (n. 2, al. “e”) (PORTUGAL, 2018a). E na mesma lei acrescenta-se que o operador de TVDE observará todas as vinculações legais e regulamentares relevantes para o exercício da sua atividade, incluindo as decorrentes da legislação laboral, de segurança e saúde no trabalho e de segurança social (art. 9.º, n. 2)<sup>37</sup>.

Decorre da lei que o contrato escrito, celebrado entre o motorista e o operador de TVDE, pode ser, mas não tem de ser, um contrato de trabalho. A lei prevê ambas as hipóteses, a do motorista vinculado por contrato de trabalho e a do motorista independente (assim resulta com clareza, desde logo, do n. 12 do art. 10.º, relativo ao regime de organização do tempo de trabalho). Porém, o art. 10.º, n. 10, da Lei n. 45/2018 determina que:

Ao vínculo jurídico estabelecido entre o operador de TVDE e o motorista afeto à atividade, titulado por contrato escrito assinado pelas partes, e independentemente da denominação que as partes tenham adotado no contrato, é aplicável o disposto no artigo 12.º do Código do Trabalho. (PORTUGAL, 2018a).

Ou seja, a lei faz expressa remissão para a presunção de laboralidade estabelecida no CT, afirmando e confirmando a sua aplicação nesta sede. Mas note-se (e este é um ponto absolutamente decisivo para se compreender o alcance desta norma): a lei refere-se apenas ao vínculo contratual existente entre o operador de TVDE e o motorista; a lei não se refere ao vínculo contratual entre o operador de plataforma eletrónica e o motorista, porque parte do princípio de que este vínculo contratual não existirá.

Ou seja, segundo a lei portuguesa, empresas como a *Uber*, p. ex., serão típicas operadoras de plataforma eletrónica, prestando serviços de intermediação entre os utilizadores/passageiros e os operadores

---

<sup>37</sup>Norma esta replicada pela lei, exatamente nos mesmos termos, para o operador de plataformas eletrónicas, no art. 17.º, n. 11. E também a atividade de operador de TVDE está sujeita a licenciamento, com a lei a estabelecer regras tendentes a garantir a respetiva idoneidade (arts. 3.º e 4.º).

de TVDE<sup>38</sup>. E estes operadores de TVDE, enquanto pessoas coletivas dedicadas a efetuar transporte individual remunerado de passageiros, é que prestarão esse serviço e contratarão os motoristas necessários para esse efeito, em regime de contrato de trabalho ou não. Aparentemente, o motorista não celebrará qualquer contrato com o operador de plataforma eletrónica, ainda que, para exercer a atividade, o motorista tenha de estar inscrito junto da plataforma eletrónica. E a verdade é que a lei não deixa de colocar na esfera do operador de plataforma eletrónica deveres típicos da entidade empregadora, designadamente em matéria de controlo do tempo de trabalho prestado pelo motorista e de respeito pelos limites máximos previstos. A este propósito, veja-se, sobretudo, o disposto no art. 13.º, com a epígrafe “Duração da atividade”, no qual se pode ler:

Os motoristas de TVDE não podem operar veículos de TVDE por mais de dez horas dentro de um período de 24 horas, independentemente do número de plataformas nas quais o motorista de TVDE preste serviços, sem prejuízo da aplicação das normas imperativas, nomeadamente do Código do Trabalho, se estabelecerem período inferior. (n. 1).

Os operadores de plataformas eletrónicas devem implementar mecanismos que garantam o cumprimento dos limites referidos no número anterior. (n. 2).

As plataformas eletrónicas devem conservar durante dois anos os registos de atividade dos operadores TVDE, motoristas e veículos, de acordo com o seu número único de registo de motorista de TVDE. (n. 3). (PORTUGAL, 2018a).

Acresce que, nos termos do art. 20.º, n. 3, relativo aos deveres gerais dos operadores de plataformas eletrónicas, “o sistema informático

---

<sup>38</sup>Note-se, no entanto, que o Tribunal de Justiça da União Europeia já teve ocasião de afirmar, sem tibiezas, que o serviço prestado pela *Uber* não se limita a ser um mero serviço de intermediação, que consiste em estabelecer a ligação, através de uma aplicação para telefones inteligentes, entre um motorista que utiliza o seu próprio veículo e uma pessoa que pretende efetuar uma deslocação urbana. Com efeito, o prestador desse serviço de intermediação - a *Uber* - cria, ao mesmo tempo, uma oferta de serviços de transporte urbano, que torna acessível através de ferramentas informáticas, e cujo funcionamento geral organiza a favor das pessoas que pretendam recorrer a essa oferta, para efeitos de deslocação urbana. Assim, o Tribunal de Justiça salientou que a aplicação fornecida pela *Uber* é indispensável tanto para os motoristas como para as pessoas que pretendam efetuar tais deslocações, sublinhando igualmente que a *Uber* exerce uma influência decisiva nas condições da prestação desses motoristas. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça entendeu que este serviço de intermediação deve ser considerado parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é um serviço de transporte e, portanto, que não corresponde à qualificação de “serviço da sociedade da informação”, mas sim de “serviço no domínio dos transportes”. A este respeito, *vide* os Acórdãos do TJUE, de 20.12.2017 (Processo C-434/15) e de 10.4.2018 (Processo C-320/16).

deve registrar os tempos de trabalho do motorista, e o cumprimento dos limites de tempo de condução e repouso” (PORTUGAL, 2018a)<sup>39</sup>.

Ou seja, e de forma altamente inovadora e até surpreendente<sup>40</sup>, se pensarmos na jurisprudência que se tem produzido, a este respeito, um pouco por todo o resto do mundo, a lei portuguesa coloca uma terceira entidade de permeio, entre o operador de plataforma eletrónica (suponhamos: a *Uber* ou outra empresa do género) e o motorista. Dir-se-ia que, em regra, há três intervenientes neste processo: a *Uber*, o motorista e o passageiro. Pois em Portugal não. Há quatro<sup>41</sup>. Porque quem presta o serviço de transporte remunerado de passageiros não é propriamente o motorista, antes é, necessariamente, uma outra empresa, distinta da empresa operadora de plataforma eletrónica - o chamado “operador de TVDE”. E este operador, pessoa coletiva, é que celebrará contrato com os motoristas...

O juízo sobre a bondade da lei portuguesa nesta matéria, com o seu expresso apelo à presunção de laboralidade, não pode, pois, deixar de ser muito cauteloso. Sim, a lei portuguesa, em matéria de transporte individual e remunerado de passageiros através de plataforma eletrónica, não enjeita que os motoristas envolvidos tenham um contrato de

<sup>39</sup>Também o art. 14.º evidencia o papel central dos operadores de plataforma eletrónica nesta matéria, ainda que, cremos, dele resulte alguma repartição de tarefas entre operadores de plataforma eletrónica e operadores de TVDE. Assim, segundo este preceito, relativo ao controlo e limitação da atividade, cabe ao operador da plataforma eletrónica assegurar o pleno e permanente cumprimento dos requisitos de exercício da atividade previstos na lei (n. 1), devendo bloquear o acesso aos serviços prestados pela mesma por parte dos operadores de TVDE, motoristas ou veículos que incumpram qualquer dos requisitos referidos na lei, sempre que disso tenha ou devesse ter conhecimento (n. 2). Todavia, segundo o n. 3 do mesmo artigo, o acesso a plataforma eletrónica de motoristas de TVDE que não cumpram os requisitos referidos no número anterior ou que tenham deixado de reunir os mesmos após o acesso à atividade é da responsabilidade do respetivo operador (fica-nos a dúvida sobre se a lei, aqui, se refere ao operador de plataforma eletrónica ou ao operador de TVDE, mas cremos que se tratará deste último), sem prejuízo dos poderes cometidos ao Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P., e demais entidades fiscalizadoras.

<sup>40</sup>Esta configuração relacional já se encontrava presente na Proposta de Lei n. 50/XIII, suscitando alguma preocupação nos autores que tiveram ensejo de comentar essa proposta de diploma, em perspetiva jurídico-laboral, por tender a obnubilar a possível relação de trabalho subordinado estabelecida entre o motorista/operador de TVDE e o operador de plataforma eletrónica. Neste sentido, *vide* AMADO, João Leal; SANTOS, Catarina Gomes. *A Uber e os seus motoristas em Londres: mind the gap!* **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146, n. 4001, p. 111-127 (n. 18), nov./dez. 2016, e VICENTE, Joana Nunes. Implicações sociais e jurídico-laborais da prestação de serviços através de plataformas virtuais: breves notas. *In*: SILVA, Paulo Renato Fernandes da (Org.). **A reforma trabalhista: reflexos da reforma trabalhista no direito do trabalho, no direito processual do trabalho e no direito previdenciário**. São Paulo: LTr, p. 86-92 (n. 30), 2018.

<sup>41</sup>Note-se, contudo, que esta existência de quatro entidades só ocorre no caso do setor de transporte, porque a lei em apreço trata do regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados. Apenas, pois, relativamente a estas plataformas. No que concerne a outras plataformas que não executem este tipo de atividades, como acontece, por exemplo, com a *Glovo*, que também opera em Portugal, o regime a aplicar será o geral e não o desta lei.

trabalho. A lei até afirma que, independentemente da denominação que as partes tenham dado ao contrato celebrado, a esse contrato será aplicável a presunção de laboralidade constante do art. 12.º do CT. Mas atenção! O contrato aqui em causa, ao qual se aplica a dita presunção, não envolve a *Uber* ou qualquer outro operador de plataforma eletrónica. O contrato aqui em causa será o celebrado entre o motorista e o operador de TVDE. E isto, como é óbvio, faz toda a diferença, porque implica que empresas como a *Uber* não terão, parece, qualquer contrato com os motoristas nelas inscritos (!), pois verifica-se aqui a interposição, *ex vi legis*, de uma outra e nova entidade - o operador de TVDE, que, esse sim, poderá assumir o estatuto de entidade empregadora do motorista.

Veremos como todo este processo se vai desenrolar. Veremos se a realidade dos factos vai corresponder ao desenho traçado na Lei n. 45/2018. Por nós, diríamos apenas que parece haver aqui operadores em excesso, quiçá demasiadas pessoas coletivas, para efetuar este tipo de transporte de passageiros... Veremos se o operador de TVDE e o motorista são, realmente, pessoas distintas, entre as quais se celebra um contrato, eventualmente um contrato de trabalho. Ou se, pelo contrário, haverá casos (porventura muitos, porventura a maioria...) em que o motorista constitui, para o efeito, uma pessoa coletiva com familiares seus ou até, quiçá, uma sociedade unipessoal, de que ele será o sócio único, para se dedicar a este tipo de atividade e celebrar consigo mesmo, enquanto motorista, um contrato de trabalho - assim deixando livre de vinculações contratuais laborais, ao menos *prima facie*, o operador de plataforma eletrónica...<sup>42</sup>

Veremos, pois, se a interposição de pessoas prevista na lei portuguesa não se traduzirá, em alguns casos, numa interposição fictícia de pessoas, de certa forma organizada ou estimulada pelo legislador. Sendo que, se de interposição fictícia se tratar, isto é, se, ao contrário do que o legislador supõe, vier realmente a existir uma relação contratual entre o operador de plataforma eletrónica e o motorista (designadamente pelo facto de este e o operador de TVDE serem, afinal, um só, o motorista "pejotizado"...), também nesse caso será aplicável a presunção vertida no art. 12.º do CT.

Dito isto, importa reconhecer a inadequação da presunção de laboralidade, nos moldes atualmente estabelecidos pelo CT, para enfrentar os problemas emergentes das novas formas de trabalhar através de plataformas eletrónicas e de *apps*. Fatores como a propriedade dos

<sup>42</sup>A isto chama-se, no Brasil, "pejotização", um expediente fraudulento, um "meio legal de praticar uma ilegalidade", que se caracteriza "pela exigência dos tomadores de serviços para que os trabalhadores constituam pessoas jurídicas como condição indispensável para a prestação dos serviços" (FRANCO FILHO, 2013, p. 317). Resta aguardar e ver o que realmente irá suceder entre nós, ver como e quem irá atuar, em Portugal, no domínio do TVDE.

equipamentos e instrumentos de trabalho<sup>43</sup>, a existência de um horário de trabalho determinado pelo beneficiário da atividade, o pagamento de uma retribuição certa etc., são indícios clássicos de subordinação jurídica, mas são indícios escassamente operacionais para enfrentar os novos tipos de dependência resultantes da prestação de serviços para uma determinada empresa, via *apps*...

Em síntese, a nova lei, que estabelece o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica, fazendo expressa remissão para a presunção de laboralidade constante do art. 12.º do CT, suscita, na sua vertente jurídico-laboral, duas questões fundamentais: a primeira, a de apurar até que ponto o modelo desenhado pela lei tem tradução na realidade da vida, porque esse modelo pressupõe a inexistência de qualquer contrato de trabalho entre a empresa operadora de plataforma tecnológica e o motorista, em virtude do aparecimento em cena de um outro ator, o operador de TVDE; a segunda, a da provável necessidade de atualizar os índices de subordinação jurídica vertidos no art. 12.º do CT, índices estes, porventura, adequados para o trabalho do Séc. XX, mas já não para o trabalho do Séc. XXI e da era digital em que agora quase todos vivemos e muitos trabalham.

Com efeito, a presunção do art. 12.º talvez devesse ser atualizada e enriquecida perante esta nova realidade, incluindo outros índices que facilitassem a inversão do ónus da prova, *inter alia*, dando relevo ao facto de a plataforma usar uma imagem de marca no mercado que a identifica, de a plataforma fixar os preços para o trabalho efetuado na mesma ou estabelecer limites máximos e mínimos ao mesmo, de a plataforma processar o pagamento entre os utilizadores e os trabalhadores das plataformas, de a plataforma utilizar sistemas de geolocalização para seguir quem presta a atividade, e de a plataforma fornecer aos seus utilizadores a avaliação ou o *rating* dos seus trabalhadores<sup>44</sup>.

<sup>43</sup>O CT exige que os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade (art. 12.º, al. "b"). A este propósito, a Lei n. 45/2018 esclarece que, para os referidos efeitos, se considera que os equipamentos e instrumentos de trabalho são todos os que sejam pertencentes ao beneficiário **ou por ele explorados por aluguer ou qualquer outra modalidade de locação** (n. 11 do art. 10.º). De resto, pode discutir-se se o instrumento de trabalho, no caso das plataformas digitais de condução, será o automóvel ou a própria plataforma, visto que só com esta é que se verifica a ligação entre o condutor e o cliente.

<sup>44</sup>Indicando novos índices veja-se, entre outros: TODOLÍ SIGNES, *op. cit.*, p. 223-ss.; MERCADER UGUINA, Jesús R. La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad. *In*: TODOLÍ SIGNES, Adrián; HERNÁNDEZ-BEJARANO, Macarena. (Dir.). **Trabajo en plataformas digitales**: innovación, derecho y mercado. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 155-ss., e HEREDIA RUIZ, Ignasi de. **Work in the platform economy**: arguments for an employment relationship. Barcelona: Huygens Editorial, 2019.

## REFERÊNCIAS

ALOISI, Antonio. Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of on-demand/gig economy platforms. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016.

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

AMADO, João Leal; SANTOS, Catarina Gomes. A *Uber* e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!* **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 146, n. 4001, p. 111-127, nov./dez. 2016.

BERG, Janine. Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016.

CARINCI, F. Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale. **GDLRI**, Milan, n. 25, 1986.

CARVALHO, Orlando de. **Escritos: páginas de direito**. V. I. Coimbra: Almedina, 1998.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: uma agenda europeia para a economia colaborativa**. Bruxelas, 2 jun. 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/pt/renditions/native>.

CONSEIL NATIONAL DU NUMÉRIQUE. **Travail emploi numérique: les nouvelles trajectoires**. Rapport n. 2016-1. Paris, 2016.

CUATRECASAS INSTITUTO DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH. **Inteligencia artificial y sus impactos en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales**. Madrid: La Ley, 2018.

DAVIDOV, Guy. The *status* of Uber drivers: a purposive approach. **Labour Law Research Network**, 5 dez. 2016. Disponível em: [www.labourlawresearch.net](http://www.labourlawresearch.net).

EUROPEAN PARLIAMENT. **The social protection of workers in the platform economy**. Brussels: Policy Department A: Economic and Scientific Policy, 2017.

FERNANDES, António Monteiro. Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador? *In*: ABRANTES, José João (Coord.). **II Congresso Europeu de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, p. 97-107, 2018.

FERNANDES, Liberal. A noção de contrato de trabalho no Código de 2009: evolução ou continuidade? **Questões Laborais**, Coimbra, n. 51, p. 113-122, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Dicionário brasileiro de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

GOMES, Júlio. **Direito do trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GRAHAM, M.; LEHDONVIRTA, V.; WOOD, A.; BARNARD, H.; HJORTH, I.; SIMON, D. P. **The risks and rewards of on-line gig work at the global margins**. Oxford: Oxford Internet Institute, 2017.

HEREDIA RUIZ, Ignasi de. **Work in the platform economy: arguments for an employment relationship**. Barcelona: Huygens Editorial, 2019.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Da máquina à nuvem: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber**. São Paulo: LTr, 2019.

LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Pedro Furtado. A crise do contrato de trabalho. **RDES**, Coimbra, v. 39, n. 4, p. 335-368, 1997.

MERCADER UGUINA, Jesús R. La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad. *In*: TODOLÍ SIGNES, Adrián; HERNÁNDEZ-BEJARANO, Macarena. (Dir.). **Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

NOVOA CESAR, Garcia; SANTIAGO IGLESIAS, Diana (Dir.). **4ª revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: MPT, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. **Trabalhar para um futuro melhor. Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho**, Lisboa, 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório sobre uma agenda europeia para a economia colaborativa**. Bruxelas, 2017. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195\\_PT.html?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0195_PT.html?redirect).

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47.344**, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Lisboa, 1966. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>.

PORTUGAL. Lei n. 45/2018. Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. **Diário da República**, Lisboa, n. 154, Série I, 10 ago. 2018a. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115991688/details/maximized>.

PORTUGAL. Lei n. 7/2009. Código do Trabalho. **Diário da República**, Lisboa, n. 30, Série I, 12 fev. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/108165886/201710020100/73481727/diploma/indice>.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. **Proposta de Lei n. 50/XIII. Exposição de Motivos**. Lisboa, 22 dez. 2016. Disponível em: <http://docplayer.com.br/32300147-Presidencia-do-conselho-de-ministros-proposta-de-lei-n-o-50-xiii-exposicao-de-motivos.html>.

PORTUGAL. **Projeto de Lei n. 1.217/XIII**. Aprova a Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital. Lisboa, 15 maio 2019. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43768>.

PORTUGAL. **Proposta de Lei n. 120/XIII**. Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à

proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Lisboa, 2018b. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42368>.

PRASSL, Jeremias. **Humans as a service**: the promise and perils of work in the gig economy. Oxford: OUP, 2018.

RAY, Jean-Emmanuel. **Les relations individuelles de travail 2016**. Rueil-Malmaison: Liaisons, 2015.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do artigo 12.º do Código do Trabalho. *In*: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos contratos**: estudos. Coimbra: Coimbra Editora, p. 345-408, 2007.

RISAK, Martin. **Fair working conditions for platform workers**: possible regulatory approaches at the EU level. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018.

RODES, Jean-Michel; PIEJUT, Geneviève; PLAS, Emmanuelle. **Memory of the information society**. Paris: Unesco, 2003.

STEFANO, Valerio de. The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the “gig-economy”. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. Nuevos indícios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales. *In*: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.; HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dir.). **Economía colaborativa y trabajo en plataforma**: realidades y desafíos. Albacete: Editorial Bomarzo, 2017.

VICENTE, Joana Nunes. **A fuga à relação de trabalho (típica)**: em torno da simulação e da fraude à lei. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

VICENTE, Joana Nunes. Implicações sociais e jurídico-laborais da prestação de serviços através de plataformas virtuais: breves notas. *In*: SILVA, Paulo Renato Fernandes da (Org.). **A reforma trabalhista**: reflexos da reforma trabalhista no direito do trabalho, no direito processual do trabalho e no direito previdenciário. São Paulo: LTr, p. 86-92, 2018.

WORD ECONOMIC FORUM WEF. **The future of jobs report 2018**. Cologny/Geneva: WEF, Centre for the New Economy and Society, 2018.

# PLURALISMO SINDICAL ITALIANO: representatividade sindical, questões abertas e novas concepções \*

## ITALIAN UNION PLURALISM: trade union representativeness, open questions and new conceptions

CALZOLARO, Chiara\*\*

**Resumo:** O sistema sindical italiano é baseado no pluralismo. Dentro deste modelo a noção de representatividade é de fundamental importância na definição de quais entidades sindicais podem negociar em nome da categoria, exercitando efetivamente a autonomia privada coletiva. O presente estudo analisa como tem se desenvolvido tal conceito, bem como, olhando para o futuro, a importância de reconstruir o modelo sindical, a fim de que o mesmo seja coerente com a nova Indústria 4.0 e os desafios da tutela aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos na Constituição italiana.

**Palavras-chave:** Representatividade sindical. Negociação coletiva. Indústria 4.0.

### 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O sistema sindical italiano pauta-se pela pluralidade sindical, modelo no qual resta essencial a definição da representatividade sindical.

Com o termo representatividade pretende-se indicar a aptidão do sindicato para obter consenso para representar, no sentido **atécnico**, os interesses de coletividades de trabalhadores mais abrangentes do que os inscritos, ou ainda a relação entre associação sindical e categoria ou grupo profissional<sup>1</sup>.

---

\*Tradução do italiano para o português de Gislene Aparecida Sanches, doutoranda em Direito do Trabalho pela Sapienza Università di Roma, Itália.

\*\*Bacharel em Direito pela Sapienza Università di Roma, Itália, tendo apresentado tese de *laurea* sobre “Representatividade Sindical e Contratação Coletiva”. Mestranda em Direito e Esporte na Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup>PASSARELLI, Giuseppe Santoro. **Diritto dei lavori**. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 52.

O termo representatividade distingue-se do termo representação, uma vez que este, em sentido técnico jurídico, refere-se ao exercício de um poder de agir conferido ao sindicato pelos inscritos através do mandato sindical, e o poder de celebrar o contrato coletivo<sup>2</sup>.

Encontramos os dois termos respectivamente nos **Acordos Inter Confederais** celebrados na Itália, sendo que no de 2011 refere-se à representatividade e no de 2012 refere-se à representação.

Evidencia-se, portanto, entre os dois acordos, uma alteração léxica.

Sabemos que a representatividade mede a capacidade ou a aptidão do sindicato para atuar como expoente dos interesses dos trabalhadores em um certo âmbito, e como tal é reconhecida pela lei como critério seletivo. A representação evoca o poder do sindicato de agir mediante mandato dos trabalhadores para celebrar o acordo coletivo, como dissemos acima.

A primeira reflexão que se deve fazer é verificar a oportunidade de uma superação do conceito de representação. Este termo teria o condão de indicar que o sindicato, na negociação, deveria gerir um interesse de outros e não aquele coletivo de que tem plena e direta titularidade.

A reconstrução do poder negocial do sindicato deveria ser configurada de forma invertida: na verdade, o problema não se refere ao fato de que o sindicato tem confirmada a sua titularidade do poder contratual no § 1º do art. 39 da Constituição italiana, mas quanto à eficácia subjetiva dos atos de exercício desse poder, que é decorrente da obrigação que o trabalhador assume inscrevendo-se ao sindicato, de respeitar e aplicar o acordo coletivo.

Desse modo, o trabalhador torna-se sujeito destinatário dos atos de autonomia sindical e não titular do direito<sup>3</sup>.

## 2 CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE

No decorrer do tempo sucederam-se vários critérios e definições de aferição da representatividade.

---

<sup>2</sup>Cfr. PERSIANI, Mattia; LUNARDON, F. **Fondamenti di diritto sindacale**. Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 59.

<sup>3</sup>Cfr. MARESCA, Arturo. Contratto collettivo nazionale di lavoro e “regola sulla rappresentanza” sindacale: verso l’attuazione negoziale dell’art. 39, co 4, della Costituzione? In: CARINCI, F. *et al.* **Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro**. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero. Torino: G. Giappichelli, 2013.

A mudança dos vários critérios de aferição, devemos dizer, está estreitamente ligada a fatores históricos, políticos e sociais que tentaremos descrever.

Para analisar a matéria, é fundamental partir do art. 39 da Constituição da República italiana<sup>4</sup>, que se compõe de quatro parágrafos, dos quais somente o primeiro resulta regulamentado por lei inferior.

Há várias razões pelas quais os §§ 2º, 3º e 4º ainda permanecem até hoje sem regulamentação infraconstitucional.

As razões são principalmente de caráter técnico e político.

O sistema renunciado pelo art. 39 da Constituição poderia ter impedido a liberdade de organização sindical, visto que, prevendo o registro do sindicato do qual dependeria a personalidade jurídica e consequentemente a possibilidade de celebrar acordos coletivos, os sindicatos seriam inevitavelmente submetidos ao controle da autoridade governamental ou administrativa.

Esse controle não foi visto com bons olhos pelos sindicatos, já que poderia permitir ingerências dos órgãos responsáveis, limitando sua liberdade.

Ademais, fortes incertezas preocupavam tais sindicatos quanto ao *status* e à disciplina a que se sujeitariam aqueles que não tivessem requerido ou obtido o registro.

Além disso, a redação do art. 39 previa que os sindicatos fossem registrados, representados unitariamente em proporção aos membros inscritos, para poderem estipular os acordos coletivos. Isto significa que se fosse verificado um dissenso entre os sindicatos registrados, os possíveis resultados teriam sido dois: a adoção do método da maioria, que teria dificultado a liberdade do sindicato dissidente, ou a adoção do critério de unanimidade, que teria impedido a celebração do acordo coletivo.

Acrescenta-se, finalmente, que a Confederação Italiana dos Sindicatos dos Trabalhadores Cisl (então minoritária) opôs-se à regulamentação do dispositivo, consciente que caso contrário teria tido menor capacidade representativa em sede de tratativas e celebração de acordos coletivos.

---

<sup>4</sup>Art. 39. A organização sindical é livre.

Aos sindicatos não pode ser imposta nenhuma obrigação que não seja o seu registro junto a escritórios locais ou centrais, de acordo com normas legais.

É condição para o registro que os estatutos dos sindicatos sancionem um ordenamento interno democrático.

Os sindicatos registrados têm personalidade jurídica. Podem, representados unitariamente na proporção dos inscritos, celebrar acordos coletivos de trabalho com eficácia obrigatória para todos os membros das categorias às quais o acordo se refere" (ITALIA, 1947) (tradução livre).

Todavia, a falta de regulamentação do art. 39 permitiu que o sistema das relações sindicais na Itália fosse caracterizado pelo pluralismo dos sindicatos<sup>5</sup>.

Não faltaram, no entanto, numerosas dificuldades geradas justamente pelo pluralismo sindical, atenuadas por muito tempo pelo Pacto de Unidade de Ação Sindical celebrado entre Confederação Geral Italiana do Trabalho, a Cgil, Confederação Italiana dos Sindicatos dos Trabalhadores, a Cisl, e União Italiana do Trabalho, a Uil, recentemente proposto novamente, a partir do qual foi gerada a atual crise de representatividade.

Procederemos então a uma análise cuidadosa das várias definições de representatividade através de um *excursus* histórico-normativo.

### 3 OS SINDICATOS “MAJORITARIAMENTE REPRESENTATIVOS”

Quando falamos de sindicatos majoritariamente representativos, devemos pensar no texto originário do art. 19 da L. 300/1970 (Estatuto dos Trabalhadores)<sup>6</sup>.

A versão originária, posteriormente modificada pelo referendo popular de 1995, que teve revogada a letra “a” do texto e modificada a letra “b”, utilizava como critério aquele da representatividade presumida.

Este critério não permitiu identificar os índices de representatividade, e por isso a jurisprudência passou a redefini-los invocando a estrutura confederativa do sindicato, identificando os seguintes elementos: a) a *intercategorialità* (entendida como a presença do sindicato em diferentes categorias produtivas); b) a *pluricategorialità* (a representação de diferentes categorias de trabalhadores); c) a nacionalidade (a extensão geográfica do sindicato no território nacional); d) o número de trabalhadores inscritos; e) a capacidade de mobilização dos trabalhadores para as greves, e f) a efetiva atividade de negociação (isto é, a autêntica participação nas tratativas e não simplesmente a adesão ao acordo coletivo).

O advérbio “majoritariamente” identificava um limiar acima do qual os sindicatos tinham o mesmo peso (recordemos que com o pacto

<sup>5</sup>Cfr. PERSIANI, Mattia; LUNARDON, F. *Fondamenti di diritto sindacale*. Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 23.

<sup>6</sup>O texto originário do art. 19 do Estatuto dos Trabalhadores dizia: “Representações sindicais empresariais podem ser constituídas por iniciativa dos trabalhadores de cada unidade produtiva, no âmbito: a) das associações aderentes às confederações majoritariamente representativas no nível nacional; b) das associações sindicais que sejam signatárias de acordos coletivos de trabalho aplicados na unidade produtiva. No âmbito de empresas com mais unidades produtivas as representações sindicais podem instituir órgãos de coordenação” (ITALIA, 1970) (tradução livre).

de unidade de ação os três sindicatos históricos Cgil, Cisl e Uil decidiram agir de forma coesa, atribuindo-se um reconhecimento recíproco e um igual peso), todavia esta concepção desmoronou com a ruptura do pacto de unidade de ação a partir do qual foi gerada a atual crise de representatividade.

Com o **Acordo Inter Confederativo de 1993** foi introduzido o critério da representatividade efetiva, ou seja, proporcional ao número de votos alcançados em cada lista sindical que participa das eleições das representações sindicais unitárias na empresa (RSU).

Falamos, neste caso, de uma representatividade em nível da empresa que previa uma peculiaridade, ou seja, que apenas os 2/3 dos assentos eram repartidos entre as listas de modo proporcional, enquanto o restante 1/3 era concedido obrigatoriamente às listas apresentadas pelos sindicatos signatários do **Acordo Inter Confederativo (A. I.)** e do **Acordo Coletivo Nacional (Ccnl)** aplicado na empresa.

Com o Referendo de 1995, o art. 19 do Estatuto dos Trabalhadores sofreu uma profunda mutação. Foi derogada a letra “a)” e modificada parcialmente a letra “b)”.

O resultado consistiu na legitimação para atuação no interno das empresas apenas dos sindicatos que assinassem os acordos coletivos.

Em síntese, com o Referendo de 1995 afirmou-se o princípio segundo o qual o exercício dos direitos sindicais depende da celebração do acordo coletivo.

Desse momento em diante foram verificadas as dificuldades da aplicação do art. 19, às quais se seguiu a crise de unidade dos sindicatos que provocou divergências interpretativas.

A questão interpretativa chegou ao Tribunal Constitucional em 2013 após o conhecido Caso Fiat.

O caso terminou com a Sentença 231/2013 (uma decisão aditiva) em que o Tribunal Constitucional definiu como ilegítimo o art. 19 na parte em que não prevê que a representação sindical empresarial possa ser constituída também no âmbito daqueles sindicatos que tenham participado da negociação dos acordos coletivos aplicados na empresa, embora não sendo signatários dos mesmos. Atribuiu-se legitimidade apenas pelo fato de participarem das tratativas, ainda que não tenham efetivamente firmado os acordos coletivos.

Uma nova chave de leitura do art. 19 emerge no sentido de que o sindicato representativo é aquele capaz de um efetivo consenso por parte dos trabalhadores, suficiente para ter acesso às tratativas.

Com a sentença de 2013 abre-se um novo cenário no tema da representatividade, em parte iniciado com o **Acordo Inter Confederativo de 2011**.

#### 4 OS SINDICATOS “COMPARATIVAMENTE REPRESENTATIVOS”

A crise da representatividade, no nosso sistema de pluralidade sindical, resta também alimentada pelo surgimento de vários acordos coletivos no mesmo setor produtivo, o que induziu o legislador a elaborar uma nova noção de “sindicato comparativamente mais representativo”.

No art. 51 do Decreto Legislativo 81/2015 (denominado *Jobs Act*) encontramos a referência ao sindicato comparativamente mais representativo, que, a bem da verdade, teve o seu exórdio já em 1995<sup>7</sup>.

Com esta disposição o legislador tenta dar uma definição formal de contrato coletivo e seleciona a fonte habilitada a exercitar os poderes da autonomia coletiva.

A modalidade de seleção verifica-se mediante a identificação formal dos sujeitos sindicais que são legitimados a exercer tais poderes e os sistemas de negociação coletiva.

A intenção do legislador de 2015 é, portanto, aquela de procurar fazer convergir a noção de sindicato comparativamente mais representativo com a aplicação prática.

Essa fórmula é utilizada não só para substituir o critério de sindicato majoritariamente representativo, mas sobretudo para efetuar uma seleção entre os sistemas contratuais.

Assim se permite, selecionando os acordos em competição na categoria, dar reconhecimento legal àquele sindicato que presumivelmente seja capaz de concretizar interesses mais eficientes e estáveis.

O instrumento visaria a garantir um interesse geral conjugando a liberdade de ação e a negociação sindical.

Destaca-se que o legislador quis explicitamente vincular a flexibilidade negocial à efetiva aplicação do acordo coletivo de referência por parte do empregador.

Se considerarmos que uma leitura constitucional orientada do acordo coletivo deve limitar-se apenas à parte normativa, podemos afirmar que a fórmula dos acordos aplicados parece supérflua a partir do momento em que as cláusulas revestem-se de inseparabilidade, com o que se supõe que as disposições são correlatas entre si, não sendo admitida uma aplicação parcial.

---

<sup>7</sup>Art. 51, D. Lgs. 81/2015: “Salvo disposição em contrário, para efeitos do presente decreto, os contratos coletivos são entendidos como acordos coletivos nacionais, territoriais ou empresariais celebrados por associações sindicais comparativamente mais representativas no nível nacional e os acordos coletivos empresariais celebrados por seus representantes sindicais empresariais ou pela representação sindical unitária” (ITALIA, 2015) (tradução livre).

Em resumo, o empregador, que pretende beneficiar-se de uma flexibilidade normativa pactuada no acordo coletivo, é obrigado a aplicá-lo por inteiro.

Cabe uma reflexão adicional no tocante à questão constitucional de legitimidade em relação ao aspecto da eficácia subjetiva do acordo coletivo.

Uma parte da doutrina coloca um problema de compatibilidade no que diz respeito à segunda parte do art. 39 da Constituição, com base no fato de que os contratos coletivos delegados devam ter a mesma eficácia normativa e geral da lei delegante.

Em contraposição, a tese segundo a qual as normas distribuem competências, então essa tese exposta não resultaria ilegítima do ponto de vista do seu efeito constitutivo.

Dito isto, tentemos delinear os efeitos práticos da norma em questão.

No que diz respeito aos sistemas produtivos caracterizados pela presença de vários acordos coletivos nacionais que disponham sobre o mesmo campo de aplicação, aquele a produzir efeito legal como previsto pelo decreto legislativo seria o acordo constituído pela federação sindical comparativamente mais representativa.

Uma representatividade estabelecida, neste caso, *ex post*, ou seja, depois da assinatura do acordo com base num procedimento de inspeção ou então de uma ação judicial. Em vez disso, no caso em que vários sistemas do mesmo setor produtivo satisfizessem o requisito do sistema delineado pelo art. 51, os poderes da autonomia privada coletiva poderiam ser exercitados em cada um destes.

Para o nível territorial é necessário dispensar atenção sobre a eventualidade da assinatura de um acordo separado por parte de um sindicato representativo somente no território para o resultado de uma tratativa desenvolvida com as organizações sindicais (Oo. Ss.), comparativamente mais representativas no plano nacional.

Neste caso, é necessário ter em conta que importante é o sistema de relações sindicais dentro do qual a flexibilidade é ajustada; assumem relevo as regras e os princípios de coordenação dos enquadramentos contratuais.

Para o acordo coletivo empresarial podemos observar que a segunda parte do art. 51 impõe uma ligação subjetiva entre as organizações sindicais comparativamente mais representativas no plano nacional e os organismos empresariais, deixando a estes últimos a liberdade de dispor do ponto de vista objetivo da própria autonomia negocial<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>Cfr. TOMASSETTI, Paolo. La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015. *Rivista di Diritto delle Relazioni Industriali*, Milano, n. 2/XXVI, 2016.

## 5 OS SINDICATOS LEADER

A crise da representatividade sindical acompanha as relações industriais há mais de vinte anos.

É uma crise, que como tivemos oportunidade de expor rapidamente neste artigo, abraça e se interliga com a história e as questões políticas italianas.

Se de um lado, inclusive do ponto de vista sociológico, podemos perceber o desmoronar com o tempo do fenômeno do associativismo em geral e a conseqüente falta de identificação das pessoas com ele, o que se reflete também sobre o mundo dos sindicatos, é preciso reconhecer que os passos dados para conter essa crise têm sido muito lentos.

Tanto que, agora, à crise de representatividade liga-se um outro fenômeno muito perigoso para o mundo da empresa: o *dumping* contratual.

Uma solução para o problema foi proposta pelo **Acordo Inter Confederativo** de março de 2018 (chamado Pacto para a fábrica) que na realidade parece ser o resultado (espera-se) de uma série de acordos firmados de 2011 em diante.

Repercorrendo rapidamente o que aconteceu dentro do mundo das relações sindicais nestes últimos anos, é necessário dizer que o objetivo principal desses acordos foi aquele de encontrar os critérios de aferição da representatividade sindical para fins de negociação coletiva.

Uma coisa que não é de pequena monta para proteger o mundo da empresa e das relações industriais, assim como para não desvalorizar o trabalho e os trabalhadores.

A partir de 2011 a negociação coletiva torna-se o eixo central para a obtenção de resultados importantes para a empresa e ao mesmo tempo uma contribuição essencial à estabilidade da ocupação e à sua proteção. Um foco na competitividade que não se distancia da atenção aos direitos e às necessidades das pessoas.

As partes sociais escolheram dirigir o olhar para um sistema que, garantindo a competitividade e uma forte atenção aos sujeitos, aos tempos e aos conteúdos da negociação, mira na confiabilidade e no respeito às regras estabelecidas.

O cálculo da representatividade no **Acordo Inter Confederativo de 2011** foi efetuado com base nos dados associativos em referência às autorizações relativas às contribuições sindicais conferidas pelos trabalhadores.

O número das autorizações é certificado pelo Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) através de uma seção específica.

As autorizações serão ponderadas com os dados do consenso recolhidos durante as eleições periódicas das representações sindicais unitárias.

Estabelece-se o limiar de 5% para a legitimação a negociar de cada organização sindical.

Segue o **Acordo Inter Confederativo de 2011** (que dá centralidade também à negociação de segundo nível) o **Protocolo de Acordo de 2013**.

O **Protocolo de Acordo**, que vem após o Caso Fiat, para conter o evidente desmoronamento do sistema de representatividade, foi assinado com o escopo de dar aplicação ao **Acordo Inter Confederativo de 2011** e fixar os princípios da regulamentação implementativa e os necessários acertos com os entes interessados.

Ele se articula em duas partes que dizem respeito, respectivamente, à aferição da representatividade, à titularidade e à eficácia da negociação.

É estabelecido pelas partes que a certificação da representatividade das organizações sindicais para a negociação coletiva ocorre por meio da verificação do número associativo e dos consensos atingidos.

O dado associativo deveria ser obtido pelo INPS, que uma vez processado o número relativo à representatividade, conforme já indicado, o transmitiria ao Conselho Nacional de Economia e de Trabalho (Cnel), que teria a tarefa de recolher os dados relativos aos membros inscritos para determinar a representação.

O quociente da representatividade seria resultante da média simples entre a porcentagem dos inscritos e aquela dos votos obtidos.

Menos de um ano depois, o conteúdo elaborado no **Protocolo de Acordo** culmina no **Texto Único sobre Representação Sindical de 2014**.

Confirma-se o critério de aferição da média entre o número associativo e o número eletivo, cuja ponderação é confiada ao Cnel.

A definição com base na pactuação da representatividade sindical assinala o abandono do tradicional princípio do mútuo reconhecimento dos interlocutores negociais que informou tradicionalmente as relações sindicais do setor privado<sup>9</sup>.

Um aspecto do Texto Único (T. U.) por muitos negligenciado é o que aconteceria no momento em que as partes não conseguissem

<sup>9</sup>Cfr. PERSIANI, Mattia; LUNARDON, F. **Fondamenti di diritto sindacale**. Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 78.

chegar à conclusão da renovação do Acordo Coletivo Nacional (Ccnl) para o resultado do procedimento previsto, ou seja: a subscrição dos 50% +1 dos sindicatos que participaram das tratativas e o resultado positivo da consulta certificada dos trabalhadores?

Certamente uma situação muito complexa seria criada: o acordo ou existe ou não.

Os resultados seriam três: a abertura de uma nova fase de negociação que faria reemergir a possibilidade de concluir tratativas com qualquer um; o congelamento do Contrato Nacional expirado, o que geraria a ultratividade (que seria a solução mais viável) e por conseguinte a paralisação da negociação coletiva nacional causando efeitos desagregadores e permitindo que a negociação de segundo nível conquistasse uma posição de destaque; a extinção do acordo.

Isto claramente deve gerar um profundo sentido de responsabilidade nas partes contratuais, porque o não acordo causaria uma situação tal que os sindicatos minoritários poderiam ganhar terreno<sup>10</sup>.

O T. U. 2014, assim como os acordos anteriores, teve dificuldade para decolar, na realidade ainda hoje não se vê a sua aplicação.

Em março de 2018, além do mais, foi assinado um novo acordo que traz importantes novidades a respeito da representatividade sindical.

Está prevista também a aferição da representatividade empresarial, requisito criado para conter o fenômeno do *dumping* contratual.

Além disso, ao Cnel confere-se a delicada tarefa de efetuar o reconhecimento dos perímetros da negociação coletiva nacional de categoria para efeitos de determinação da efetiva representatividade.

Restam duas questões abertas: segundo qual critério é mensurada a representatividade empresarial e como se verifica o reconhecimento dos perímetros.

Detendo-nos sobre a segunda questão, podemos supor abstratamente que poderia ser realizada com base em uma seleção muito forte, agrupando os vários acordos coletivos nacionais em três áreas, e destas três, incluindo todos os Contratos Coletivos Nacionais, escolher o acordo *leader*, ou seja, aquele acordo que é aplicado por um número relevante de empresas a um igualmente relevante número de trabalhadores.

---

<sup>10</sup>Cfr. MARESCA, Arturo. La mancata conclusione del contratto collettivo di categoria. In: ZOPPOLI, L.; ZOPPOLI, A.; DELFINO, M. **Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?** Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

## 6 ULTERIORES PONTOS DE REFLEXÃO: a Indústria 4.0, em direção a uma representatividade qualitativa, sob o signo da inovação

A crise da representatividade ainda não foi contida, apesar dos esforços, embora meramente teóricos (pelo menos por enquanto), operados pelas partes sociais.

Enquanto isso o mundo muda, muda a sociedade, as tecnologias avançam... e o trabalho?

O trabalho também muda, muda a sua concepção, em particular com o advento da Indústria 4.0, que coloca em rede várias formas de automação inteligente na indústria, com a aceleração dos processos inovadores com a qual mudam o trabalho, as funções e os papéis dentro da empresa, e também os regimes de horários.

E se muda o trabalho, não pode não mudar igualmente a ação sindical<sup>11</sup>.

O sindicato não pode permanecer imóvel, deve impor como objetivo central das negociações a reintrodução da contribuição das pessoas, a necessidade dos benefícios de forma inclusiva, estando em campo com propostas adequadas.

De fato, a equação inovação tecnológica igual a custos sociais nem sempre é verdadeira.

Inovação, formação e organização do trabalho podem de um lado defender a ocupação e de outro desmontar os dois falsos mitos, para os quais defender o setor industrial nas economias maduras significa reduzir os salários e deteriorar as condições de trabalho<sup>12</sup>.

É preciso que o desafio do futuro do sindicato seja jogado no terreno social, caso contrário corre-se o risco de que as empresas do futuro sejam *worker less & union's free*.

É preciso lançar o olhar para a chamada Quarta Revolução Industrial como uma grande oportunidade na qual o trabalhador individual e o sindicato contribuirão para o projeto da sua evolução, a fim de que as novas soluções industriais e sociais transformem-se em benefícios para todos.

À inovação, portanto, liga-se a importância e a necessidade de grandes investimentos na formação contínua dos trabalhadores, a

<sup>11</sup>DI VICO, D. Introduzione. In: BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0**. Roma: Fim-Cisl, 2015, p. 7.

<sup>12</sup>BENTIVOGLI, M. Sindacato futuro nell'era dei *big data* e *industry 4.0*. *Industry 4.0: la smart factory necessita della smart union*. In: BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0**. Roma: Fim-Cisl, 2015, p. 16.

exemplo da cláusula incluída no último acordo coletivo dos metalúrgicos. A formação dos trabalhadores é elemento central em uma indústria que tende a um aumento significativo do componente intelectual do trabalho, onde haverá mais espaço para a criatividade.

O trabalhador, de fato, torna-se um cotomador de decisão.

Mas não só o trabalhador individual tem de ser formado, também o sindicalista, se pensarmos que avançamos em direção a uma sociedade em que o trabalhador, agora com competências heterogêneas, consideraria dispensar a atuação do sindicato (o que em parte já está acontecendo). E então é preciso um sindicato que esteja em condições de enfrentar os novos fenômenos, que faça sobressair a participação, peça fundamental para a Indústria 4.0, e que permita, unindo pessoas de todas as gerações, promover a justiça<sup>13</sup>.

O sindicato do futuro, na verdade do presente, deve ser capaz de pensar com criatividade para realizar formas organizacionais mais humanas com as quais gerir as novas tecnologias<sup>14</sup>.

Então, inovação, tecnologia, formação... o que tem a ver com a representatividade?

E é exatamente neste ponto que devemos fazer um esforço extra de criatividade, pensar grande para extrair uma proposta que contribua positivamente para salvar as relações sindicais da desintegração a que estão submetidas há muito tempo e que, como tivemos oportunidade de descrever, conseqüentemente põem em risco a negociação coletiva.

Mencionamos a inclusão da formação como “direito subjetivo” no acordo dos metalúrgicos. Façamos um esforço de abstração: a partir da proteção do profissionalismo adquirido pelo trabalhador individual deve-se alcançar a proteção do profissionalismo contextualizado no ambiente corporativo.

O Contrato Coletivo Nacional, assim, assume um papel de garante do profissionalismo e a formação do trabalhador torna-se a causa do acordo.

Assim, se a formação torna-se a causa do acordo, e fundamental no mundo da representação, podemos imaginar que a aferição da representatividade não seja mais ligada apenas a um conceito quantitativo, mas também de tipo qualitativo?

---

<sup>13</sup>BENTIVOGLI, M. *Sindacato futuro nell'era dei big data e industry 4.0. Industry 4.0: la smart factory necessita della smart union.* In: BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0.** Roma: Fim-Cisl, 2015.

<sup>14</sup>PERO, L. *Industry 4.0: tecnologie, organizzazioni e ruolo del sindacato.* In: BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0.** Roma: Fim-Cisl, 2015, p. 46.

Podemos pensar que, em poucos anos, o sindicato representativo seja considerado aquele que consegue interceptar as necessidades do novo mundo do trabalho, centrando-se na pesquisa e na formação, um sindicato que recolha adesão e consenso, porque nisso os trabalhadores reconhecem um excedente que lhes permite aderir majoritariamente à flexibilidade trazida pela inovação?

Acreditamos realmente que seja necessário. Isto não significa banalizar ou destruir o que foi feito nos últimos vinte e cinco anos, nem deixar de dar importância aos limites, aos perímetros, aos consensos (que são inevitavelmente ligados aos números).

Certamente os números servem, inclusive servirão mais do que nunca para afirmar e legitimar o que estamos sustentando.

Todavia, se o trabalho muda, devem mudar os sindicatos, deve ser feita uma releitura do direito do trabalho e a representatividade deve sofrer uma evolução que a aproxime o máximo possível das pessoas, das suas necessidades, a uma indústria mais avançada, onde as tecnologias tornem tudo mais flexível, mas ao mesmo tempo uma indústria mais “humana”.

Talvez tenha chegado o momento de se abrir a uma concepção mais sociológica da representatividade. Esta é apenas uma ideia, que começa silenciosamente a estar presente no mundo dos sindicatos. O futuro dirá. Mas o importante é continuar a construir essa nova concepção para tutelar aquilo que na nossa Constituição é um direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0**. Roma: Fim-Cisl, 2015.

BENTIVOGLI, M. Sindacato futuro nell'era dei *big data* e *industry 4.0*. *Industry 4.0: la smart factory* necessita della *smart union*. In: BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0**. Roma: Fim-Cisl, 2015.

DI VICO, D. Introduzione. In: BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0**. Roma: Fim-Cisl, 2015.

ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, n. 298, 27 dic. 1947. Disponível em: <https://www.quirinale.it/page/costituzione>.

ITALIA. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, n. 144, 24 giugno 2015. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/06/24/15G00095/sg>.

ITALIA. Statuto dei lavoratori. Legge 20 maggio 1970, n. 300. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, n. 131, 27 magg. 1970. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori>.

MARESCA, Arturo. Contratto collettivo nazionale di lavoro e “regola sulla rappresentanza” sindacale: verso l’attuazione negoziale dell’art. 39, co 4, della Costituzione? *In*: CARINCI, F. *et al.* **Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro**. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero. Torino: G. Giappichelli, 2013.

MARESCA, Arturo. La mancata conclusione del contratto collettivo di categoria. *In*: ZOPPOLI, L.; ZOPPOLI, A.; DELFINO, M. **Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?** Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

PASSARELLI, Giuseppe Santoro. **Diritto dei lavori**. Torino: G. Giappichelli, 2012.

PERO, L. *Industry 4.0: tecnologie, organizzazioni e ruolo del sindacato*. *In*: BENTIVOGLI, M.; DI VICO, D.; PERO, L.; VISCARDI, G.; NAVARETTI, G. B.; MOSCONI, F. **#SindacatoFuturo in industry 4.0**. Roma: Fim-Cisl, 2015.

PERSIANI, Mattia; LUNARDON, F. **Fondamenti di diritto sindacale**. Torino: G. Giappichelli, 2017.

TOMASSETTI, Paolo. La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015. **Rivista di Diritto delle Relazioni Industriali**, Milano, n. 2/XXVI, 2016.



## **Trabalhos do Meio Científico**



# O FUTURO DOS SINDICATOS NO BRASIL\*

## THE FUTURE OF UNIONS IN BRAZIL

COSTA, Renata Lázaro Alves da\*\*

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade analisar o futuro dos sindicatos no Brasil. Com base, principalmente, no texto constitucional, na CLT<sup>1</sup>, na Convenção 87 da OIT<sup>2</sup> e na Lei n. 13.467/2017, observou-se que, ao estabelecer a contribuição sindical facultativa e possibilitar a prevalência das negociações coletivas sobre a lei, as alterações feitas na legislação trabalhista tornaram incompatível a unicidade sindical com o atual sistema. Ao final, verificou-se que o modelo pluralista deve ser adotado a fim de garantir a defesa dos interesses coletivos.

**Palavras-chave:** Sindicatos. Brasil. Futuro.

**Abstract:** This paper aims to analyze the future of unions in Brazil. Based mainly on the constitutional text, CLT, ILO Convention 87 and Law n. 13.467/2017, it was observed that by establishing the optional union contribution and enabling the collective bargaining over the law to prevail, changes made in labor legislation made union unity with the current system incompatible. In the end, it was found that the pluralist model must be adopted in order to ensure the defense of collective interests.

**Keywords:** Unions. Brazil. Future.

---

\*Artigo selecionado na **Chamada para Publicação de Artigos** (*Call for papers*) referente ao Edital n. 1/2019, de 22.2.2019, da Secretaria-Geral da Presidência do TRT da 15ª Região, Campinas-SP.

\*\*Advogada. Graduada no Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na PUC-PR. Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB de São José do Rio Preto-SP. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8541014207341604>.

<sup>1</sup>CLT: Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>2</sup>OIT: Organização Internacional do Trabalho.

## 1 INTRODUÇÃO

Citando Paul Durand, J. M. Catharino (1995), a origem da palavra sindicato encontra-se no termo *sindico* ou *syndikayos* do grego, e *syndicus* do latim. Explica o autor que, no Direito romano e no Direito grego, a palavra *siindico* referia-se ao advogado ou ao mandatário que representava toda uma coletividade. Posteriormente, o termo *sindicato* passou a designar as funções exercidas pelo síndico, que seriam a de defesa dos interesses coletivos do grupo ou de ser o procurador da corte.

Assim, o termo sindicato refere-se a uma organização sem fins lucrativos, em forma de associação, e destinada à defesa dos interesses dos membros que a compõem, ou seja, na defesa dos interesses coletivos.

No Brasil, o movimento sindical surgiu somente após a Proclamação da República, tendo em vista o longo período vivido sob a economia escravocrata e rural, no qual os escravos trabalhavam nas propriedades rurais dos senhores de terra sem receber remuneração, sem gozar de nenhum direito trabalhista nem de mínimas condições de segurança.

Diante desse cenário, a criação de um movimento que versasse sobre os interesses dos trabalhadores fazia-se urgente. Foi daí que surgiu a ideia de sindicato como uma associação de trabalhadores para resolver problemas e necessidades comuns.

A primeira referência feita pela lei ao sindicato ocorreu somente em 1891, por meio da Constituição da República. Em 1903 surgiu a Lei n. 979 prevendo a sindicalização rural e, em 1907, a Lei n. 1.637 alargou a possibilidade de sindicalização para todos os profissionais.

Nessa época, imperava o regime da pluralidade sindical que vigorou até 1931, quando Getúlio Vargas instituiu o sindicalismo unitário, corporativista, dependente e atrelado ao Estado.

Em um momento onde a falta de espírito sindical dificultava a formação de organismos sindicais e a filiação de trabalhadores a eles, foi justificável que Vargas adotasse o monopólio visando evitar o fracionamento dos sindicatos e o enfraquecimento das respectivas representações.

Contudo, de 1931 até os dias atuais, os brasileiros viveram inúmeras transformações internas e externas no desenvolvimento industrial, na concentração de operários na economia, na informação e no ordenamento jurídico, os quais criaram uma realidade incompatível com a unicidade sindical.

Esse conjunto de acontecimentos, a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, especialmente, as alterações trazidas pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) levantam o seguinte questionamento: existe futuro para os sindicatos no Brasil?

Diante dessa inquietação é que o presente estudo tece reflexões que revelam o pluralismo sindical como o próximo passo do sistema sindical brasileiro.

## **2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O SINDICALISMO BRASILEIRO**

O Título V da CLT traz a “Organização Sindical”, classificando-a em sindicato propriamente dito (1º grau), federação (2º grau) e confederação (3º grau).

A figura do sindicato destaca-se como:

[...] associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. (Art. 511, CLT) (BRASIL, 1943).

Nas palavras de Amauri Nascimento (1978), o sindicato é “uma forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas de trabalho” (NASCIMENTO, 1978, p. 307).

Fundamentada na redação do art. 8º da Constituição Federal de 1988, a associação sindical possui liberdade de organização, de administração, de exercício de funções e de filiação - ressalvando-se somente o registro no órgão competente.

Entretanto, limitando a liberdade sindical, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a corrente monista, que defende a união dos trabalhadores de uma mesma profissão em torno de um só sindicato.

Nos termos do art. 516 da CLT (BRASIL, 1943):

Não será reconhecido mais de um Sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial.

Com fundamento no monismo sindical, a Carta Magna (1988) veda a criação de mais de um sindicato, representativo de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial (inciso II do art. 8º da CF), ou seja, impede a formação de sindicatos de forma natural e espontânea entre os trabalhadores.

Assim, a crítica de Mauricio Godinho Delgado é pertinente, ao afirmar que a unicidade sindical é autoritária e produz efeitos negativos para o país:

Esses mecanismos autoritários preservados pela Carta de 1988 atuam frontalmente sobre a estrutura e dinâmica sindicais, inviabilizando a construção de um padrão democrático de gestão social e trabalhista no Brasil. Na verdade, o acoplamento de figuras jurídicas corporativistas a um universo de regras e princípios democráticos tem produzido efeitos perversos no mundo sindical do país. (DELGADO, 2008, p. 118).

E, para garantir que as entidades sindicais desempenhem suas atividades na defesa dos interesses dos integrantes da categoria que representam, a lei lhes garantiu diversas fontes de custeio, quais sejam: a contribuição sindical, a contribuição confederativa, a contribuição assistencial e as mensalidades dos associados.

A contribuição sindical, responsável por 60% do montante arrecadado pelos sindicatos, antigamente denominada imposto sindical, encontra fundamento no art. 8º, IV, da Constituição, e até a vigência da Lei n. 13.467/2017 caracterizava-se pela sua obrigatoriedade.

Tal receita era recolhida uma vez por ano, em favor do sistema sindical, de todos aqueles que participavam de uma determinada categoria profissional ou econômica. No caso do empregado, o montante equivalente a um dia de labor era descontado na folha de pagamento do mês de março. Nestes termos era a antiga redação dos arts. 579 e 580 da CLT.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 242):

[...] neste aspecto, de todo modo, residem as maiores críticas dirigidas ao instituto celetista, uma vez que estimula, ou, pelo menos, corrobora a existência de sindicatos não representativos, sem número relevante de trabalhadores filiados, aptos a existirem apenas com a simples percepção de sua fatia derivada da contribuição sindical obrigatória.

Referido modelo de custeio compulsório resultou na criação de 16,8 mil sindicatos no país, “um modelo de associativismo subsidiado pela contribuição sindical. A África do Sul tem 191 sindicatos, os Estados Unidos, 160, e a Argentina, 91”, conforme citou o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2018) em seu voto nos autos da ADI<sup>3</sup> 5794.

A contribuição confederativa e a assistencial, por sua vez, possuem relação direta com a negociação dos instrumentos coletivos (convenção coletiva ou acordo coletivo) e, de acordo com a jurisprudência, são cobradas somente dos empregados filiados ao sindicato (Súmula n. 666 do STF, Súmula Vinculante n. 40 do STF e OJ n. 17, SDC/TST).

---

<sup>3</sup>ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por fim, as mensalidades dos associados são parcelas mensais pagas estritamente pelos trabalhadores sindicalizados a suas entidades sindicais representativas, semelhante a contribuições voluntárias pagas aos clubes, academias culturais etc. Como afirma Mauricio Godinho:

Pelas suas características, somente sindicatos muito bem estruturados, de categorias profissionais muito bem organizadas, ostentando elevado número de trabalhadores filiados, é que tendem a obter um montante substancial de arrecadação econômico-financeira por intermédio do veículo das mensalidades associativas. (DELGADO, 2017, p. 244).

Neste contexto, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a CLT e a Constituição Federal (CF), regula com riqueza de detalhes e excessivos pormenores a estrutura dos sindicatos - algo que não encontra precedentes na legislação comparada.

Para Antônio Álvares da Silva (2016) uma lei sintética indicando alguns princípios como a forma de organização (sindicatos por profissão, por empresa, por ramo industrial etc.) seria suficiente, pois pouco se modernizou nos sindicatos brasileiros desde a outorga da CLT, em 1943.

Nas palavras do autor, deve-se “extinguir explicitamente a contribuição sindical obrigatória e o sindicato único, os piores males do sindicalismo brasileiro” (SILVA, 2016, p. 15).

E, quanto ao primeiro ponto (contribuição sindical obrigatória) assim o fez a Lei n. 13.467/2017, popularmente chamada de “Reforma Trabalhista”: extinguiu a contribuição sindical compulsória, tornando-a facultativa e condicionada à autorização dos empregados.

Mas, em relação à unicidade sindical, ainda se espera que mudanças sejam feitas, pois o sindicato monista, sendo antidemocrático e violando a liberdade sindical, dificilmente poderá tornar-se um veículo de solidariedade e colaboração entre empregados e empresários.

### **3 O PLURALISMO SINDICAL**

Embora o sindicato brasileiro seja unitário, existe uma segunda teoria denominada pluralista, a qual permite que, dentro da mesma circunscrição territorial, formem-se mais sindicatos representativos de uma mesma categoria profissional ou econômica. Nela, não há restrição por parte do poder estatal na criação dos entes sindicais.

Para os adeptos deste sistema, é benéfica a livre concorrência entre os sindicatos de uma mesma categoria profissional porque as

associações sindicais não correspondem somente àquele antigo meio de defesa das pretensões operárias.

Hoje, os sindicatos devem ser vistos como meios de cooperação entre empregados e empregadores, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento social, de modo que os componentes de determinada categoria devem ser livres para escolher a associação à qual desejam filiar-se.

Neste sentido é o modelo sindical adotado na França, Itália, Espanha, em Portugal e na Alemanha, por exemplo. Veja-se o art. 28, I, da Constituição Espanhola:

Todos têm direito a sindicalizar-se livremente. A lei poderá estabelecer limites ou exceções ao exercício deste direito quanto às forças ou institutos armados e quanto às demais corporações sujeitas a disciplina militar e regulará as especialidades do seu exercício pelos funcionários públicos.

A liberdade sindical compreende o direito de formar sindicatos e de filiar-se no sindicato de sua escolha, assim como o direito dos sindicatos de formar confederações e o de fundar organizações sindicais internacionais ou de nelas se filiar. Ninguém poderá ser obrigado a inscrever-se num sindicato. (FIORILLO, 1995, p. 26).

Por isso, na visão de Antônio Álvares da Silva, se o Brasil adotar tal modelo,

[...] teremos assim um sindicato livre, aberto, democrático que ajudará o país a consolidar as instituições republicanas e caminhar seguro pelas intrincadas vias do pós-moderno. (SILVA, 2016, p. 15).

Não obstante, o pluralismo sindical também é preconizado na Convenção 87 da OIT, a qual, embora ratificada por mais de uma centena de países, não o foi pelo Brasil.

Alice Monteiro de Barros (2009) recorda que apesar de, ainda no ano de 1949, ter sido encaminhada ao Congresso Nacional mensagem recomendando a sua aprovação, nada adiantou.

Referida convenção se destaca em razão do seu nítido objetivo de proclamar que a liberdade sindical é condição fundamental para a efetiva organização dos trabalhadores em defesa de seus direitos.

No texto, a OIT fixou quatro garantias básicas: a) atribuir aos interlocutores sociais o direito de constituir, sem autorização prévia do Estado, as organizações que julgarem convenientes, bem como o direito

de filiação (positivo ou negativo); b) o direito dos sindicatos redigirem seus próprios estatutos e se organizarem administrativamente; c) proteger a dissolução ou suspensão dos sindicatos por via administrativa, e d) o direito dos sindicatos criarem federações e confederações, além dos trabalhadores poderem se filiar em organizações internacionais.

Contudo, mesmo sendo considerada uma das oito convenções fundamentais da OIT, o Brasil permanece desrespeitando e não ratificando a Convenção 87, para prestigiar a ultrapassada unicidade sindical.

#### **4 ASPECTOS RELEVANTES APÓS A LEI N. 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA)**

Inúmeras foram as novidades trazidas à CLT pela Lei n. 13.467/2017 (também denominada “Reforma Trabalhista”), mas, neste estudo, destacam-se as principais envolvendo os sindicatos, quais sejam: a contribuição sindical e o negociado sobre o legislado.

A contribuição sindical compulsória era ruim porque não estimulava a competitividade e a representatividade, então a nova lei extinguiu a sua obrigatoriedade, tornando-a facultativa e condicionada à autorização expressa do empregado. Veja-se a nova redação do art. 579:

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (BRASIL, 2017).

Com isso, dados do Ministério do Trabalho mostram que, somando centrais, confederações, federações e sindicatos, a arrecadação sindical caiu de R\$ 170 milhões (março de 2017) para R\$ 34 milhões (março de 2018), uma redução drástica de 80% (oitenta por cento).

Todavia, embora aparente que o legislador tenha a intenção de enfraquecer a atuação sindical, o art. 611-A da CLT traz outra grande inovação: **“A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...]”**.

Em outras palavras, a Lei n. 13.467/2017 entregou aos sindicatos o poder de negociarem as condições de trabalho daqueles a quem representam com prevalência sobre a lei. Nos dizeres de Antônio Álvares da Silva, “o instrumento jurídico está dado, resta agora aos sindicatos vivificá-lo com sua atividade” (SILVA, 2016, p. 16).

De acordo com o espírito da Reforma, para as diretrizes fundamentais intervém o legislador, atuando no Direito Público do Trabalho, mas o cotidiano da relação de emprego fica relegado às partes. Isto é fortalecer a atuação sindical.

Nas palavras brilhantes de Antônio Álvares da Silva (2016, p. 45):

[...] se o empregado e o empregador podem negociar as condições de trabalho observados os limites naturais da Constituição, dos Direitos Fundamentais e das leis imperativas, não faz sentido que esperem a iniciativa do legislador, sempre atrasado em matéria social.

A relação de emprego é extremamente dinâmica e as suas peculiaridades podem ser resolvidas com mais eficiência se forem tratadas diretamente pelos atores sociais, afinal, eles são os maiores conhecedores das suas próprias necessidades.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 248):

A negociação coletiva é importante veículo de melhoria e aperfeiçoamento das condições de contratação e gestão trabalhista no âmbito das empresas e dos estabelecimentos. É mecanismo que ajusta, sem dúvida, à estrutura e logística jurídicas do Estado Democrático de Direito.

Não se tratando de redução ou supressão dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, mas de melhoria de condições de trabalho, poderá a negociação entre empregado e empregador dispor sobre os temas elencados no art. 611-A da CLT e ser hierarquicamente superior à lei.

Ressalta-se que o princípio da proteção ao trabalhador deve continuar sendo respeitado nas negociações coletivas. O “mínimo” já deve ser assegurado ao trabalhador, as convenções e acordos devem focar no “mais”.

Contudo, só se conseguirá a prevalência da convenção coletiva sobre a lei quando os sindicatos realmente forem capazes de negociar e defender os interesses das categorias representadas. Conforme questiona Antônio Álvares da Silva, “se eles não negociam, como falar em predomínio do negociado?” (SILVA, 2016, p. 46).

A Lei n. 13.467/2017 avançou ao conferir as prerrogativas do art. 611-A aos sindicatos, mas foi incompleta em relação à reforma sindical necessária no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao prestigiar o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical e destacar a importância das negociações coletivas, o legislador ressaltou a importância da liberdade e da democracia na relação entre Estado, empregado e empregador. Contudo, deixou passar a oportunidade de instituir o pluralismo sindical.

Conforme afirmado por Sergio Pinto Martins:

Com a pluralidade sindical, cada um poderia constituir o sindicato que quisesse. Os sindicatos devem ser criados por profissão ou por atividade do empregador, porém livremente. A tendência seria, num primeiro momento, a criação de muitos sindicatos. Posteriormente, as pessoas iriam perceber que muitos sindicatos não têm poder de pressão e iriam começar a se agrupar [por meio da unidade sindical], pois sozinhos não teriam condições de reivindicar melhores condições de trabalho. (MARTINS, 2006, p. 700).

Por essa razão, faz-se o mesmo apelo do Ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2018) nos autos da ADI 5794: para que o Poder Legislativo conclua a Reforma Trabalhista acabando com a unicidade sindical.

## 5 O FUTURO DOS SINDICATOS NO BRASIL

Após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, a contribuição sindical tornou-se a terceira cláusula mais negociada nos acordos e convenções coletivas de 2018. Primeiro, porque a Reforma Trabalhista extinguiu a sua obrigatoriedade e segundo porque, agora, o negociado prevalece sobre o legislado.

Todavia, para encerrar qualquer meio de cobrança compulsória, o atual governo publicou a Medida Provisória (MP) n. 873, de 1º de março de 2019, que reescreve o art. 579 e outros:

O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591.

§ 1º A autorização prévia do empregado a que se refere o *caput* deve ser individual, expressa e por escrito, não admitidas a autorização tácita ou a substituição dos requisitos estabelecidos neste artigo para a cobrança por requerimento de oposição.

§ 2º É nula a regra ou a cláusula normativa que fixar a compulsoriedade ou a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores, sem observância do disposto neste artigo, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia-geral ou outro meio previsto no estatuto da entidade. (BRASIL, 2019).

Referida norma, com vigência encerrada, evidenciava a intenção da Administração Pública de que o sistema sindical não dependesse mais do dinheiro estatal para sobreviver, garantindo a liberdade sindical para que o trabalhador tivesse o direito de se filiar ou não, de contribuir ou não.

Neste sentido, o art. 582 (BRASIL, 2019) determinava que o recolhimento da contribuição sindical, quando autorizado expressamente pelo empregado, deveria ser feito por meio de boleto bancário. Veja-se:

Art. 582. A contribuição dos empregados que autorizarem, prévia e expressamente, o recolhimento da contribuição sindical será feita exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico, que será encaminhado obrigatoriamente à residência do empregado ou, na hipótese de impossibilidade de recebimento, à sede da empresa.

§ 1º A inobservância ao disposto neste artigo ensejará a aplicação do disposto no art. 598.

§ 2º É vedado o envio de boleto ou equivalente à residência do empregado ou à sede da empresa, na hipótese de inexistência de autorização prévia e expressa do empregado.

§ 3º Para fins do disposto no inciso I do *caput* do art. 580, considera-se um dia de trabalho o equivalente a:

I - uma jornada normal de trabalho, na hipótese de o pagamento ao empregado ser feito por unidade de tempo; ou

II - 1/30 (um trinta avos) da quantia percebida no mês anterior, na hipótese de a remuneração ser paga por tarefa, empreitada ou comissão.

§ 3º Na hipótese de pagamento do salário em utilidades, ou nos casos em que o empregado receba, habitualmente, gorjetas, a contribuição sindical corresponderá a 1/30 (um trinta avos) da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social. (NR).

Diante disso, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou ADI no STF destacando o impacto que a MP traria para as entidades sindicais: elas teriam ainda mais dificuldades no recolhimento da contribuição sindical e no financiamento de suas atividades, pois os sindicatos não poderiam colocá-la nas negociações coletivas (OAB, 2019).

Com a referida ação encaminhada para o Plenário do STF, aguardou-se um pronunciamento da Suprema Corte do Brasil, mas o momento leva novamente à questão da reforma sindical, pois os sindicatos precisam renovar-se.

Ao invés de ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade (como a ADI 5794 e a apresentada pela OAB), visando o retorno da contribuição obrigatória, as entidades sindicais deveriam refletir sobre a liberdade sindical e a possibilidade de se transformarem em associações realmente atrativas para as categorias.

Em outras palavras, seria benéfico para os sindicatos se eles se conscientizassem que a contribuição compulsória acabou (decisão do STF na ADI 5794), que isso é bom para o Brasil e aproxima o país da ratificação da Convenção 87 da OIT.

Além do caráter facultativo da contribuição sindical, as entidades sindicais precisam perceber que, de fato, o negociado sobre o legislado pode ser uma ferramenta importante para a sua visibilidade, pois se tornou assunto amplamente discutido na jurisprudência. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. AVISO-PRÉVIO. RENÚNCIA POR MEIO DE NORMA COLETIVA. INVALIDADE. SÚMULA N. 276 DO TST. Constatada possível violação dos arts. 7º, XXI e XXVI, da Constituição Federal de 1988, e 487, § 1º, da CLT, merece provimento o agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. AVISO-PRÉVIO. RENÚNCIA POR MEIO DE NORMA COLETIVA. INVALIDADE. SÚMULA N. 276 DO TST. Conforme entendimento consolidado nesta Corte superior, as negociações coletivas não podem ser exercidas de forma a implicar renúncia, pelos trabalhadores individualmente considerados nem por suas respectivas entidades sindicais, dos direitos fundamentais sociais assegurados pela própria Constituição da República e pelas normas infraconstitucionais trabalhistas de ordem pública, como ocorre no caso ora em exame, que cuida do direito constitucional ao aviso-prévio. Ademais, nos termos da Súmula n. 276 do TST, o direito ao aviso-prévio é irrenunciável pelo empregado, sendo que o pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego. No caso, embora o trabalhador tenha

sido imediatamente admitido por novo empregador, não formulou renúncia expressa ao aviso-prévio, sendo inválida a renúncia praticada pela via negocial coletiva. Recurso de revista conhecido e provido. (TST RR 1317920145090657, Relator Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, data de julgamento 7.11.2018, 7ª Turma, data de publicação DEJT 9.11.2018).

RECURSO DE REVISTA. LEI N. 13.015/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 40 DO TST. RECLAMANTE. TAXA DE SERVIÇO/GORJETA. ACORDOS COLETIVOS. RETENÇÃO. ANTERIOR À LEIN. 13.419, DE 13.3.2017. 1 - Na vigência da Instrução Normativa n. 40 do TST, examina-se o recurso de revista somente quanto ao tema admitido pelo juízo primeiro de admissibilidade. 2 - O recurso de revista foi interposto na vigência da Lei n. 13.015/2014 e atende aos requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. 3 - Observa-se, da leitura do art. 457, § 3º, da CLT, que se incluem na remuneração do empregado, além do salário devido, as gorjetas que receber do cliente, espontaneamente, como forma de retribuição pelo serviço que lhe foi prestado, e também aquela decorrente da cobrança da empresa, como adicional nas contas. Tanto os valores recebidos espontaneamente dos clientes, quanto aqueles cobrados como adicional nas contas pertencem aos empregados, razão pela qual não podem sofrer nenhuma retenção de 36% a título de 'custeio dos encargos sociais' ou de 1% a título de 'ampliação de sede própria e assistência social'. Nesse contexto, é ilícita essa retenção salarial, mesmo porque com a retenção de 37% referentes às despesas mencionadas, o empregador estaria transferindo ao empregado os riscos da atividade econômica, em clara ofensa ao art. 2º da CLT. Ademais, o art. 457 da CLT é claro ao dispor que integram a remuneração do empregado as gorjetas, dadas espontaneamente pelo cliente ou cobradas pela empresa e não prevê nenhuma outra destinação dessa verba. Assim, com fundamento nos arts. 9º e 457 da CLT, é inválida a cláusula do acordo coletivo que autorizou a retenção, pela reclamada e pelo sindicato, de parte das gorjetas arrecadadas. Portanto, tem o reclamante direito à devolução dos valores que lhe foram retidos, referentes às gorjetas. 4 - Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST RR 5692620145050008, Relatora Kátia Magalhães Arruda, data de julgamento 10.5.2017, 6ª Turma, data de publicação DEJT 12.5.2017).

Até mesmo o vice-presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ministro Renato de Lacerda Paiva (CAGLIARI, 2018),

apresentou acordo para incluir nas negociações coletivas a substituição das horas *in itinere* (extinta pela Lei n. 13.467/2017) por bônus de assiduidade, em respeito ao princípio do negociado sobre o legislado e indicando um precedente em negociações coletivas.

Sendo assim, verifica-se que os sindicatos precisam se especializar e se qualificar para negociar, além de estarem atentos principalmente quanto aos direitos fundamentais, pois a ideia para o futuro é que as negociações coletivas sejam reflexos das situações concretas, mas sem precarizar as relações de trabalho.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 249):

Não existe espaço, na Constituição da República Federativa do Brasil, para a concepção de negociação coletiva trabalhista como mecanismo de precarização e rebaixamento do valor trabalho e das condições de contratação e gestão da força de trabalho na economia e na sociedade brasileira.

Nesta direção, observa-se que a Lei n. 13.467/2017, que versa sobre a “Reforma Trabalhista”, abalou a estrutura da unicidade sindical no Brasil ao extinguir a contribuição sindical obrigatória e incluir as negociações coletivas como importante fonte do Direito do Trabalho.

Uma lei nova é um ato jurídico novo e, por todo o exposto, questiona-se: como os sindicatos sobreviverão?

O atual governo já responde: segundo o Secretário-especial de Previdência e Trabalho, Rogério Marinho (GOVERNO, 2019), após a reforma da previdência, o Presidente Jair Bolsonaro vai propor o fim da unicidade sindical.

Isto porque, após abalar consideravelmente a receita dos sindicatos e as matérias tratadas em negociações coletivas com a Lei n. 13.467/2017, o objetivo agora é permitir a concorrência entre as entidades sindicais e estimular a melhoria da prestação de serviços aos associados - assim estes poderão contribuir facultativamente com a mensalidade.

## 6 CONCLUSÃO

Conforme visto, é possível concluir que o futuro dos sindicatos no Brasil está diretamente ligado ao pluralismo sindical - modelo mais adequado para a realidade vivida hoje no país.

As entidades sindicais não podem mais contar com a receita advinda da contribuição sindical obrigatória, uma vez que ela se tornou facultativa; a Convenção 87 da OIT foi ratificada por mais de uma centena

de países e se aguardam os brasileiros; as negociações coletivas prevalecem sobre a lei nas hipóteses previstas no art. 611-A da CLT.

Por tais motivos, não condiz com as necessidades atuais manter a unicidade sindical, um modelo autoritário e antidemocrático. Caso isso ocorra, as alterações feitas na legislação trabalhista estrangularão os sindicatos, como ocorreu com o Sindicato dos Empregados no Comércio de Porto Alegre.

Referida associação, conforme notícia jornalística (OLIVEIRA, 2019b), veio a público informar que “está fechando as suas portas” por tempo indeterminado, a partir de 18 de março de 2019, até que se encontre uma solução para o custeio sindical.

E, diante do exposto neste estudo, verifica-se que a saída a ser proposta pelo atual governo - e a mais adequada - é propor uma PEC<sup>4</sup> que estabeleça a pluralidade sindical, evidentemente democrática, favorável à concorrência entre os sindicatos e à melhoria na prestação dos serviços oferecidos aos profissionais da categoria.

Na medida em que as associações precisarem “conquistar” os trabalhadores para auferir as mensalidades das sindicalizações, elas serão obrigadas a se aprimorar na defesa dos interesses coletivos, sob pena de serem extintas. Este é o futuro dos sindicatos no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AÇÃO contra MP dos sindicatos vai ao plenário do STF. **RBA Rede Brasil Atual**, São Paulo, 14 mar. 2019. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2019/03/acao-contra-mp-dos-sindicatos-vai-ao-plenario-do-stf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1º maio 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 16 mar. 2019.

---

<sup>4</sup>PEC: Proposta de Emenda Constitucional.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 13 jul. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. Medida Provisória n. 873, de 1º de março de 2019. Altera a Consolidação das Leis do trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **DOU**, Brasília, n. 43-A, 1º mar. 2019. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm).

CAGLIARI, Arthur. Em acordo, TST troca regra extinta na reforma trabalhista por bônus. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/em-acordo-tst-troca-regra-extinta-na-reforma-trabalhista-por-bonus.shtml>. Acesso em: 19 mar. 2019.

CORDEIRO, Tiago. Como o fim da contribuição sindical obrigatória jogou os sindicatos na lona. **Gazeta do Povo**, São Paulo, 2 dez. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/como-o-fim-da-contribuicao-sindical-obrigatoria-jogou-os-sindicatos-na-lona-1z41uw4rjub4po7va4biumuui/>. Acesso em: 19 mar. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos**. V. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOVERNO quer propor PEC para fim da unicidade sindical. **Gazeta Online**, Política, 6 mar. 2019. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/politica/2019/03/governo-quer-propor-pec-para-fim-da-unicidade-sindical-1014170996.html>. Acesso em: 19 mar. 2019.

LAPORTA, Tais. Contribuição sindical foi discutida em 40,7% das negociações coletivas em 2018. **G1**, 26 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/26/>

contribuicao-sindical-foi-discutida-em-407-das-negociacoes-coletivas-em-2018.ghtml. Acesso em: 19 mar. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1978.

OAB ajuíza ação contra MP de Bolsonaro sobre contribuição sindical. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI297845,41046-OAB+ajuiza+acao+contra+MP+de+Bolsonaro+sobre+contribuicao+sindical>. Acesso em: 19 mar. 2019.

OLIVEIRA, André Abreu de. Sistema da unicidade sindical no Brasil: herança deixada pelo autoritarismo? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009a. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6569](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6569). Acesso em: 19 mar. 2019.

OLIVEIRA, Gabriella. Maior sindicato da iniciativa privada do RS fecha as portas em virtude da MP 873. **Sindec**, Porto Alegre, 15 mar. 2019b. Disponível em: <https://sindec.org.br/maior-sindicato-da-iniciativa-privada-do-rs-fecha-as-portas-em-protesto-a-mp.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019.

RONCAGLIA, Daniel. Após 60 anos, Brasil não ratifica convenção da liberdade sindical. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 jun. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-jun-26/brasil\\_ao\\_ratifica\\_convencao\\_liberdade\\_sindical](https://www.conjur.com.br/2008-jun-26/brasil_ao_ratifica_convencao_liberdade_sindical). Acesso em: 19 mar. 2019.

SILVA, Antônio Álvares da. **Alternativas para a reforma da justiça do trabalho**. Belo Horizonte: Rtm Educacional, 2016.

STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. **Notícias STF**, Brasília, 29 jun. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>. Acesso em: 19 mar. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **O sindicato e suas relações com a justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1986.

## DESAFIOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO: Agenda 2030 e Pacto Global no Brasil\*

### CHALLENGES OF LABOR COURT: Agenda 2030 and Global Compact in Brazil

KOHAYAKAWA, Márcio Naoki\*\*

**Resumo:** O atual ritmo de inovações e tecnologias, conhecido como a Quarta Revolução Industrial, traz incertezas. Estima-se uma perda de até 50% dos postos de trabalho no Brasil, mas também estão sendo criadas oportunidades que poderão ser aproveitadas com práticas sustentáveis de desenvolvimento humano. Neste contexto, foi lançado o Pacto Global da Organização da Nações Unidas - ONU, alinhado aos ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) da Agenda 2030. Apesar da necessidade de se investir no capital humano, o Brasil tem adotado práticas incongruentes com estes objetivos, sendo um desafio importante da Justiça do Trabalho garantir os direitos humanos, a justiça social e o desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Pacto Global. Agenda 2030. Capital humano. Justiça do Trabalho.

**Abstract:** The current pace of innovations and technologies, known as the Fourth Industrial Revolution, brings uncertainty. It is estimated that up to 50% of jobs are expected to be lost in Brazil, but opportunities are also being created that could be harnessed with sustainable human development practices. In this context, the United Nations - UN Global Compact was launched, in line with the Agenda 2030 SDGs (Sustainable Development Goals). Despite the need to invest in human capital, Brazil has adopted practices that are inconsistent with these objectives and is a major challenge for the Labor Court to ensure human rights, social justice and sustainable development.

**Keywords:** Global Compact. Agenda 2030. Human capital. Labor Court.

---

\*Artigo selecionado na Chamada para Publicação de Artigos (*Call for papers*) referente ao Edital n. 1/2019, de 22.2.2019, da Secretaria-Geral da Presidência do TRT da 15ª Região, Campinas-SP.

\*\*Graduando em Direito na Faculdade Anhanguera de Campinas-SP.

## 1 INTRODUÇÃO

Conhecido como a Quarta Revolução Industrial, o atual ritmo alucinado de inovações e novas tecnologias traz incertezas de como nossas vidas serão afetadas. Em seu relatório anual sobre as mudanças da natureza do trabalho, o Banco Mundial argumenta que, apesar do receio disseminado desde o Século 18 de que “as máquinas iriam substituir os humanos” (WORLD BANK, 2019), os avanços disruptivos trazidos pela inovação e progresso tecnológico criaram mais prosperidade do que destruíram.

Sabe-se que os robôs estão assumindo milhares de tarefas rotineiras e que muitos empregos de baixa qualificação desaparecerão. Segundo a Organização Internacional do Trabalho (2018), análise elaborada pela consultoria McKinsey estimou uma perda de até 50% dos postos de trabalho no Brasil em função do crescente uso de processos automatizados, tecnologia de informação e inteligência artificial, capazes de progressivamente substituir trabalhos rotinizados, até mesmo aqueles exercidos por trabalhadores altamente especializados.

Entretanto, ao mesmo tempo a tecnologia está criando oportunidades, pavimentando o caminho para novos tipos de empregos, aumentando a produtividade e melhorando a prestação de serviços públicos.

É senso comum que muitos empregos hoje, e muitos mais no futuro próximo, exigirão conhecimentos específicos - uma combinação de *know-how* tecnológico, resolução de problemas e pensamento crítico -, bem como habilidades pessoais como perseverança, colaboração, empatia e aprendizado constante. Além disso, as oportunidades deverão ser distribuídas igualmente em toda a sociedade, por meio de sistemas de assistência e seguridade social que se ajustem à natureza mutável do trabalho, baseado na inclusão. Segundo a OIT (2018), para o aproveitamento das oportunidades que se delineiam para o mercado de trabalho, é fundamental a prevalência de educação de qualidade e homoganeamente distribuída pela população.

Trata-se da primazia do capital humano, e todos os países, especialmente os em desenvolvimento, deverão adotar práticas sustentáveis de desenvolvimento humano para não perderem as oportunidades trazidas por esta nova revolução.

Neste contexto, no ano de 2000 foi lançado o Pacto Global da Organização da Nações Unidas - ONU, uma chamada para as empresas e instituições alinharem suas estratégias e operações a dez princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção, e desenvolverem ações que contribuam para o enfrentamento dos desafios da sociedade. Este Pacto Global não é um instrumento regulatório, um código de conduta obrigatório ou um fórum para policiar as políticas e práticas gerenciais.

**Figura 1.** Os 10 Princípios do Pacto Global



Fonte: ONU (2019).

É uma iniciativa voluntária que fornece diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, por meio de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras, alinhadas com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS da Agenda 2030, proposta pela ONU e aceita por todos seus países membros.

**Figura 2.** Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS



Fonte: ONU (2019).

Dentre os dez princípios do Pacto Global, quatro dizem respeito diretamente ao trabalho, quais sejam: o direito à negociação coletiva e à liberdade de associação, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado, a erradicação do trabalho infantil e a eliminação da discriminação no emprego.

Estes princípios referentes ao trabalho correspondem ao 8º ODS da Agenda 2030 da ONU: “Promover o crescimento econômico sustentável, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”.

A partir desse Objetivo foram traçadas as seguintes metas:

8.1 Sustentar o crescimento econômico *per capita* de acordo com as circunstâncias nacionais e, em particular, um crescimento anual de pelo menos 7% do produto interno bruto (PIB) nos países menos desenvolvidos.

8.2 Atingir níveis mais elevados de produtividade das economias por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação, inclusive por meio de um foco em setores de alto valor agregado e dos setores intensivos em mão de obra.

8.3 Promover políticas orientadas para o desenvolvimento que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros.

8.4 Melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de acordo com o ‘Plano Decenal de Programas Sobre Produção e Consumo Sustentáveis’, com os países desenvolvidos assumindo a liderança.

8.5 Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor.

8.6 Até 2020, reduzir substancialmente a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação.

8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas.

8.8 Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes,

em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários.

8.9 Até 2030, elaborar e implementar políticas para promover o turismo sustentável, que gera empregos e promove a cultura e os produtos locais.

8.10 Fortalecer a capacidade das instituições financeiras nacionais para incentivar a expansão do acesso aos serviços bancários, de seguros e financeiros para todos.

8.a Aumentar o apoio da Iniciativa de Ajuda para o Comércio (*Aid for Trade*) para os países em desenvolvimento, particularmente os países menos desenvolvidos, inclusive por meio do Quadro Integrado Reforçado para a Assistência Técnica Relacionada com o Comércio para os países menos desenvolvidos.

8.b Até 2020, desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para o emprego dos jovens e implementar o Pacto Mundial para o Emprego da Organização Internacional do Trabalho (OIT). (ONU BRASIL, 2015).

## 2 AGENDA 2030 E PACTO GLOBAL NO BRASIL

O Brasil teve papel relevante no processo de negociação da Agenda 2030, lançada na **Conferência Rio+20**, em julho de 2012, participando de todas as sessões da negociação intergovernamental.

Desde o início o Brasil procura implementar os ODS, entendendo que isto representa uma oportunidade para o aperfeiçoamento da gestão pública e a aplicação de políticas que consolidem avanços sociais e a recuperação econômica do país. Segundo a **Comissão Nacional para os ODS** (BRASIL, 2017), é também uma oportunidade de convergência dos esforços do governo e da sociedade civil para acabar com a pobreza e a fome, lutar contra as desigualdades e combater as mudanças climáticas.

Em outubro de 2016 foi editado o Decreto n. 8.892, que estabeleceu uma governança nacional ao processo de implantação da Agenda 2030 no país, criando a Comissão Nacional para os ODS (BRASIL, 2016).

Já os projetos do Pacto Global são desenvolvidos no Brasil dentro dos seguintes Grupos Temáticos (GTs): Água e Saneamento, Alimentos e Agricultura, Energia e Clima, Direitos Humanos e Trabalho, Anticorrupção e ODS.

Conforme cartilha explicativa, o Grupo Temático (GT) Direitos Humanos e Trabalho discute o papel das empresas em relação às questões de direitos humanos, seja dentro da própria operação, em sua cadeia de abastecimento, seja nas comunidades onde operam.

Podem-se citar alguns projetos que fazem parte deste pacto, tais como “Empoderando Refugiadas”, no qual as mulheres que procuram refúgio no Brasil conhecem seus direitos e têm acesso aos meios

necessários para seu empoderamento econômico, e “Mais presença feminina nos negócios”, que apoia as empreendedoras do Brasil na evolução de suas empresas, considerando suas necessidades como mulheres e empresárias, assim como em relação às finanças.

Ademais, mais de 800 instituições dentre empresas, organizações não governamentais, universidades e órgãos públicos brasileiros já se engajaram nesse pacto.

Dentre os órgãos públicos, insta citar que o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região foi a instituição jurisdicional trabalhista pioneira no mundo ao se tornar signatária do Pacto Global, em 4 de dezembro de 2014.

A atuação dos magistrados brasileiros na promoção dos direitos fundamentais do trabalho foi elogiada pelo diretor da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, o alemão Martin Hahn, durante o XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat):

Reconheço o grande interesse dos juízes brasileiros nas convenções e noto com grande satisfação a participação nos cursos da OIT, como os de normas e os de direitos fundamentais do trabalho. (DIRETOR, 2018, p. 8).

### **3 DESAFIOS DO TRABALHO NO BRASIL**

Entretanto, a despeito da visão consensual da necessidade de se investir no capital humano, fortalecer a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva, eliminar o trabalho forçado, abolir o trabalho infantil, eliminar a discriminação no emprego, investir em ações sociais inclusivas para proporcionar a distribuição de oportunidades, o Brasil tem adotado práticas incongruentes com estes objetivos.

Independentemente do viés político dos governos, os direitos trabalhistas vêm sofrendo relativização em prol de uma “maior produtividade e competitividade”.

Durante décadas houve priorização dos investimentos no mercado financeiro em detrimento da produção, concentração do mercado através do financiamento de poucas empresas, as chamadas “campeãs nacionais”, priorização da economia ancorada em atividades primárias, como o extrativismo mineral, monoculturas agrícolas e indústria petroquímica, além de políticas socioeconômicas que culminaram na atual crise econômica, com milhares de desempregados.

Também passamos por crise ética com casos de corrupção generalizada, inclusive no registro de entidades sindicais representativas

de empregados e negligências fiscalizatórias, como no caso do desabamento da barragem de Brumadinho-MG, com centenas de trabalhadores mortos.

Como resposta à maior crise da história do país, juntamente com a guinada eleitoral à direita, vem crescendo o discurso liberal em prol da flexibilização das regras trabalhistas, com a ausência de intervenção estatal nas relações de emprego, em função de uma suposta melhoria na eficiência do setor produtivo. Nesse sentido, foram tomadas atitudes concretas como a reforma da legislação trabalhista, o fim do Ministério do Trabalho, a edição de normas que dificultam a arrecadação de contribuições sindicais (MP 873/2019 - vigência encerrada), o sucateamento das políticas públicas de financiamento interno do governo brasileiro em função de austeridade fiscal, retirando recursos de programas sociais, dentre outras.

Como resultado de todas essas práticas, o Brasil tende a não conseguir atingir as suas metas do ODS 8.

Por exemplo a Meta 8.5, visto que apesar da pequena elevação do PIB em 2017, não há indicadores que apontem para melhoria da qualidade do emprego no país, que apresentava taxa média de 12,7% de desemprego em 2017. Importante observar a ausência de dados oficiais sobre a economia informal, que também agrega um contingente nebuloso de pessoas.

Mesmo caso da Meta 8.6, na qual o Brasil apresenta taxa de desemprego de 30% entre a população jovem de 16 a 24 anos, além da diferença salarial entre gêneros. Ademais, em 2015 o Brasil tinha 2.671.893 pessoas jovens ocupadas na faixa etária de 5 aos 17 anos.

**Figura 3.** Diferenças salariais entre gêneros, escolaridade e idade no Brasil



Fonte: Relatório Luz da Agenda 2030 (2018).

Já a Meta 8.8 foi confrontada diretamente pela Reforma Trabalhista aprovada em 2017 (Lei n. 13.467/2017), pois, entre outras coisas, rebaixa a capacidade de negociação dos sindicatos e fragiliza o Trabalho diante do Capital, num contexto de crise e ameaça de desemprego.

Outra medida declarada e discutida pelo governo é a extinção da Justiça do Trabalho, sob a falsa alegação de que sem esta instância jurisdicional haverá uma redução do passivo das empresas, diminuindo o “Custo Brasil”.

#### **4 DESAFIOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL**

Além da manutenção de sua própria existência, a Justiça do Trabalho enfrentará diversos desafios num futuro próximo.

Os órgãos jurisdicionais trabalhistas terão que se desdobrar para atender aos anseios da sociedade, garantindo a interpretação das normas existentes diante de fatos relativos às novas tecnologias disruptivas, como em recentes ações de reconhecimento de vínculo empregatício com empresas de aplicativos de compartilhamento ou mesmo a possibilidade de substituição em massa de mão de obra humana por máquinas.

Também serão desafiadores os julgamentos de ações que envolvam as inovações das formas de vinculação entre empresas (terceirização, franquias etc.) e trabalhadores, cada vez mais intensas e criativas, gerando a fragmentação da massa trabalhadora, com tendências à perda da consciência coletiva e a individualização dos dissídios individuais perante os órgãos jurisdicionais trabalhistas, gerando descompasso entre a estrutura da Justiça do Trabalho e a demanda que lhe é dirigida (SOUTO MAIOR, 1995).

Por fim, outro desafio importante da Justiça do Trabalho será aprofundar seu papel garantidor dos direitos humanos, interpretando as normas em consonância com os ODS da Agenda 2030 e com o Pacto Global da ONU, garantindo a justiça social e o desenvolvimento sustentável neste novo mundo em construção pela Revolução 4.0.

Conforme citado anteriormente, o Brasil não tem atingido suas metas da Agenda 2030 e do Pacto Global, e, pior, por razões econômicas ou de viés político, tem adotado práticas em sentido contrário. Ainda falta muito a ser feito sobre erradicação do trabalho infantil, isonomia do trabalho entre gêneros e entre etnias, na geração de empregos, na qualificação da população, na distribuição intra-regional dos empregos.

Afinal, conforme o imperativo ético da Agenda 2030, no desenvolvimento sustentável global, “ninguém será deixado para trás”.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Comissão Nacional para os ODS. **Plano de ação 2017-2019**. Brasília-DF, dez. 2017. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/>

ods/noticias/comissao-nacional-dos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-lanca-plano-de-acao/plano-de-acao. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Decreto n. 8.892, de 27 de outubro de 2016. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **DOU**, Brasília, 31 out. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8892.htm). Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Grupo de Trabalho Interministerial sobre a Agenda Pós-2015. **Negociações da agenda de desenvolvimento pós-2015: elementos orientadores da posição brasileira**. 9 set. 2014. Disponível em: [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf). Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Comunicação de Engajamento 2016-2018**. Campinas, 2018. Disponível em: [http://portal.trt15.jus.br/documents/876582/0/COE+2016\\_2018.pdf/5e965b91-fc96-48dd-93cf-6f5f8fed3680](http://portal.trt15.jus.br/documents/876582/0/COE+2016_2018.pdf/5e965b91-fc96-48dd-93cf-6f5f8fed3680). Acesso em: 30 mar. 2019.

DIRETOR da OIT destaca esforço dos magistrados para objetivos da Agenda 2030. O futuro da magistratura do trabalho em debate. **Jornal Anamatra**, Brasília, Especial XIX Conamat, 2018.

EQUIPE DO PNUD COSTA RICA. **Articulando os programas de governo com a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável e os objetivos de desenvolvimento sustentável: orientações para organizações políticas e a cidadania**. Tradução de Guilherme Larsen e Thaís Barbosa. San José, 2017. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjD55305JviAhX6EbkGHV-9DRkQFjAJegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.undp.org%2Fcontent%2Fdam%2Fbrazil%2Fdocs%2FODS%2FArticulando%2520os%2520Programas%2520de%2520Governo%2520com%2520a%2520Agenda%25202030-compressed.pdf&usq=AOvVaw0DgcgS2iEcWelbTIRobvaf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

FARIA, José Eduardo. **Os novos desafios da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA AGENDA 2030. **Relatório Luz da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável: síntese II**. Recife, 2018. Disponível em: [https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2018/07/relatorio-sicc81ntese\\_final\\_download.pdf](https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2018/07/relatorio-sicc81ntese_final_download.pdf). Acesso em: 30 mar. 2019.

ONU BRASIL. **Objetivos de desenvolvimento sustentável: 17 objetivos para transformar nosso mundo. Objetivo 8.** Brasília, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>. Acesso em: 30 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. **Futuro do trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites.** Brasília, 26 abr. 2018. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_626908/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm). Acesso em: 30 mar. 2019.

PACTO GLOBAL REDE BRASIL. **Cartilha GT Direitos Humanos & Trabalho.** São Paulo [S. d.]. Disponível em: <https://pactoglobal.org.br/storage/solutions/March2019/GKto6wZ7kXLonANgIAB3.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A justiça do trabalho no Brasil moderno. **Revista LTR**, São Paulo, v. 59, n. 12, p. 1627-1634, 1995. Disponível em: [http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a\\_justi%C3%87a\\_do\\_trabalho\\_no\\_brasil\\_moderno..pdf](http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_justi%C3%87a_do_trabalho_no_brasil_moderno..pdf). Acesso em: 30 mar. 2019.

WORLD BANK. **World development report 2019: the changing nature of work.** Washington, DC: World Bank, 2019. Doi: 10.1596/978-1-4648-1328-3. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO.

# AS INFLUÊNCIAS DAS REDES SOCIAIS NO DIREITO DO TRABALHO\*

## INFLUENCES OF SOCIAL NETWORKS ON LABOR LAW

QUEIROZ, Monique Mazon\*\*

SANCHES, Nathalia Paes\*\*\*

**Resumo:** O Direito do Trabalho, assim como todos os ramos da ciência jurídica, deve adequar-se às mudanças sociais, culturais e históricas ocorridas na sociedade. Assim sendo, as redes sociais, a forma como a coletividade as utiliza e a nova comunicação empregado-empregador são modernidades que o Direito do Trabalho deve acompanhar para solucionar as lides decorrentes de tais inovações, como o uso das mídias sociais para fins de contratação, a caracterização de horas extras quando utilizadas fora do expediente para realização de trabalho e o assédio moral nos veículos sociais, temas pertinentes e objetos do presente estudo.

**Palavras-chave:** Direito do trabalho. Redes sociais. Horas extras. Assédio moral.

**Abstract:** Labor law, like all branches of legal science, must adapt to the social, cultural and historical changes that have taken place in society. Thus, social networks, the way in which the community uses them and the new employee-employer communication are modernities that Labor Law must follow to resolve the issues arising from such innovations,

---

\*Artigo selecionado na **Chamada para Publicação de Artigos** (*Call for papers*) referente ao Edital n. 1/2019, de 22.2.2019, da Secretaria-Geral da Presidência do TRT da 15ª Região, Campinas-SP.

\*\*Acadêmica do curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino, Bauru-SP. Endereço eletrônico: moniquemazonq@gmail.com.

\*\*\*Acadêmica do curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino, Bauru-SP. Endereço eletrônico: nathaliapsanches@gmail.com.

such as the use of social media for hiring purposes, the characterization of overtime when used outside working hours and bullying in social vehicles, relevant topics and objects of the present study.

**Keywords:** Labor law. Social networks. Overtime. Bullying.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, as tecnologias vêm cada vez mais fazendo parte do nosso dia a dia. Essa celerada evolução tecnológica faz com que a sociedade permaneça demasiadamente conectada, o que inevitavelmente ocorre também nas relações de trabalho. O avanço tecnológico possibilita que o trabalhador fique conectado com seu trabalho em tempo integral, podendo acessar *e-mails* corporativos, receber mensagens de forma instantânea, ligações de clientes e empregadores a qualquer momento do dia, principalmente fora de seu horário formal de trabalho, o que ameaça um dos direitos essenciais dos trabalhadores: a limitação de sua jornada de trabalho.

Concomitantemente às tecnologias surgiram as redes sociais, onde é possível tomar conhecimento da vida pessoal das pessoas em tempo real; **Twitter**, **Instagram**, **Facebook**, dificilmente se encontra alguém que não possua pelo menos uma dessas redes sociais atualmente. Devido a isso, é comum que em processos seletivos as redes sejam utilizadas para traçar um perfil pessoal do candidato de acordo com suas postagens, sendo critério de exclusão de candidatos.

Com toda essa exposição à qual as pessoas estão submetidas nas redes, surge também a amplificação do que chamamos de assédio moral, saindo da esfera do ambiente de trabalho e se estendendo também para o universo virtual.

Em conjunto com essas tecnologias que sobrevieram, surgiram novos obstáculos para o Direito do Trabalho, pois este regulamenta as relações interpessoais entre empregado e empregador, e com os artifícios tecnológicos, aparece a necessidade de regulamentação para a proteção do trabalhador, que é a parte mais frágil da relação empregatícia.

## 2 AS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO DE ADMISSÃO EM EMPREGO

A grande mudança no Direito do Trabalho causada pela ascensão das redes sociais trouxe vários questionamentos, alguns, inclusive,

que a jurisprudência nada dispõe, haja vista sua tamanha atualidade. Uma das ocorrências frequentes é a questão do empregador acessar as mídias sociais do candidato submetido à vaga a fim de monitorar suas publicações e, assim, utilizá-las como critério de contratação.

Muito se discute acerca da constitucionalidade dessa conduta por parte do empregador, visto que estaria impedindo o empregado de se manifestar livremente, um direito que lhe foi permitido pela Constituição Federal; por outro lado, para os defensores, seria correto analisar o comportamento do empregado na tentativa de verificar sua compatibilidade com a empresa:

Desde a percepção da grande expansão na utilização das redes sociais, discutiu-se se seria possível que os empregadores fizessem buscas nelas para saber sobre a veracidade das informações apresentadas no currículo ou obter informações extras, que de certa forma dissessem algo sobre a personalidade e a índole do candidato, evidenciadas pela sua reputação *on-line*. (RIBEIRO, 2014).

Os tribunais superiores ainda não têm posicionamento acerca do assunto, mas em matérias similares já julgaram configurado o dano moral coletivo em razão do empregador verificar, para fins de contratação, os antecedentes criminais e o ingresso anterior na Justiça do Trabalho, e efetuar discriminações em face de gênero e raça.

Já se pronunciaram que, em razão da atividade desenvolvida ou do grau de fidúcia exigido, não é discriminatória a verificação de antecedentes criminais quando amparada em previsão legal. Não presentes tais circunstâncias autorizadoras, a exigência de certidão de antecedentes criminais dá ensejo a indenização por danos morais:

DIREITO DO TRABALHO. ADMISSÃO AO EMPREGO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. ALEGAÇÃO DE DANO MORAL POR ATO DISCRIMINATÓRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Adequando-se a hipótese ao que foi decidido pelo IUJ 0013800-59.2013.5.13.0000, relativo às atividades em que o empregado tem acesso a dados pessoais de clientes, entende-se que é justificável lhe exigir a apresentação de certidão de antecedentes criminais para a sua contratação, não se configurando qualquer ato discriminatório. Recuso da reclamada a que se dá provimento (TRT-13, RO 0160200-21.2013.5.13.0007, data de julgamento 11.6.2014, 1ª Turma, data de publicação 27.6.2014).

Ora, o que se depreende do supramencionado posicionamento é que, dependendo da atividade desenvolvida, podem ser exigidas certas características do empregado; desse modo, verificar as redes sociais seria lícito desde que, no caso concreto, fique demonstrada a necessidade para tal, ou seja, como requisito essencial para o preenchimento do emprego, e que, não obstante, restrinja-se ao mínimo o direito fundamental de liberdade de expressão que detém o empregado.

É esse o raciocínio:

O que se deve levar em consideração é o direito de opinião em si, que sempre é preservado. Mas é possível no exercício abusivo desse direito, o que se relaciona com o modo e a forma como é manifestado, configurar-se um ato ilícito, o que dependerá da exata interpretação jurídica do fato. (NASCIMENTO, 2011, p. 765).

Ademais, várias situações previstas no art. 482 da CLT, nas quais cabe ao empregador dispensar por justa causa o empregado, podem ser verificadas nas redes sociais, quando antes da formação do contrato. Logo, se tais atitudes gerariam futura demissão, podem gerar antecipadas não contratações, visto que a partir do momento em que o empregado faz uso das mídias sociais, expressando suas opiniões, indivíduos podem não concordar, até mesmo o futuro empregador.

Através das redes sociais é possível detectar comportamentos que futuramente poderão tornar-se atos de improbidade, incontinência de conduta ou mau procedimento, desídia, embriaguez, entre outros.

Elucida Alice Monteiro de Barros:

O contrato de trabalho gera direitos e obrigações não só de cunho patrimonial, mas também de caráter pessoal, em que se insere o aspecto ético, cujo dever de fidelidade é uma das manifestações. Esse dever é a conduta humana honrada, que pressupõe o agir com retidão, em virtude não só do interesse do empregado, como também da harmonia que deverá existir na organização que ele integra. (BARROS, 2007, p. 604).

Portanto, diante dos fatos acima expostos, é possível de se constatar que compete ao magistrado, e ao tribunal em eventual recurso, observar o caso concreto e decidir segundo suas peculiaridades, visto que só assim será possível diferenciar uma discriminação excessiva em face da limitação da liberdade de expressão e de uma legítima apuração dos atributos do empregado.

### **3 A CARACTERIZAÇÃO DE HORAS EXTRAS PELO USO DE REDES SOCIAIS FORA DO EXPEDIENTE**

Nos dias atuais, as redes sociais possibilitam um contato rápido e fácil entre diversos indivíduos, influenciando também a forma de comunicação entre empregador e empregado, razão pela qual merece ser disciplinada pelo Direito do Trabalho.

Uma situação prática que surge em virtude de tal inovação é o empregador que conversa com o empregado por meio das redes sociais fora da jornada de trabalho, de tal forma a gerar a dúvida se configuraria ou não horas extras esse tempo despendido pelo empregado, cuja resposta a assunto relacionado ao trabalho viria de uma rede social fora do expediente:

Está cada vez mais difícil delimitar o espaço do trabalho, pela mistura crescente entre os elementos relacionados ao trabalho ou à vida profissional com os relacionados à vida íntima do empregado. (BELMONTE, 2004, p. 28).

A difícil solução desse impasse está no fato de não haver norma específica. Os magistrados têm aplicado o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual se compara o trabalho realizado no estabelecimento do empregador com o executado em seu domicílio e o realizado à distância, desde que presentes os requisitos que caracterizem a relação de emprego.

Ou seja, é essencial para a caracterização de horas extras que o empregado esteja à disposição do empregador durante esse período, ciente de que poderá ser chamado pelo mesmo através das mídias sociais - é o chamado sobreaviso, no qual os tribunais vêm sustentando suas decisões:

HORAS EXTRAS. HORAS DE SOBREAVISO. USO DE CELULAR. CONFIGURAÇÃO. A possibilidade de o empregado ser chamado ao trabalho pelo celular enquanto estiver no período de descanso, por si só, não é motivo suficiente para caracterizar o regime de sobreaviso, porquanto não há restrição à liberdade de locomoção. Adoção da Súmula n. 428 do TST. Entretanto, comprovado que o empregado figurava em escala de sobreaviso, aguardando a qualquer momento chamado, é devido o horário trabalhado e não registrado (TRT-4, RO 00005541020155040571, data de julgamento 16.11.2017, 11ª Turma).

RECURSO DE REVISTA. SOBREVISO. HORAS EXTRAS. USO DO CELULAR/BIP. A condenação da parte em horas extras decorrentes do labor em regime de sobreaviso pressupõe a existência de provas de que o reclamante permanecia em sua residência aguardando ser convocado, nos termos da Súmula n. 428 desta Corte, segundo a qual: 'O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, *pager* ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço'. Recuso de revista conhecido e provido [...]. (TST, RR 190000-89.2007.5.09.0242, Relator Renato de Lacerda Paiva, data de julgamento 15.8.2012, 2ª Turma).

O sobreaviso também está disciplinado na Súmula n. 428 do TST, cujo conteúdo afirma que o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa, por si só, não caracteriza o sobreaviso; é necessário, para tanto, que permaneça em regime de plantão ou equivalente, aguardando o chamado para o trabalho durante o período de descanso à distância e submetido ao controle do empregador por instrumentos telemáticos ou informatizados.

Além disso, discute-se sobre a possibilidade do empregado recusar-se a responder o empregador nas mídias sociais. É o entendimento de que, se não foi comunicado previamente, seja no momento da formulação do contrato ou até mesmo posteriormente, para ficar à disposição com seus aparelhos eletrônicos, não será obrigado a responder. Ou seja, a convenção firmada entre o empregado e o empregador deve ser observada, pois em muitos casos a disposição mesmo à distância é requisito do contrato de trabalho, o qual foi aderido pelo empregado.

Por fim, é imperioso observar o princípio da razoabilidade, ou seja, é necessário que o empregado realize alguma tarefa para a qual utilizou parte do seu tempo para caracterizar hora extra, e não meros minutos colocados à disposição.

Portanto, mais uma vez, vê-se necessária a análise do caso concreto, pois só atentando-se às especificidades da situação prática é possível saber se havia o combinado prévio entre ambos para o uso de redes sociais extraexpediente para fins de disposição para chamada ao trabalho. Outrossim, se o empregado realmente trabalhou fora da jornada de trabalho ou se constituiu mera consequência do trabalho, a qual todos os empregados encontram-se submetidos a enfrentar.

## 4 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO ATRAVÉS DE REDES SOCIAIS

Com o surgimento das redes sociais, as formas de comunicação e interações sociais ampliaram-se, e com elas, os abusos de sua utilização. Não resta dúvida de que o assédio moral existe no ambiente de trabalho. Sua maior incidência tem como vítimas o gênero feminino.

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cerca de 42% dos brasileiros já sofreram algum tipo de assédio moral no trabalho, o que demonstra a grande incidência de tal acontecimento na vida dos trabalhadores.

O legislador preocupou-se, então, em disciplinar esse comportamento. Estipulou que o assédio moral dará ensejo, de acordo com o art. 483 da CLT, ao pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho por falta do empregador, com caráter sem justa causa, e ainda indenização a título de danos morais.

Mas, afinal, o que caracteriza assédio moral?

O assédio moral tem como característica a exposição do trabalhador a situações vexatórias, humilhantes e constrangedoras repetitivamente durante a jornada de trabalho ou no exercício de suas funções, visando pressionar o empregado a pedir demissão. Ou seja, atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus empregados hierarquicamente inferiores.

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica:

ASSÉDIO MORAL. CONTRATO DE INACÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado. (TRT-17, RO 1315.2000.00.17.00.1, Ac. 2.276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio, 20.8.2002).

Entretanto, a aparição das redes sociais no cotidiano da sociedade fez com que a limitação dada para a caracterização do assédio apenas durante a jornada de trabalho ganhasse uma interpretação extensiva, pois como já explanado no decorrer do presente trabalho, as redes sociais ampliaram o tempo de contato entre empregado e empregador, gerando até dificuldades para caracterização de horas extras.

Desta forma, é possível expandir a caracterização do assédio sofrido pelos empregados para as redes sociais. Interpretando a atual legislação pátria vigente e os fatos cotidianos, nossos tribunais estão decidindo pelo pagamento de danos morais pelas empresas, visto o assédio moral com a utilização de redes sociais e meios tecnológicos.

É o caso de uma loja de artigos esportivos de Itajaí (SC), que terá que pagar indenização de R\$ 13 mil a uma funcionária que comprovou ter sofrido assédio moral de seu gerente por meio do **WhatsApp**. Em mensagens compartilhadas diariamente com a equipe, o supervisor chamava a subordinada de “gorda”, “feia”, “b. mole” e “bigoduda”, além de fazer piadas com o seu corpo.

Apontou o Desembargador Relator Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira:

A autora foi exposta a frequentes e repetitivos atos atentatórios a sua dignidade, que lhe causaram danos psicológicos e tinham o objetivo de coagi-la a pedir demissão. (Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, 1ª Câmara).

Os desembargadores da 1ª Câmara entenderam que os atos repetitivos do gerente acabaram criando um ambiente hostil e tornaram insustentável a permanência da funcionária na empresa.

Em outra decisão de tribunal, temos também a caracterização do dano moral no mesmo sentido. Senão vejamos:

DIREITO DO TRABALHO. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. Configurados dano, nexos causal e culpa, deve o empregado ser indenizado pelo abalo psicológico que sofreu em decorrência da conduta patronal. (TRT-1, RO 0010391-88.2014.5.01.0060, Relatora Dalva Amelia de Oliveira, data de julgamento 27.1.2016, 8ª Turma).

Neste caso, a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT-RJ) condenou a empresa ao pagamento de R\$ 15 mil, a título de danos morais, a uma psicóloga que sofria assédio moral de superior hierárquico. A decisão levou em conta gravações de diálogos feitas pela vítima.

Ademais, não há muita jurisprudência a respeito do assunto, por tratar-se de um tema atual, e em decorrência disso, de difícil regulamentação. Entretanto, o Direito do Trabalho está apto a enfrentar os desafios da revolução digital, solucionando esses conflitos.

Bastando assim, em cada caso, a observância dos elementos caracterizadores do assédio moral, e caso encontrados, mesmo que por redes sociais, meio eletrônicos e outras tecnologias, entenda-se por caracterizada esta nova forma de assédio moral: o assédio moral virtual.

## 5 CONCLUSÃO

É notável que a ascensão das redes sociais trouxe grandes mudanças ao Direito do Trabalho, e até mesmo aos usos e costumes. Devido a isto, surgem gradualmente situações nas quais o operador do Direito tem a dificuldade de solucionar no caso concreto, haja vista que muitas vezes não existem normas, jurisprudência e doutrinas acerca do tema.

Com o avanço social e o mundo cibernético, as relações de emprego foram cada vez mais se modificando, de acordo com o andar da sociedade. Tem-se, então, a utilização de redes sociais como forma de admissão; o uso das redes sociais cada vez mais crescente dentro e fora do expediente de trabalho, aproximando mais o empregado e o empregador, e novas formas de assédio por parte do empregador em decorrência desses novos meios, gerando com isso dissídios com caracteres diferenciados, necessitando de regulamentação.

Desta forma, o Direito do Trabalho é chamado a solucionar tais conflitos, e se sabe que o Direito do Trabalho e a Justiça Especializada estão preparados para enfrentar os desafios da revolução digital, devendo-se apenas analisar o caso concreto, atentando-se às situações práticas em cada caso.

Do mesmo modo, cada empresa deve utilizar-se da tecnologia como uma aliada, cuidando para não violar os direitos dos empregados, implantando políticas para utilização da rede e aditando os contratos de trabalho para que explicitem os direitos e deveres do empregado.

## REFERÊNCIAS

BALABAN, Alan. O assédio moral no ambiente de trabalho por meio das redes sociais. *Consulex*, Brasília, Ano XXX, n. 1481, 10 jun. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Regis Rezende. Redes sociais e repercussões no direito do trabalho. 2014. 46f. Monografia (Graduação em Direito)-Faculdade de Direito, UniRV - Universidade de Rio Verde, Rio Verde, 2014.  
**Jusbrasil**, Salvador, 2014. Disponível em: <https://regisrezenderibeiro.jusbrasil.com.br/artigos/170752862/redes-sociais-e-repercussoes-no-direito-do-trabalho>. Acesso em: 29 mar. 2019.



# JURISPRUDÊNCIA



## EMENTÁRIO

01 - AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. NECESSIDADE DE DUPLA VISITA. Comprovado o enquadramento da requerente como empresa de pequeno porte, na forma da Lei Complementar n. 123/2006, e constatado que a autuação não foi precedida da dupla visita assegurada pelo art. 55, § 1º, do mesmo diploma legal, impõe-se declarar a nulidade dos Autos de Infração. TRT/SP 15ª Região 0011697-04.2016.5.15.0070 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 7 mar. 2019, p. 15360.

02 - AÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS. EDITAIS DE COBRANÇA PUBLICADOS SEM IDENTIFICAÇÃO DO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO PREVISTO NO ART. 605 DA CLT. Nos termos do art. 605 da CLT, a notificação ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia para fins de ajuizamento de ação de cobrança. Assim, a publicação de editais é pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. O edital de cobrança genérico, publicado pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, sem identificação do devedor não preenche o pressuposto processual. A irregularidade na publicação dos editais implica em ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, acarretando a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso IV, do NCPC. TRT/SP 15ª Região 0011227-89.2018.5.15.0138 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 30 maio 2019, p. 12339.

03 - ACIDENTE DE TRABALHO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PROVA. RESPONSABILIDADE DA RECLAMADA DE INDENIZAR OS DANOS DECORRENTES. Compete à reclamada comprovar a culpa exclusiva do reclamante pelo acidente ocorrido, de modo a afastar sua obrigação de reparar os danos decorrentes de tal acidente, sendo que, ante a ausência de prova, resta evidenciado que o acidente sofrido no exercício das atividades laborais se deu com nexo de causalidade apto a ensejar o dever de indenizar. TRT/SP 15ª Região 0011260-21.2014.5.15.0041 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 13 jun. 2019, p. 11183.

04 - ACIDENTE DO TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPREGADORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS TOMADORAS. A atividade de transporte de numerário

em carro forte é de risco acentuado, impondo ao empregador a responsabilidade objetiva sobre os danos decorrentes de roubo sofrido pelo empregado durante a jornada de trabalho, nos termos do art. 927, parágrafo único, do CC. Além disso, nos termos do art. 942 do CC, as tomadoras de serviço são responsáveis solidariamente pelo dano, conforme entendimento pacificado pelo C. TST. Recurso das reclamadas não provido, mantendo-se a responsabilidade subsidiária apenas para evitar a *reformatio in pejus*. TRT/SP 15ª Região 0012518-70.2015.5.15.0093 RO - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 14 fev. 2019, p. 26647.

05 - ACÚMULO DE FUNÇÕES. EMPREGADO CONTRATADO COMO VENDEDOR E QUE TAMBÉM TRABALHAVA NA ARRUMAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO E NA DIVULGAÇÃO DOS PRODUTOS. COMMISSIONISTA PURO. ACRÉSCIMO SALARIAL DEVIDO. As atividades de arrumação do local de trabalho e de divulgação dos produtos não são estranhas ao trabalho de vendedor. Contudo, tratando-se de vendedor comissionista puro, é certo que o salário pago não remunera as atividades referidas, pois estranhas às vendas. Nesses casos, é devido o adicional por acúmulo de função. Recurso da reclamada não provido neste tópico. TRT/SP 15ª Região 0010965-23.2014.5.15.0125 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 13 jun. 2019, p. 10437.

06 - ACÚMULO DE FUNÇÕES. INTERRUPÇÃO DO SINALAGMA. COMUTATIVIDADE. A alteração objetiva das cláusulas contratuais, com acréscimo aos encargos primitivamente acordados, implica a quebra da comutatividade e a interrupção do sinalagma. A caracterização do desvio ou acúmulo de funções resulta, de toda sorte, do desempenho de tarefas que não se relacionam com a função contratada. É dizer: se correlatas ou conexas e praticadas durante a jornada regulamentar não se há falar em acúmulo de funções. Na hipótese, as provas casuais comprovam que as atividades ditas como acumuladas eram simples e efêmeras, razão pela qual indevido o adicional em perquirido. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ÁLICALIS CÁUSTICOS. A prova dos autos revela que a parte autora manuseava produtos de limpeza comuns, o que, nos termos do entendimento prevalecente do C. TST, não enseja o pagamento de adicional de insalubridade, notadamente porque tais já são adquiridos em sua forma diluída. TRT/SP 15ª Região 0012569-93.2017.5.15.0034 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 13 jun. 2019, p. 11814.

07 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO STF. Com a edição da Súmula Vinculante n. 4, o salário-mínimo deixou de servir como base de

cálculo de vantagem assegurada ao empregado. Todavia, a própria Súmula Vinculante n. 4 vedou ao Poder Judiciário criar nova base de cálculo, de modo que, até que se estabeleça pela via legal a base de cálculo, prevalece o salário-mínimo, ressalvada previsão em lei local, acordo ou convenção coletiva, o que não é o caso dos autos. TRT/SP 15ª Região 0010315-62.2014.5.15.0064 RO - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 14 fev. 2019, p. 33059.

08 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES NA FORMA DAS NORMAS REGULAMENTADORAS PERTINENTES. DEVIDO. O direito ao percebimento do adicional de insalubridade está condicionado ao exercício do trabalho em condições insalubres, na conformidade dos critérios de caracterização estabelecidos nas normas regulamentadoras expedidas pelo MTE, consoante arts. 189 e seguintes da CLT. No caso dos autos, a prova pericial demonstrou que o reclamante desenvolveu atividades em condições insalubres na forma das normas estabelecidas pelo MTE, de modo que faz jus ao adicional em comento. 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 (reforma trabalhista), 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 0010258-13.2017.5.15.0105 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 14 fev. 2019, p. 17743.

09 - ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. QUINQUÊNIO. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI ESTADUAL N. 6.628, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1989. BASE DE CÁLCULO. REMUNERAÇÃO. Por força do art. 18 da Lei n. 6.628, de 27 de dezembro de 1989, que regulamentou o art. 129 da Constituição Estadual Paulista, o adicional por tempo de serviço (quinquênio) é devido a todos os servidores, mesmo aos celetistas, e deve ser calculado sobre o total da remuneração e não apenas sobre o salário básico. Afastamento da aplicação da Orientação Jurisprudencial Transitória n. 60 da SBDI-1 do C. TST, haja vista que nela, nem os precedentes que lhe deram origem, consideraram o disposto na mencionada lei estadual. TRT/SP 15ª Região 0012255-20.2017.5.15.0044 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Costa. DEJT 7 mar. 2019, p. 12904.

10 - AGENTE DE CONTROLE DE VETORES. COMBATE ÀS ENDEMIAS. PISO SALARIAL. APLICABILIDADE DA LEI N. 11.350/2006. O piso salarial do agente de controle de vetores (combate às endemias) é determinado por lei federal (Lei n. 11.350/2006), nos termos do art. 198, § 5º, da CF. Assim, o piso nacional fixado pela Lei n. 12.994/2014 e alterado pela Lei n. 13.708/2018, é de ser observado, obrigatoriamente, pelos entes federados. TRT/SP 15ª Região 0012776-40.2018.5.15.0040 RO - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Candy Florencio Thomé. DEJT 30 maio 2019, p. 13415.

11 - AGRAVO REGIMENTAL EM CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO QUE DETERMINA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA. NATUREZA JURISDICIONAL. EXISTÊNCIA DE MEIOS PROCESSUAIS PARA DISCUSSÃO DO ATO. TUMULTO PROCESSUAL OU CONDUTA ABUSIVA NÃO CARACTERIZADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. A determinação de realização de nova perícia médica é diretiva ligada à formação do convencimento do Juízo e possui, assim, natureza jurisdicional que não retrata abuso ou tumulto processual e comporta revisão oportuna pela via recursal. Ausência das hipóteses de cabimento da Correição Parcial previstas pelo art. 35 do Regimento Interno do Tribunal. Agravo regimental ao qual se nega provimento, por não infirmados os fundamentos da decisão recorrida. TRT/SP 15ª Região 0005317-73.2019.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 30 maio 2019, p. 908.

12 - AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE DA PRETENSÃO CORREICIONAL. ATOS JURISDICIONAIS EM DISCUSSÃO PELA VIA RECURSAL. MEDIDA INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE ERRO PROCEDIMENTAL E DE TUMULTO PROCESSUAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. Tendo sido a pretensão correicional apresentada para além do prazo regimental previsto para tanto, obrigatório o reconhecimento de sua intempestividade. O pedido de reconsideração não interrompe a fluência do prazo em questão, pelo que a Correição Parcial foi indeferida liminarmente. Além disso, o agravante discute, pela via correicional, atos jurisdicionais já submetidos a exame recursal, o que torna incabível seu reexame pela via correicional, em face do disposto no art. 35 do Regimento Interno deste Tribunal. Outrossim, não caracterizado tumulto ou erro de procedimento. Agravo a que se nega provimento, uma vez que não infirmados os fundamentos da decisão correicional. TRT/SP 15ª Região 0008249-68.2018.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 24 jan. 2019, p. 751.

13 - ALCANCE DE QUITAÇÃO DECORRENTE DE PDV. VERBAS TRABALHISTAS TÍPICAS. REPARAÇÃO OU INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DE DOENÇA OCUPACIONAL.

NATUREZA EXTRA CONTRATUAL. SITUAÇÃO ESPECÍFICA E SINGULAR NÃO PREVISTA. Conquanto as OJs. n. 270 e 356 da SBDI-1 do C. TST estabeleçam, respectivamente, que “a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo” e “os créditos tipicamente trabalhistas reconhecidos em juízo não são suscetíveis de compensação com a indenização paga”, certo é que o E. STF, no julgamento do RE 590.415, fixou a tese de repercussão geral no sentido de que “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”. Na hipótese, todavia, além de não ter havido cláusula normativa prevendo essa especial forma de quitação, mais abrangente, do contrato inteiro, cumpre ressaltar que aqui se discutem pretensões de reparação decorrentes de doença ocupacional, cuja natureza jurídica é extrapatrimonial, decorrente de ato ilícito contrário ao dever patronal de cuidado no ambiente de trabalho e reflexos na vida do trabalhador, vale dizer, não se trataria de questão típica contratual, o que impede que se aproveite uma ou outra forma de quitação ampla e irrestrita, também ausente qualquer outra especificação normativa, sendo nesse sentido a jurisprudência do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0000932-20.2014.5.15.0045 RO - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 31 jan. 2019, p. 24774.

14 - ATRASO ÍNFIMO NO PAGAMENTO DE PARCELAS DO ACORDO. CLÁUSULA PENAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ADEQUAÇÃO. ART. 413 DO CC. O não pagamento do acordo nas datas ajustadas pelas partes que se conciliam em Juízo concretiza a mora do devedor, atraindo a incidência da cláusula penal expressamente estipulada para a hipótese. Todavia, disposições punitivas comportam interpretação restritiva e, nos termos do art. 413 do CC, o Juízo deve adequar a cominação entabulada pelas partes, à luz da razoabilidade e proporcionalidade. TRT/SP 15ª Região 0011863-19.2015.5.15.0087 AP - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. Mauricio de Almeida. DEJT 13 jun. 2019, p. 18643.

15 - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RECLAMANTE. INTIMAÇÃO APENAS DO ADVOGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Nos termos do art. 385, § 1º, do CPC/2015 e da Súmula n. 74 do C. TST, a aplicação da pena de confissão será cabível caso a parte, intimada pessoalmente, não compareça à audiência designada pelo Juízo. Sendo assim, a intimação apenas do advogado constituído não supre a necessidade de notificação pessoal da parte, tendo em vista que o ato de prestar depoimento constitui prerrogativa exclusiva da parte e não de seu patrono,

caracterizando, portanto, cerceamento de defesa, com a consequente nulidade do julgado. TRT/SP 15ª Região 0010751-90.2016.5.15.0083 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 7 fev. 2019, p. 8153.

16 - CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. INEXISTÊNCIA DE EDITAL PESSOAL E ESPECÍFICO. PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. A publicação de edital genérico para a cobrança da contribuição sindical rural não atende ao disposto no art. 605 da CLT e, portanto, a ausência de tais documentos instruindo a petição inicial implica a extinção da ação sem análise do mérito, por falta de pressuposto de constituição válido e regular do processo. TRT/SP 15ª Região 0012723-34.2017.5.15.0092 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 13 jun. 2019, p. 8293.

17 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. EDITAL EM JORNAL DE MAIOR CIRCULAÇÃO LOCAL, PREVISTO NO ART. 605 DA CLT. CORRESPONDÊNCIA COM AVISO DE RECEBIMENTO. PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO VÁLIDA E REGULAR DO PROCESSO (ART. 485, IV, DO NCCPC). CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE VERIFICADA. Esta Relatoria entende que a publicação de editais em jornais de grande circulação preenche o requisito legal para a constituição do débito. No caso em apreço, verifica-se que os editais foram publicados em jornais de grande circulação na localidade, cumprindo, assim, a determinação do art. 605 da CLT, que exige a convocação de todos aqueles que se enquadrem nas hipóteses previstas no Decreto-Lei n. 1.166/1971, para o pagamento da contribuição sindical rural. Também foi encaminhada ao endereço do réu, o mesmo informado na inicial, a notificação pessoal, com aviso de recebimento, que consta assinada. E, a este mesmo endereço foi encaminhada a carta de citação, que foi recebida pelo réu. Ora, a obrigatoriedade do pagamento decorre da Lei, notadamente dos arts. 578 e seguintes da CLT e, portanto, aqueles que se enquadram nas condições previstas nos referidos artigos e, como no caso, no disposto no Decreto-Lei n. 1.166/1971, sabem de antemão que têm a obrigação de recolher o tributo. A publicação do edital nos moldes apresentados nesta ação está em conformidade com o art. 605 da CLT, sendo certo que referida norma não exige que o nome do contribuinte conste expressamente no documento. Até porque, como dito, aqueles que se enquadram nos ditames legais e cujas informações prestaram à Receita Federal do Brasil, estão mais que cientes do dever de efetuar o pagamento da contribuição sindical. Se não bastasse, o contribuinte foi pessoalmente intimado para pagamento e não o fez. Afasta-se a extinção e determina-se o retorno dos autos para processamento e apreciação de mérito. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 0010043-13.2018.5.15.0134

ROPS - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 13 jun. 2019, p. 6217.

18 - COOPERATIVA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA MEMBRO DO CONSELHO FISCAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONFIGURAÇÃO. O membro de conselho fiscal de cooperativa não detém poder de representação, tampouco atua na defesa de direitos dos cooperados. Sua atuação restringe-se à fiscalização da administração da cooperativa, nos termos do art. 56 da Lei n. 5.764/1971. A condição de associado e membro do conselho, em período concomitante à contratação do empregado, não é suficiente para lhe imputar responsabilidade patrimonial pela dívida não suportada pela cooperativa. Faz-se mister que ele detivesse poderes de gestão e que tenha agido com dolo ou culpa na condução da sociedade, nos termos do art. 49 da referida lei. TRT/SP 15ª Região 0109600-33.2008.5.15.0001 AP - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Susana Graciela Santiso. DEJT 10 abr. 2019, p. 2072.

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). Configura-se *damnum in re ipsa* o dano presumido do ofendido, bastando a prova da ocorrência do malefício ao seu patrimônio moral, sua intimidade, honra e imagem, a dor, o sofrimento, o abalo íntimo são decorrências do ato do ofensor. TRT/SP 15ª Região 0011400-91.2016.5.15.0071 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 14 fev. 2019, p. 11807.

20 - DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE CONDIÇÕES DE TRABALHO AVILTANTES. LAVOURA CANAVIEIRA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Ao ver desta Relatoria, condições inadequadas de instalações sanitárias ou mesmo local para refeições insuficiente não autorizam concluir, por si só, que tenham sido violados os direitos à intimidade, à honra ou à dignidade humana, de modo a gerar a reparação por dano moral pleiteada pelo laborista. Não se pode olvidar as peculiaridades que envolvem o trabalho rural, notadamente o desenvolvido no corte de cana-de-açúcar, que constitui o caso em análise, em que as condições são obviamente mais precárias, não se podendo exigir, portanto, que as instalações e condições de trabalho guardem equivalência àquelas encontradas nos centros urbanos ou até mesmo em lugares fechados. Outrossim, acrescente-se que eventual inobservância de Norma Regulamentar pela reclamada, em tese, pode vir a configurar infração administrativa, mas não é causa de lesão à esfera moral. Recurso autoral negado. TRT/SP 15ª Região 0011860-

62.2015.5.15.0120 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 30 maio de 2019, p. 12489.

21 - DIREITO DO TRABALHO. ACÚMULO DE FUNÇÃO. ART. 456 DA CLT. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O exercício de múltiplas tarefas dentro do horário de trabalho, desde que compatíveis com a função contratada, não caracteriza o acúmulo de funções, consoante dispõe o parágrafo único do art. 456 da CLT. Recurso do reclamante a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0011722-38.2015.5.15.0042 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 13 jun. 2019, p. 17462.

22 - DIREITO DO TRABALHO. CENTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA PAULA SOUZA. PROFESSOR. CARGA HORÁRIA. COMPOSIÇÃO DE ACORDO COM A LEI FEDERAL N. 11.738/2008. NÃO OBSERVADA PARA AS ATIVIDADES EXTRACLASSE. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. De acordo com a Lei Federal n. 11.738/2008, declarada constitucional, tendo a sua eficácia modulada pelo STF, a partir de 27.4.2011, 1/3 da jornada seria destinado à realização de atividades extraclasse e o restante, 2/3, para atividade em sala de aula, o que leva à conclusão que o valor da hora que integra os 2/3 e o 1/3 tem de ser remunerado na mesma proporção, sob pena de haver diferenças salariais. Assim, considerando que 1/3 da jornada corresponde, portanto, ao pagamento do percentual de, pelo menos, 33,33% sobre as horas-aula e, sendo incontroverso nos autos que o reclamado remunerava as horas extraclasse no percentual de apenas 20% sobre as horas-atividade, o equivalente a 1/5 do salário, não resta dúvida que existem diferenças a serem quitadas. Assim, tendo em vista que não foi respeitado o valor da hora que integra o limite mínimo destinado às atividades extraclasse, o Município reclamado deve efetuar o pagamento de diferenças de horas-atividade, de incidência de 13,33% sobre o salário base, em parcelas vencidas a partir do período imprescrito (16.12.2011) até 31.12.2015, em observância ao limite postulado na petição inicial. TRT/SP 15ª Região 0011750-89.2016.5.15.0100 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 13 jun. 2019, p. 17540.

23 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. HIPÓTESE QUE SE INSERE NA PREVISÃO DO ART. 897-A DA CLT. Os embargos declaratórios não constituem remédio processual apto a alterar decisão para ajustá-la ao entendimento da parte. Destinam-se a esclarecer obscuridade e eliminar omissão ou contradição da decisão, corrigir erro material, ou ainda, corrigir manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. No caso dos autos, restou comprovado que o v. Acórdão embargado incorreu em hipótese elencada no art. 897-A da CLT, o que se impõe

o seu acolhimento para sanar a omissão verificada. TRT/SP 15ª Região 0011526-34.2015.5.15.0021 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 13 jun. 2019, p. 16190.

24 - EMPREGADO PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. DEFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO PELA RECLAMADA DO CUMPRIMENTO DAS COTAS PREVISTAS NO ART. 93 DA LEI N. 8.213/1991. RECONHECIMENTO DO DIREITO AOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI N. 13.146/2015. NULIDADE DA DISPENSA E REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE. O empregado que tem visão monocular é considerado deficiente, enquadrado nos arts. 2º da Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e 93, § 1º, da Lei n. 8.213/1991 que para tanto não exigem que a deficiência tenha resultado de acidente ocorrido no âmbito da empresa. Se o empregador não comprova a observância da cota legal, nem que a dispensa do reclamante foi precedida da contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social, nos termos do § 1º do art. 93 da Lei n. 8.213/1991, o autor faz jus ao benefício legal, o que leva à nulidade da dispensa imotivada e justifica a reintegração. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 0010911-33.2017.5.15.0002 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 30 maio 2019, p. 5010.

25 - EXECUÇÃO DA CERTIDÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA ENTÃO HABILITADO NO JUÍZO FALIMENTAR. FRUSTRAÇÃO DO PROCESSO DE FALÊNCIA. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO NA SEARA LABORAL. POSSIBILIDADE. Encerrado o processo falimentar, sem sucesso na arrecadação de bens e, por conseguinte, sem qualquer resultado útil à satisfação do crédito trabalhista habilitado perante o Juízo da falência, outra alternativa não resta ao reclamante senão a propositura da ação de execução da certidão do referido crédito, sob pena de deixar o trabalhador sem receber aquilo que lhe é devido, o que seria injusto e tornaria a prestação jurisdicional absolutamente ineficaz. TRT/SP 15ª Região 0012360-77.2017.5.15.0082 AP - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 7 mar. 2019, p. 21562.

26 - EXECUÇÃO. SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA. NÃO CABIMENTO. A efetividade da prestação jurisdicional na execução, para pagamento de quantia certa, se faz por meio de atos de expropriação de bens (CPC, art. 523, III). O art. 789 do Estatuto Processual Civil é claro ao determinar que o devedor responda com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações. Além disso, o art. 921, III, também do CPC, determina a suspensão da execução “quando o executado não possuir bens

penhoráveis”, enquanto que o seu § 4º prevê o curso do prazo da prescrição intercorrente quando não localizados bens. Assim, a suspensão do direito de dirigir veículos, além de contrariar a finalidade dos mencionados dispositivos legais para alcançar o cumprimento do título executivo judicial, substituindo obrigação de pagar por obrigação de não fazer, é medida que não guarda correspondência com as diretivas de proporcionalidade, razoabilidade e eficiência na aplicação da lei (CPC, art. 8º). Agravo de petição do exequente rejeitado. TRT/SP 15ª Região 0010500-65.2005.5.15.0113 AP - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 15 abr. 2019, p. 11809.

27 - FIXAÇÃO DA “COTA DE PARTICIPAÇÃO NEGOCIAL”. CUSTEIO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA EXITOSA QUE OBTEVE BENEFÍCIOS EM PROL DE TODOS OS EMPREGADOS REPRESENTADOS, ASSOCIADOS OU NÃO DO SINDICATO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA CONTRATAÇÃO COLETIVA. É lícita a estipulação da cota de participação negocial em acordos/convenções coletivas destinada a ressarcir o trabalho e as despesas da entidade sindical em promover negociação coletiva exitosa, que redundou em benefício financeiro para todos os empregados integrantes da categoria, associados ou não do sindicato. Assim sendo, deve ser descontada de todos os empregados, associados ou não, pois todos se beneficiaram igualmente dos resultados da negociação coletiva. Tal entendimento está respaldado no princípio constitucional da isonomia, da solidariedade, da boa-fé objetiva e da função social da contratação coletiva, amparado no inciso XXVI do art. 7º da CF/1988, que reconheceu a negociação coletiva como direito fundamental de todos os trabalhadores e não apenas dos associados, eis que nosso sistema, pautado pela unicidade, imputa ao sindicato a obrigação de representar os interesses de toda a categoria, nos termos dos incisos II e III do art. 8º da CF/1988. Além de ter respaldo constitucional, tal estipulação não viola o entendimento do STF no julgamento da ADI n. 5.794, que trata de matéria distinta, nem a Súmula Vinculante n. 40 e Súmula n. 666 do STF, Precedente Normativo n. 119 do C. TST, OJ n. 17 da SDC/TST e inciso XXVI do art. 611-B, inserido na CLT pela Lei n. 13.467/2017, uma vez que a “cota de participação negocial” tem natureza jurídica ressarcitória, não se destinando ao custeio confederativo, assistencial, revigoração ou fortalecimento do sistema, mas na participação de cada representado beneficiado pelo ressarcimento do trabalho e despesas inerentes ao processo negocial, que a entidade sindical teve que promover para obter êxito na negociação coletiva, que trouxe resultados financeiros em benefício de todos os empregados, e não apenas dos associados. Inteligência dos incisos II e III do art. 8º e XXVI do art. 7º da CF/1988, aplicação dos arts.

421 e 422 do CC, assim como arts. 611-A e 611-B da CLT, em interpretação conforme aos princípios da solidariedade, isonomia e liberdade sindical previstos no inciso I do art. 3º, *caput*, e XX do art. 5º, todos da CF/1988. TRT/SP 15ª Região 0007155-85.2018.5.15.0000 DCG - Ac. SDC PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 27 jun. 2019, p. 1167.

28 - FRAUDE À EXECUÇÃO. DOAÇÃO A PARENTES A TÍTULO GRATUITO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. SIMULAÇÃO. FRAUDE CONFIGURADA. A doação a título gratuito de bens imóveis, quando já existiam diversas ações trabalhistas em face da empresa do sócio (doador), e inexistindo outros bens capazes de garantir as execuções, caracteriza ato simulado e configura fraude à execução (*fraus inter proximos facit praesumitur*), já que milita em favor dos reclamantes a presunção de que os bens pertencem ao executado. TRT/SP 15ª Região 0010011-17.2014.5.15.0144 AP - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Susana Graciela Santiso. DEJT 9 abr. 2019, p. 562.

29 - FUNDAÇÃO CASA/SP. QUINQUÊNIOS DEVIDOS AO EMPREGADO CONTRATADO SOB O REGIME DA CLT. ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. O art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo estabelece que o adicional por tempo de serviço (quinquênio) é devido aos “servidores”, entendendo-se como tais os que exercem cargo e os que exercem emprego público, estes regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 0012142-86.2017.5.15.0102 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 7 mar. 2019, p. 14656.

30 - GENERAL MOTORS DO BRASIL. DSR. EMPREGADO HORISTA. INCORPORAÇÃO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE. Não é devido o pagamento dos DSRs ao empregado horista, uma vez que o acordo coletivo firmado pela reclamada no ano 2000 previu sua integração à remuneração mediante a aplicação de um adicional de 16,66%. Conquanto vencida a validade do instrumento normativo, a prática não deixou de ser realizada, de modo que deve a realidade fática prevalecer. TRT/SP 15ª Região 0010179-20.2017.5.15.0045 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes. DEJT 14 fev. 2019, p. 20546.

31 - 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 (reforma trabalhista), 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. Recurso ordinário da reclamante a que se dá parcial provimento para afastar a sua condenação no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. TRT/SP 15ª Região 0011891-32.2017.5.15.0017 RO - AC. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 14 fev. 2019, p. 18065.

32 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. Não obstante a aplicabilidade do princípio da aplicação imediata das normas processuais aos processos em curso, com relação à fixação de honorários advocatícios no âmbito processual trabalhista é preciso considerar que em face à segurança jurídica das relações havidas devemos observar a regra vigente na data da distribuição da reclamação, haja vista que as partes não podem ser surpreendidas com imposição de encargos inexistentes naquela ocasião. Há que se proteger situações jurídicas havidas sob o manto da lei anterior, sob pena de ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, consagrados na Constituição Federal. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 0012291-33.2015.5.15.0044 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 15 abr. 2019, p. 6826.

33 - HORAS EXTRAS (7ª E 8ª) INDEVIDAS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. JORNADA FIXADA EM CONVENÇÃO COLETIVA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 423 DO C. TST. O acordo coletivo firmado entre a empregadora e o sindicato representante da categoria obreira, instituindo o regime de trabalho de oito horas para o regime em turno ininterrupto de revezamento, com o labor semanal de menos de 41 horas, evidencia que houve concessões mútuas. Assim, relativamente ao período acobertado pela norma coletiva em questão, não há se considerar a sétima e oitava horas, quando trabalhadas, como extras. Legítima, portanto, a negociação, incidindo à hipótese o quanto estipulado pela Súmula n. 423 do C. TST, *in verbis*: “Revezamento. Fixação de jornada. Negociação coletiva. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento das 7ª e 8ª horas como extras (ex. SDI-1 169)”. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 0011191-25.2016.5.15.0071 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 13 jun. 2019, p. 6416.

34 - HORAS *IN ITINERE*. PREFIXAÇÃO DO TEMPO POR NORMA COLETIVA. Conforme Tese Prevalente n. 1 deste Regional, é válida a cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho que fixa a quantidade de horas *in itinere*, desde que o tempo prefixado não seja inferior a 50% do tempo real de percurso, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. TRT/SP 15ª Região 0010922-67.2015.5.15.0120 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 7 mar. 2019, p. 14520.

35 - INCORPORAÇÃO DE ABONO. LEIS N. 8.178/1991 E N. 8.238/1991. REAJUSTES SUPERIORES AOS LEGAIS. INCORPORAÇÃO INDEVIDA. Não são devidas diferenças por ausência de incorporação de abono a partir de setembro de 1991, previsto nas leis em questão, quando o reajuste concedido pelo empregador no período de março a agosto de 1991 for superior (no caso específico, 3,74 vezes maior) ao legal (inteligência do § 1º do art. 1º da Lei n. 8.238/1991). TRT/SP 15ª Região 0010322-55.2017.5.15.0062 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Antonia Regina Tancini Pestana. DEJT 7 mar. 2019, p. 9134.

36 - INDEFERIMENTO DE REQUERIMENTO PARA FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO NO POLO PASSIVO. TUMULTO PROCESSUAL OU ERRO PROCEDIMENTAL NÃO CONFIGURADOS. ATO DE ÍNDOLE JURISDICIONAL E PASSÍVEL DE REVISÃO OPORTUNA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O ato praticado pelo Corregendo em audiência, que negou requerimentos para destituição do perito judicial e para que o patrono da reclamante o acompanhasse durante o respectivo exame médico, detém índole jurisdicional e não caracteriza tumulto processual ou erro procedimental. Ademais, o ato em questão comporta impugnação por meio processual específico em momento oportuno, pelas vias processuais adequadas. Agravo regimental ao qual se nega provimento, por não infirmados os fundamentos da decisão recorrida. TRT/SP 15ª Região 0008358-82.2018.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 24 jan. 2019, p. 666.

37 - INSALUBRIDADE. FICHA DE INFORMAÇÃO DO PRODUTO. NÃO FORNECIMENTO DE EPI ADEQUADO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERÍCIA. ADICIONAL DEVIDO. As fichas de informação do produto utilizado pelo trabalhador em suas atividades e o não fornecimento de EPIs adequados pela reclamada, caracterizam a exposição ao agente insalubre e autorizam a desconsideração das conclusões da perícia realizada no processo, sendo devido ao reclamante o adicional de insalubridade, nos termos do Anexo 13 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978. TRT/SP 15ª Região 0011908-57.2016.5.15.0129 RO - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Susana Graciela Santiso. DEJT 7 mar. 2019, p. 7539.

38 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Trata-se o intervalo do art. 384 da CLT de direito há muito consagrado às mulheres e devidamente recepcionado pela ordem jurídica inaugurada em 5.10.1988. Em se tratando de fator de discriminação compatível com a finalidade da norma, não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia que, evidentemente, não pode ser argumentado para justificar a exclusão de garantia legalmente prevista para a tutela específica da saúde das trabalhadoras. TRT/SP 15ª Região 0011152-66.2016.5.15.0026 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 13 jun. 2019, p. 8176.

39 - INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. DIREITO AO RECEBIMENTO DO TEMPO INTEGRAL. A condenação a título de intervalo intrajornada (art. 71, § 4º, da CLT) deve abranger o pagamento do tempo total destinado à refeição e ao descanso, haja vista que a norma contida no art. 71 da CLT, de ordem pública e irrenunciável, está diretamente ligada às questões de segurança e saúde do trabalho e, por conseguinte, tem por escopo exatamente assegurar a efetividade do direito do empregado à proteção de sua higidez física e mental. Inteligência da Súmula n. 437 do C. TST. INTERVALO INTRAJORNADA. NATUREZA JURÍDICA. REFLEXOS. De acordo com entendimento cristalizado no item III da Súmula n. 437 do C. TST, o intervalo intrajornada possui natureza jurídica salarial, devendo repercutir, desta forma, no cálculo das demais parcelas salariais. INTERVALO INTRAJORNADA. HORAS EXTRAS. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. A condenação a título de período de intervalo intrajornada suprimido não se confunde com o direito às horas extras *stricto sensu* decorrente da extrapolação da jornada de trabalho, por se tratar de direitos distintos do empregado. Logo, não há que falar na ocorrência de *bis in idem*. Inteligência da Súmula n. 437, I, parte final, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0010513-54.2018.5.15.0066 ROPS - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 13 jun. 2019, p. 14405.

40 - INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. CARTÕES DE PONTO ASSINALADOS. Por tratar-se de fato constitutivo do direito, é do empregado o ônus de comprovar a concessão irregular do período para repouso e alimentação quando apresentados pelo empregador cartões de ponto com a assinalação do intervalo intrajornada (art. 818, CLT c/c art. 373, CPC). TRT/SP 15ª Região 0010405-07.2015.5.15.0009 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 7 mar. 2019, p. 14360.

41 - INVALIDADE DO BANCO DE HORAS. A EMERGÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. O inciso XIII do art. 7º da CF não

autoriza a realização de uma negociação (coletiva ou individual) para aumentar os limites diário e semanal da duração do trabalho, compensando-se as horas trabalhadas a mais com a redução de horas em outros dias, ainda mais sem qualquer previsão e dentro de um novo limite (de um ano). A forma clara do dispositivo não deixa margem à dúvida de que a negociação coletiva não pode ampliar os limites ali fixados, cumprindo-lhe, unicamente, autorizar a compensação de horários, o que pressupõe a não alteração da jornada, sendo que com relação a esta, o que se permite é a redução. Em tempos de resgate da autoridade da Constituição, cumpre, primeiramente, reler o texto constitucional e perceber o quanto do pacto ali fixado foi desconsiderado. Só assim será possível conferir validade e credibilidade a esse compromisso, que requer, essencialmente, que os preceitos sociais e humanos ali contidos não sejam suplantados por descuido ou por atendimento a interesses econômicos, valendo lembrar que a mesma Constituição estabeleceu que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). Não há na Constituição autorização para o banco de horas e isto é muito claro no texto constitucional. Se não conseguirmos respeitar isso, que se insere no núcleo dos direitos fundamentais, certamente não se conseguirá invocar a Constituição para a defesa de outros direitos, mesmo os direitos civis e políticos. TRT/SP 15ª Região 0011945-84.2015.5.15.0011 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 30 maio 2019, p. 2176.

42 - JORNADA 12X36. INTERVALO PARA REFEIÇÃO E DESCANSO NÃO USUFRUÍDO. DIREITO AO INTERVALO INTRAJORNADA, MAS NÃO À HORA EXTRAORDINÁRIA. O descumprimento do intervalo no sistema de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, regularmente previsto em norma coletiva, não gera o pagamento de horas extraordinárias, mas somente do intervalo, porque não extrapolado o limite diário de efetivo trabalho fixado. TRT/SP 15ª Região 0010602-19.2017.5.15.0129 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 7 fev. 2019, p. 24458.

43 - 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 0008082-51.2018.5.15.0000 AR - Ac. 3ª SDC PJe. Rel. Jorge Luiz Costa. DEJT 24 jan. 2019, p. 2095.

44 - LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. VERIFICAÇÃO EM ABSTRATO. TEORIA DA ASSERÇÃO. Pela teoria da asserção, a legitimidade passiva *ad causam* é aferida em abstrato. A indicação da segunda reclamada na petição inicial como devedora na relação jurídica de direito material já é suficiente para mantê-la no polo passivo da demanda. O acerto ou não dessa indicação deve ser dirimido em Juízo meritório. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS. CABIMENTO. RECONHECIMENTO DA CULPA *IN ELIGENDO* E DA CULPA *IN VIGILANDO*. A jurisprudência já firmou entendimento acerca da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, conforme os termos da Súmula n. 331, IV, do C. TST. Aplica-se a teoria da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, com amparo no art. 186 do CC. TRT/SP 15ª Região 0012081-87.2015.5.15.0009 ROPS - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 14 fev. 2019, p. 31237.

45 - MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA. ACORDO JUDICIAL. INADIMPLEMENTO DE PARCELA. CONSTRIÇÃO PELO SALDO TOTAL. CABIMENTO. O devedor detém direito líquido e certo de discutir em Juízo a validade dos pagamentos efetuados em acordo judicial, quando alegado seu inadimplemento, sem a efetiva expropriação de valores de sua titularidade, sob pena de possível enriquecimento sem causa da parte contrária. TRT/SP 15ª Região 0005278-76.2019.5.15.0000 MS - Ac. 1ª SDI PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 13 jun. 2019, p. 595.

46 - MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ACORDO. REDUÇÃO. ATRASO DE PARCELA ÚNICA. BOA-FÉ. CABIMENTO. Constatada a boa-fé do executado no cumprimento do acordo, o valor da multa decorrente do pagamento atrasado de única parcela pode ser revisto pelo magistrado, com razoabilidade, atendendo aos fins sociais e exigências do bem comum. Arts. 8º e 537, § 1º, II, do CPC. TRT/SP 15ª Região 0010002-20.2016.5.15.0036 AP - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 7 mar. 2019, p. 18366.

47 - MUNICÍPIO DE FRANCA. FÉRIAS. REMUNERAÇÃO EM ATRASO. PAGAMENTO EM DOBRO. TERÇO CONSTITUCIONAL E ABONO PECUNIÁRIO PAGOS NO PRAZO. DOBRA INDEVIDA. A insuficiência econômica ocasionada pela ausência da remuneração das férias no prazo

legal, a que alude o art. 145 da CLT, obstaculiza a fruição adequada do descanso por parte do empregado, razão pela qual se aplica a penalidade prevista no art. 137 da CLT. Nesse sentido, dispõe a recente Súmula n. 450 do C. TST. Entretanto, o reclamado pagou antecipadamente o terço constitucional e o abono pecuniário, cuja dobra fica excluída da condenação, a fim de evitar enriquecimento ilícito da reclamante, conforme inteligência da Tese Prevalente n. 5 deste E. Regional. TRT/SP 15ª Região 0013632-27.2017.5.15.0076 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 13 jun. 2019, p. 17056.

48 - NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA E DO DIREITO DE PRODUÇÃO DE PROVA. PERITO. AUSÊNCIA DE ESPECIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. Sendo médico o perito para analisar as condições de saúde da trabalhadora e não constatados vícios na prova técnica, é irrelevante e impassível de nulidade a ausência de especialização, pois se trata de laudo efetuado por profissional habilitado. TRT/SP 15ª Região 0011225-78.2015.5.15.0121 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Antonia Regina Tancini Pestana. DEJT 7 mar. 3019, p. 11509.

49 - PLANO DE DEMISSÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. A transação deve ser interpretada restritivamente, a teor do disposto no art. 843 do CC. Esta premissa é aplicável simetricamente ao reclamante e à reclamada, não podendo ser aceita a renúncia e a transação presumida acerca da parcela pretendida na inicial. Recurso da reclamada não provido no aspecto. TRT/SP 15ª Região 0010557-33.2016.5.15.0102 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 14 fev. 2019, p. 23500.

50 - PROGRESSÃO HORIZONTAL POR ANTIGUIDADE. PCCS DE 1995. ECT. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. Diante da presença dos requisitos previstos no Plano de Carreiras, Cargos e Salários - PCCS de 1995 implantado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, para a concessão da progressão horizontal por antiguidade - PHA, notadamente o transcurso do interstício de três anos de efetivo exercício no cargo ou função, impõe-se o reconhecimento do direito dos autores às diferenças salariais e reflexos delas decorrentes, ressaltando-se a inexistência de prova da ausência de lucratividade para os respectivos períodos anteriores, bem assim o fato de a falta de deliberação da diretoria da empresa não constituir óbice ao deferimento da PHA, segundo entendimento contido na OJ n. 71 da SDI-1 Transitória do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0012452-42.2015.5.15.0109 RO - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 14 fev. 2019, p. 32482.

51 - RECURSO FIRMADO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO JUNTADA AOS AUTOS ATÉ O MOMENTO DA SUA INTERPOSIÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO EXTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. IRREGULARIDADE INSANÁVEL. SÚMULA N. 383, ITEM I, DO C. TST. RECURSO NÃO CONHECIDO. O advogado signatário do recurso ordinário não possui procuração, nos autos, para representar em Juízo a ora recorrente, não preenchido, portanto, um dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal. Não se trata de hipótese de concessão de prazo para regularização, tendo em vista que o C. TST firmou entendimento, mediante nova redação da Súmula n. 383, que somente será possível sanar o vício caso a procuração ou substabelecimento já constante dos autos apresente irregularidade, mas não nos casos em que o advogado signatário do recurso sequer possui procuração nos autos. TRT/SP 15ª Região 0010711-02.2018.5.15.0031 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Orlando Amâncio Taveira. DEJT 30 maio 2019, p. 2396.

52 - RECURSO ORDINÁRIO DESERTO. APÓLICE DE SEGURO GARANTIA COM VIGÊNCIA ATÉ DETERMINADA DATA, CUJA RENOVACÃO DEPENDE DE APROVAÇÃO DA SEGURADORA. Nos termos do art. 899, § 11, da CLT, “o depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial”. Todavia, a fiança bancária ou o seguro garantia judicial devem estar garantidos por um prazo razoável, a ser considerado em cada caso concreto. No presente feito, a apólice de seguro garantia possui vigência até 9.6.2019, não atendendo aos requisitos necessários porque não é possível prever a duração da execução e sua renovação está condicionada à aprovação da seguradora, o que gera um risco jurídico e incerteza quanto à garantia do crédito. O depósito recursal não é taxa judicial ou emolumento, mas sim, “garantia de execução futura” conforme interpretação dada pelo C. TST, por meio da Instrução Normativa n. 3, de 12.3.1993. TRT/SP 15ª Região 010688-80.2017.5.15.0099 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim. DEJT 28 jan. 2019, p. 2674.

53 - RECURSO ORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL DE SUA CONTAGEM. ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇA OCUPACIONAL. Seguindo a trilha já antes aberta pelo E. STF na Súmula n. 230 e pelo C. STJ na Súmula n. 278 ao analisarem o termo inicial de prazo prescricional, o C. TST firmou jurisprudência no sentido de que, para a ação que almeja reparação por danos materiais e morais, decorrentes de acidente de trabalho ou de doença ocupacional, aquele prazo há de ser contado a partir da ciência inequívoca da extensão e/ou da definitividade das lesões causadas (*v. g.* com a alta previdenciária), levando-se em conta,

portanto, a irreversibilidade/estabilização e/ou a definição de sequelas na atividade laborativa. Destarte, considerando que a ação foi ajuizada em 15.9.2015, não há que falar em prescrição bienal ou quinquenal, total ou parcial, das pretensões de pagamento de indenizações por danos morais e materiais decorrentes de doença ocupacional. DOENÇA OCUPACIONAL. PERÍCIAS. CONCAUSA. DANO MORAL *IN RE IPSA*. As perícias judiciais a que se submeteu o empregado (médica e cinesiológica) reconheceram a existência de dores lombares, as quais, malgrado constituam doença multifatorial e degenerativa, implicam o reconhecimento de que o trabalho durante mais de vinte (20) anos em regime de sobrecarga de peso constitui nexos concausal do infortúnio e, apesar dos esforços do empregador, não foi capaz de tornar o meio ambiente de trabalho ergonomicamente adequado, descumprindo o art. 157, I, da CLT, que impõe o dever de cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança laboral. Neste quadro, reputam-se presentes os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva (arts. 186 e 927 do CC e 7º, XXVIII, da CF), especialmente a culpa patronal na modalidade omissão. Constatada doença ocupacional, a ocorrência do dano moral é evidente e decorre da própria situação (*in re ipsa*), dispensada prova. É patente o sofrimento psicológico do obreiro durante o período em que se submeteu a exames e tratamentos médicos, vendo-se parcialmente incapacitado, de forma permanente, para a sua função. Quanto à fixação da indenização, deve-se ter em conta o quanto disposto no *caput* e parágrafo único do art. 944 do CC, devendo, portanto, ser arbitrado um valor com base na situação social do ofendido, capacidade econômica do ofensor, natureza e gravidade do prejuízo, grau de reprovabilidade da ação ou omissão patronal, tempo de serviço prestado, reiteração da prática abusiva, com vistas à total compensação do dano, vedado enriquecimento sem causa da vítima, contemplado o caráter pedagógico e dissuasório da causa. Neste caso, o reclamante laborou por quase vinte anos para a reclamada, que possui elevada capacidade econômico-financeira; lado outro, constatou-se incapacidade de, apenas, 15%, sendo a hipótese de nexos meramente concausal. Considerando os parâmetros acima, reputa-se excessivo o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que deve ser reduzido para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), o qual se revela adequado e proporcional às circunstâncias do caso concreto, já tendo sido fixada a atualização da condenação na forma da Súmula n. 439 do C. TST. DANOS MATERIAIS. EXPECTATIVA DE VIDA. LIMITES DO PEDIDO DA PRÓPRIA PARTE. CONCAUSA. PAGAMENTO ÚNICO. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO LÍQUIDO E ATUALIZADO. REDUTOR A SER APLICADO APENAS PARA AS PARCELAS VINCENDAS. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS PARCELAS VENCIDAS E DAS VINCENDAS. “No tocante à forma de pagamento da indenização por dano material, na forma de pensionamento, é consabido

que, em seu parágrafo único, o art. 950 do CC confere a faculdade ao magistrado de arbitrar indenização equivalente, paga em parcela única” (A-RR 1002100-49.2015.5.02.0471, Rel. Min. Dora Maria da Costa, julgamento 24.10.2018, 8ª Turma, DEJT 26.10.2018). Na hipótese, o pagamento de uma só vez se mostra adequado, diante das circunstâncias havidas e tendo em conta a capacidade de a empresa arcar com essa condenação, o que nem sempre se dá. Não há embasamento jurídico para a limitação do cálculo da pensão até os 65 anos de idade, sendo correto o procedimento adotado na origem, verificando-se a sobrevida do trabalhador, conforme a tábua de mortalidade do IBGE (RR 394-88.2011.5.12.0025, Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 11.12.2017), daí apurada sobrevida de 32,9 anos, mas, tendo em vista os limites do pedido contido na exordial (arts. 141 e 492 do CPC - expectativa de vida aos 74 anos de idade), foi ela fixada em 27 anos, para fins do cálculo da pensão em parcela única, sem qualquer abatimento/compensação com verbas de natureza previdenciária, pela óbvia natureza diversa. E o cálculo da pensão deve considerar o grau de perda da capacidade laborativa constatada na perícia (15%), a redução de 50%, por se tratar de nexos concausal, as 13 parcelas anuais (i. e., com inclusão da gratificação natalina), na linha da jurisprudência pacífica do C. TST, segundo a qual a pensão deve pautar-se pelo princípio da restituição integral. E, ainda, tendo em conta entendimento ali já placitado, a indenização por danos materiais oriundos do acidente de trabalho ou doença ocupacional tem a finalidade precípua de ressarcir a incapacidade laboral resultante da lesão causada pelo ato ilícito da empresa (art. 950, *caput*, do CC), por isso devendo repor o salário líquido do trabalhador, ou seja, o valor que era efetivamente recebido, não sendo o caso de se considerar o salário bruto, cabendo, portanto, as deduções legais compulsórias (INSS e IRPF, este se o caso). Também, no arbitramento previsto no parágrafo único do art. 950 do CC, há a necessidade de recomposição da base de cálculo da pensão (o salário líquido do obreiro) nos seguintes termos: a) quanto às parcelas vencidas, deverão incidir os reajustes da categoria ou, na sua falta, índice de inflação pertinente; b) no tocante às parcelas vincendas, o respectivo valor a ser quitado em parcela única deverá observar o valor do salário líquido apurado na data da liberação do crédito. Finalmente, deve-se, ainda, aplicar um redutor de 30%, para compensar o pagamento antecipado, a incidir apenas sobre as parcelas vincendas, consideradas como tais aquelas cujo vencimento ocorrer após a data da liberação do crédito ao autor, visto que somente o que for pago posteriormente é que será, de fato, antecipação, a justificar o abatimento por redutor. Assim, eventual demora no pagamento pelo devedor não resultará em prejuízo ao obreiro, pois, quanto mais tempo aquele deixar passar ou procrastinar o pagamento, menos parcelas vincendas haverá; se o devedor for

diligente, quitará logo a execução, para atrair a incidência do redutor sobre um maior número de parcelas, ainda vincendas. Recurso provido, em parte. TRT/SP 15ª Região 0011810-05.2015.5.15.0001 RO - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 31 jan. 2019, p. 25130.

54 - RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA R. SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO. Nos termos do art. 1.013 do CPC/2015, aplicado subsidiariamente ao processo trabalhista, a ausência de impugnação específica da r. sentença de primeiro grau impede o conhecimento do recurso, neste particular. No presente caso, os agravantes não enfrentaram o fundamento da r. sentença que rejeitou o pedido inicial, o que atrai a aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula n. 422 do C. TST. Agravo não conhecido. TRT/SP 15ª Região 0000852-88.2011.5.15.0036 AP - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 14 fev. 2019, p. 23111.

55 - RECURSO ORDINÁRIO. DESERÇÃO. É deserto o recurso ordinário quando o documento que visa a demonstrar a efetivação do depósito recursal não equivale a um comprovante de pagamento, mas a um simples agendamento de transação bancária, sujeito a análise e a posterior processamento. Hipótese em que não há o cumprimento do requisito previsto no art. 899, § 1º, da CLT, impondo-se a deserção do recurso interposto. TRT/SP 15ª Região 0012206-12.2017.5.15.0130 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Eder Sivers. DEJT 7 mar. 2019, p. 24237.

56 - RESCISÃO INDIRETA REJEITADA. ABANDONO DE EMPREGO. PEDIDO DE DEMISSÃO. Afastando-se o empregado dos serviços pretendendo o decreto de resolução do contrato por falta grave do empregador, a rejeição do pedido não significa tenha incorrido em abandono de emprego, pois não constitui falta grave o exercício regular de direito previsto pela ordem jurídica. Não sendo detentor de estabilidade, existe, no caso, mera rescisão unilateral do contrato por iniciativa do empregado, a ensejar pagamento dos direitos rescisórios próprios do pedido de demissão. TRT/SP 15ª Região 0012584-39.2016.5.15.0053 RO - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 14 fev. 2019, p. 34751.

57 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DONA DA OBRA. Exsurge das teses sufragadas nos autos do processo n. TST IRR 190-53.2015.5.03.0090 que a responsabilidade do dono da obra, salvo se construtor ou incorporador, pelas obrigações contraídas pelo empreiteiro é excepcional e que ela se admite apenas se houver culpa na escolha (parte final da tese IV). Na espécie, o dono da obra é

integrante da administração pública e, conseqüentemente, submete seus contratados a rigoroso processo de seleção, o que, a sua vez, exclui potencial culpa *in eligendo*. Neste contexto, não há margens para atribuir à municipalidade a responsabilidade pelas verbas devidas na presente. TRT/SP 15ª Região 0011158-27.2014.5.15.0064 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 13 jun. 2019, p. 12609.

58 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Inexistindo prova nos autos da efetiva fiscalização pelo ente público do cumprimento legal do contrato de trabalho do empregador terceirizado, responde subsidiariamente a entidade, por culpa *in vigilando*, pela totalidade dos débitos trabalhistas, com exceção apenas das obrigações de cunho personalíssimo, na forma da Súmula n. 331 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0011825-22.2016.5.15.0006 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 7 mar. 2019, p. 14089.

59 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A terceirização é um fenômeno empresarial mundial e se instalou inexoravelmente em todos os ramos da atividade econômica, inclusive no âmbito da administração pública, o Supremo Tribunal Federal sepultou a celeuma relativa à responsabilidade subsidiária do tomador que terceiriza suas atividades, quaisquer, afastando definitivamente os debates na tese de Repercussão Geral - Tema 725, no sentido de considerar a licitude da terceirização de atividade fim ou meio, com amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. O ordenamento jurídico protege o empregado quanto às inadimplências dos empregadores que se serviram de seu labor, remanescendo a obrigação ao tomador de serviços, como responsável subsidiário, para que o trabalhador não fique desamparado, abrangendo todos os direitos reconhecidos por decisão judicial. O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, não isenta o ente público de responsabilidade pelos créditos trabalhistas inadimplidos por seus contratados, porquanto a administração pública deve sempre contratar empresas idôneas e fiscalizá-las, de modo profícuo, quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais. Nesse sentido, a responsabilidade subsidiária do ente público subsiste pela não fiscalização eficiente quanto ao cumprimento das obrigações da contratada, não bastando, para absolver a contratante, a mera alegação, sem a devida comprovação. TRT/SP 15ª Região 0012499-54.2015.5.15.0064 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 15 abr. 2019, p. 6460.

60 - TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA. INCOMPATIBILIDADE COM O MARCO REGULATÓRIO DO CAPITALISMO NO ESTADO SOCIAL.

CONSIDERADA A LITERALIDADE RESTRITA DAS LEIS N. 13.429/2017 E 13.467/2017, QUE AUTORIZARAM A TRANSFERÊNCIA DE QUALQUER ATIVIDADE DE UMA EMPRESA PARA OUTRA EMPRESA, DEIXOU DE EXISTIR TODO E QUALQUER ARGUMENTO EM TORNO DA REGULARIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO (NO SENTIDO DA MERA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA), TANTO NA ATIVIDADE FIM QUANTO NA ATIVIDADE MEIO. A organização do modelo capitalista de produção pelo direito social não pode se efetivar dentro desse marco dos parâmetros de escolha do capitalista, ainda mais porque suas escolhas estão condicionadas à pressão da concorrência, que lhe impõe posturas que acabam sacrificando o trabalho e o projeto social, destruindo as possibilidades de concretização de políticas públicas. Então, quando a lei chega ao ponto de autorizar a terceirização da atividade fim, o efeito jurídico necessário, para a preservação da ordem social, é o de se afirmar o contrário, ou seja, que a terceirização, juridicamente falando, não existe e o mecanismo que se tem para isso é o da declaração da relação de emprego, instituto criado exatamente para vincular o trabalho e o capital, atribuindo-se a este uma responsabilidade social mínima para a efetivação de um projeto de sociedade pautado pela lógica do Estado Social. A relação de emprego, vale lembrar, é um instituto jurídico que decorre da necessidade de se superarem os obstáculos impostos pela racionalidade jurídica liberal, que tentava afastar o capital de qualquer responsabilidade social. Pela configuração da relação de emprego foi possível suplantar os vínculos contratuais formalizados para “legitimar” intermediações de mão de obra, o que permitiu fixar e efetivar obrigações mínimas ao capital em decorrência do permissivo para a exploração do trabalho humano. Trata-se, pois, de um preceito de ordem pública, tendo como elemento de identificação a subordinação, verificada a partir do princípio da primazia da realidade. O conceito de subordinação, por sua vez, vale lembrar, foi forjado por atuação jurisprudencial, na França, quando se percebeu que os ajustes contratuais - que são determinados por quem detém o poder econômico - procuravam impedir a responsabilização dos detentores dos meios de produção quanto aos acidentes de trabalho e que a impunidade que resultava dessa contratualização alimentava os conflitos sociais. Concretamente, com o advento das Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017 (da “reforma” trabalhista) deixou de existir todo e qualquer argumento em torno da legalidade da terceirização (na atividade fim ou na atividade meio, sendo que, quanto a esta última se perdeu qualquer parâmetro legal de excepcionalidade), pois o que resulta da generalidade conferida à terceirização é a sua visualização como mera intermediação de mão de obra, o que agride princípio fundamental do Direito Internacional do Trabalho, fixado no Tratado de Versalhes, de 1919, no sentido de que o trabalho humano não é simples mercadoria de comércio. No máximo, para se conferir vigor

às referidas leis, com sentido que as acomodem ao conjunto normativo no qual devem se integrar, visto que o Direito do Trabalho, com seus princípios, não foi derrocado e considerando-se, também, que a Constituição Federal, por óbvio, continua prevalecendo, deve-se entender que a terceirização autorizada não se confunde com intermediação. Assim, ainda que se queira entender possível a terceirização esta deve ser tomada no sentido de subcontratação para a realização de uma atividade específica e não para venda de força de trabalho. Aliás, são esses, precisamente, os termos do art. 4º-A da Lei n. 13.429/2017, alterado pela Lei n. 13.467/2017 (“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”). Desse modo, estaria interdita a situação em que uma empresa contrata outra para lhe oferecer força de trabalho. O que se teria permitido seria apenas a contratação de uma atividade a ser exercida por uma empresa por meio de seus empregados e não, meramente, força de trabalho oferecida por meio de uma empresa que se constitua apenas para essa finalidade de vender força de trabalho. O que se permitiria seria apenas a transferência da atividade, que deve ser empreendida e gerida integralmente pela prestadora, que, por consequência, teria que possuir a expertise e os meios de produção necessários à sua execução, o que pressupõe, é claro, “capacidade econômica compatível com a sua execução”, como dito na própria lei. Não seria regular, portanto, por exemplo, a terceirização de uma escola que contratasse uma empresa para que esta contratasse professores sem que fosse uma entidade ligada ao ensino. Não se poderia conceber como regular, da mesma forma, a situação em que uma empresa contratasse outra para simplesmente lhe oferecer operadores de máquina, mantendo-se a propriedade da máquina da empresa tomadora, ou quando houvesse a contratação de mais de uma empresa para a execução da mesma atividade, ou, ainda, a hipótese em que os empregados da prestadora se deslocassem de uma tomadora para outra apenas como forma de dificultar a socialização do trabalhador e a efetividade de seus direitos. Na construção civil estaria interrompida a aberração de uma empresa construtora realizar suas obras por meio de empresas cuja “expertise” se resume a encontrar pedreiros no mercado e colocá-los nas obras. As atividades de fundação, de esquadria, de concretização etc. poderiam ser terceirizadas, mas para empresas especializadas e devidamente habilitadas para esses serviços. Lembre-se que em uma sociedade juridicamente organizada as atividades só são permitidas a quem possui habilitação para exercê-las, como se dá na medicina, na advocacia, na odontologia, na docência etc.,

e se é assim na atuação profissional dos cidadãos tão o é com relação às empresas. Há a necessidade de uma autorização legal para que se possa empreender alguma atividade e levá-la ao mercado, e os seres humanos não são mercadoria, não se podendo conceber como licitamente constituída uma empresa cuja atividade seja, meramente, vender mão de obra, até porque isso constituiria uma forma de burlar a autorização legal conferida a uma empresa para a realização de atividade específica. Se há autorização expressa para o desenvolvimento de uma atividade, como o ensino ou a saúde, por exemplo, não é possível que esta empresa transmita a atividade para outra que não foi autorizada à sua realização. Nessa subcontratação autorizada pelas leis em questão, para efeito de responsabilidade subsidiária, perde valor jurídico o fato do controle, pois o que gera essa responsabilidade é o dado objetivo da ausência de idoneidade econômica (“capacidade econômica compatível”) da prestadora, o que só se pode avaliar no momento efetivo de uma eventual execução. TRT/SP 15ª Região 0011566-94.2017.5.15.0134 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 30 maio 2019, p. 2214.

61 - TERCEIRIZAÇÃO. CONVÊNIO COM ENTIDADE NÃO GOVERNAMENTAL DE AÇÃO SOCIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO. APLICAÇÃO DO INCISO IV DA SÚMULA N. 331 DO C. TST. Embora, em tese, seja admissível a parceria entre a administração pública e entidades não governamentais na execução de serviços públicos, é imprescindível a existência de total lisura no processo que vier a estabelecer o referido convênio, para que não reste caracterizada terceirização ilegal de serviços. Caso isso não ocorra, fica o ente público subsidiariamente responsável por eventuais inadimplementos das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços. Exegese da Súmula n. 331 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0010270-48.2018.5.15.0119 Reenec/RO - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 13 jun. 2019, p. 17904.

62 - USINA. TRABALHADOR RURAL. LAPSO TEMPORAL AGUARDANDO TRANSPORTE NO FINAL DA JORNADA. TEMPO À DISPOSIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. A espera ao final da jornada aguardando transporte não pode ser considerada como tempo à disposição, tratando-se de conduta razoável do reclamado, tendo em vista que todos os empregados chegam juntos à lavoura e saem assim que acaba o trabalho, sendo que aguardar a condução pelo tempo necessário para que todos os trabalhadores terminem seu labor e saiam no mesmo ônibus constitui peculiaridade no meio rural, que não discrepa de situação semelhante à que ocorre com qualquer trabalhador na

área urbana, que também tem que aguardar o ônibus para ir ao trabalho, não configurando tempo à disposição do empregador. TRT/SP 15ª Região 0011595-84.2016.5.15.0036 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 28 jan. 2019, p. 5171.

## **SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT 15ª REGIÃO\***

**Divulgadas de 6 de março a 29 de agosto de 2019**

(1 a 129 - constam nas edições anteriores deste periódico)

130 - JORNADA 12X36. VALIDADE. SUPRESSÃO PARCIAL OU TOTAL DO INTERVALO INTRAJORNADA. A supressão parcial ou total do intervalo intrajornada, por si só, não invalida o regime de trabalho 12x36, regularmente estabelecido em lei ou negociação coletiva.

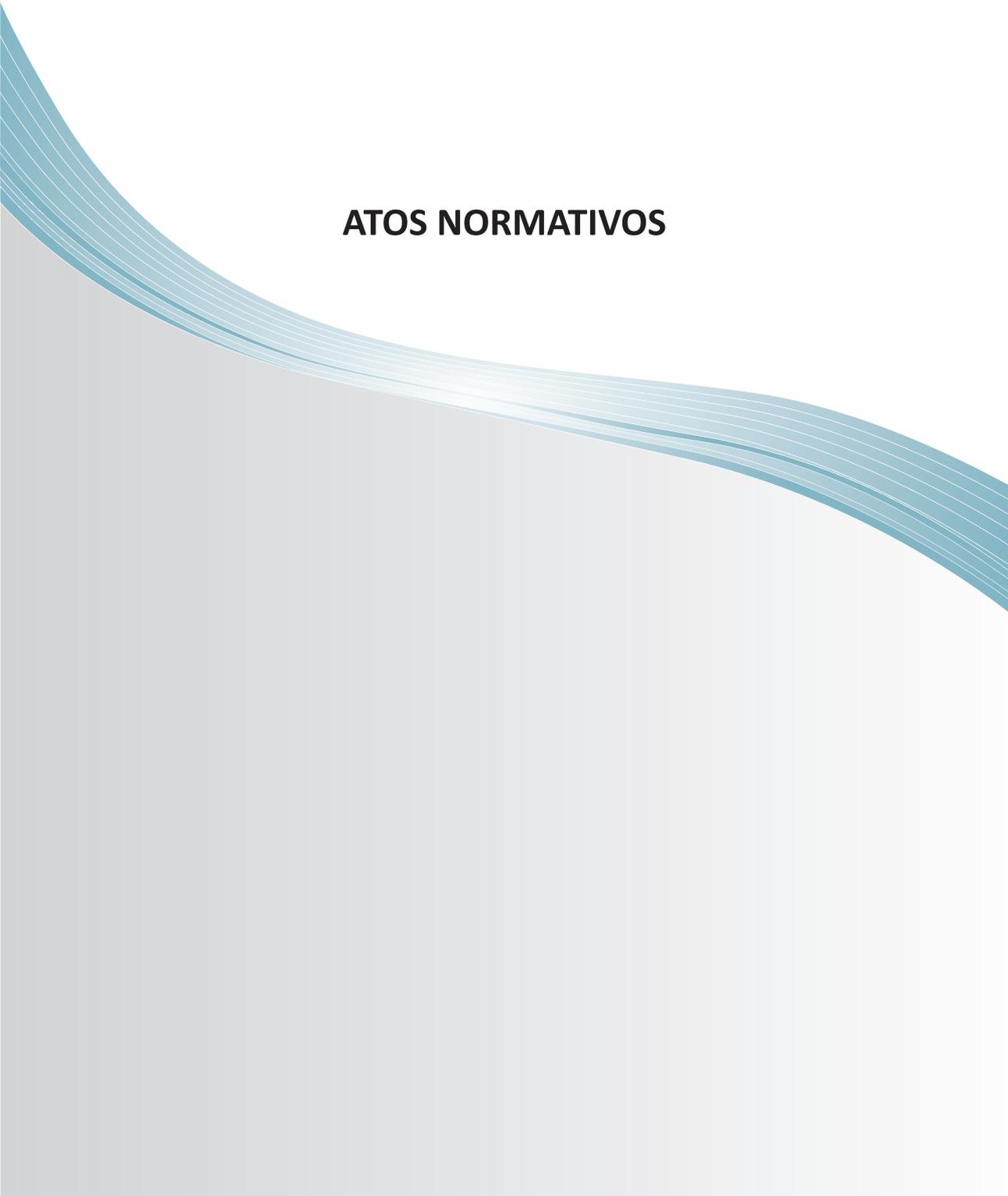
131 - MUNICÍPIO DE CAMPOS DO JORDÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que versem sobre a complementação de aposentadoria, paga diretamente pelo empregador, em decorrência do art. 95 da Lei Orgânica do Município de Campos do Jordão, em sua redação originária.

132 - PRÊMIO DE INCENTIVO. LEI ESTADUAL N. 8.975/1994. NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. O prêmio de incentivo previsto na Lei Estadual n. 8.975/1994 possui natureza indenizatória, em estrita observância ao princípio da legalidade administrativa, pois a norma instituidora do benefício previu expressamente que o título seria pago sem que houvesse incorporação aos vencimentos ou salários.

---

\*O acórdão a que se refere o inciso IV do art. 194 do Regimento Interno deste Regional está disponibilizado na versão eletrônica da Revista.





## **ATOS NORMATIVOS**



## ATOS NORMATIVOS

**Ato Regulamentar GP n. 9**, de 4 abr. 2019, DEJT 5 abr. 2019 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Regulamenta a atuação dos Juízes Titulares de Vara do Trabalho, no segundo grau de jurisdição, para substituição de Desembargadores e para auxílio extraordinário, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

**Ato Regulamentar GP-EJ n. 2**, de 4 jul. 2019, DEJT 12 jul. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1

Revoga o Ato Regulamentar GP-EJ n. 1/2014.

**Ato Regulamentar GP-EJ n. 3**, de 4 jul. 2019, DEJT 12 jul. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1-4

Institui o novo Regulamento da Seção de Biblioteca, da Escola Judicial.

**Ato Regulamentar GP-VPJ n. 1**, de 28 fev. 2019, DEJT 11 mar. 2019 (Cad. Administrativo), p. 2

Altera o disposto no art. 4º do Ato Regulamentar GP-VPJ n. 1, de 30 jan. 2018.

**Resolução Administrativa n. 7**, de 15 abr. 2019, DEJT 24 abr. 2019 (Cad. Judiciário), p. 1

Aprova a Súmula n. 130 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

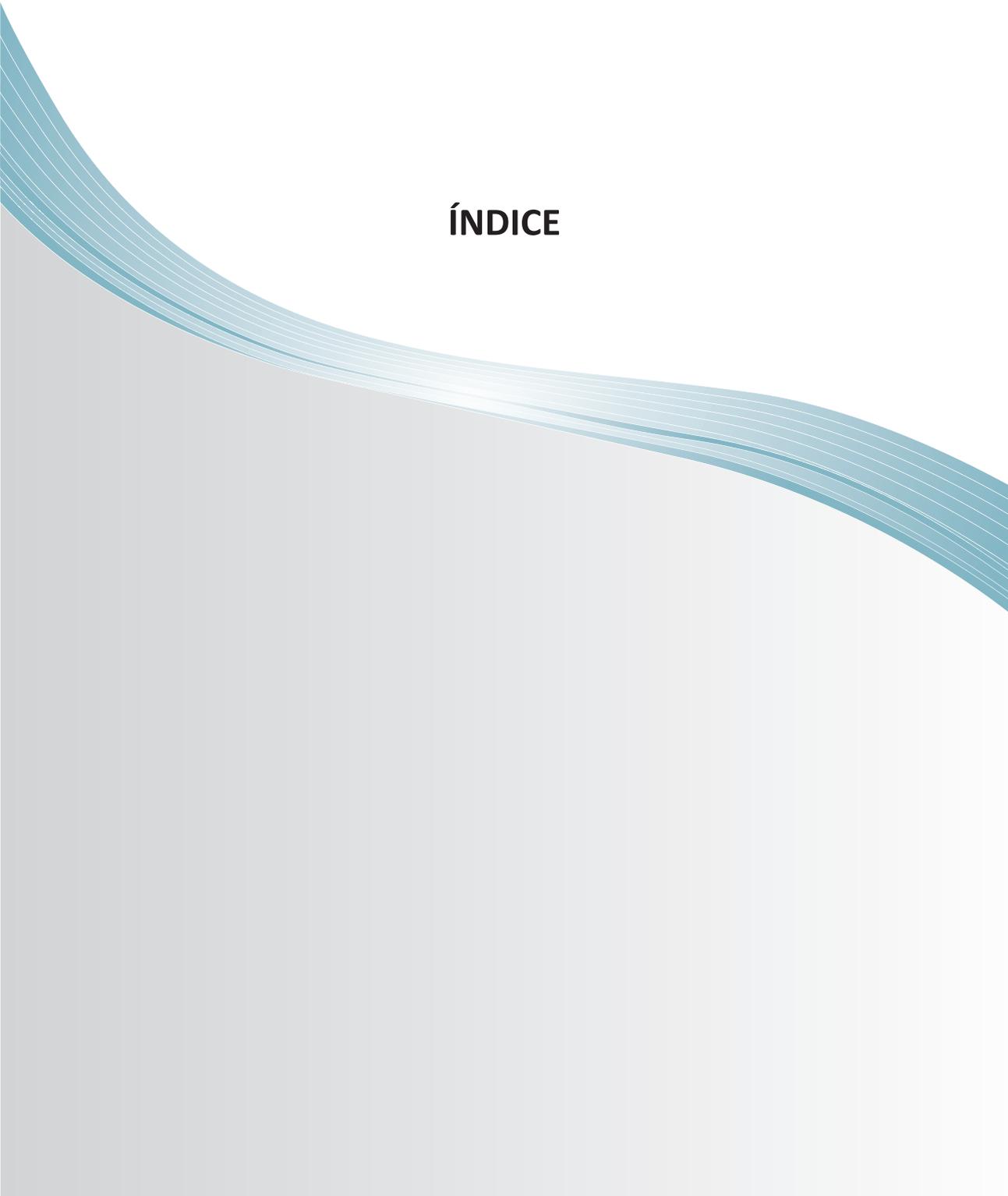
**Resolução Administrativa n. 10**, de 14 maio 2019, DEJT 16 maio 2019 (Cad. Judiciário), p. 1

Aprova a Súmula n. 131 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

**Resolução Administrativa n. 13**, de 16 jul. 2019, DEJT 19 jul. 2019 (Cad. Judiciário), p. 1

Aprova a Súmula n. 132 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.





# ÍNDICE



## ÍNDICE DO EMENTÁRIO

### **Abono**

- Incorporação de abono. Leis n. 8.178/1991 e n. 8.238/1991. Reajustes superiores aos legais. Incorporação indevida ..... 295

### **Ação**

- Ação anulatória. Auto de infração. Empresa de pequeno porte. Necessidade de dupla visita..... 283
- Ação de cobrança de contribuições sindicais. Editais de cobrança publicados sem identificação do devedor. Ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo previsto no art. 605 da CLT ..... 283

### **Acidente**

- Acidente de trabalho. Alegação de culpa exclusiva da vítima. Ausência de prova. Responsabilidade da reclamada de indenizar os danos decorrentes ..... 283
- Acidente do trabalho. Atividade de risco. Responsabilidade objetiva da empregadora. Responsabilidade solidária das tomadoras ..... 283

### **Acordo**

- Atraso ínfimo no pagamento de parcelas do acordo. Cláusula penal. Interpretação restritiva. Adequação. Art. 413 do CC..... 287
- Fixação da “cota de participação negocial”. Custeio da negociação coletiva exitosa que obteve benefícios em prol de todos os empregados representados, associados ou não do sindicato. Possibilidade. Princípio da solidariedade, da boa-fé objetiva e da função social da contratação coletiva ..... 292
- General Motors do Brasil. Dsr. Empregado horista. Incorporação por acordo coletivo. Validade..... 293
- Multa por descumprimento de acordo. Redução. Atraso de parcela única. Boa-fé. Cabimento ..... 298

**Acúmulo de funções**

- Acúmulo de funções. Empregado contratado como vendedor e que também trabalhava na arrumação do local de trabalho e na divulgação dos produtos. Comissionista puro. Acréscimo salarial devido ..... 284
- Acúmulo de funções. Interrupção do sinalagma. Comutatividade .... 284

**Adicional**

- Adicional de insalubridade. Álcalis cáusticos ..... 284
- Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário-mínimo. Súmula Vinculante n. 4 do STF ..... 284
- Adicional de insalubridade. Exposição a agentes insalubres na forma das normas regulamentadoras pertinentes. Devido ..... 285
- Adicional por tempo de serviço. Quinquênio. Servidor público celetista do Estado de São Paulo. Lei Estadual n. 6.628, de 27 de dezembro de 1989. Base de cálculo. Remuneração ..... 285
- Insalubridade. Ficha de informação do produto. Não fornecimento de EPI adequado. Desconsideração da perícia. Adicional devido ..... 295

**Agente**

- Agente de controle de vetores. Combate às endemias. Piso salarial. Aplicabilidade da Lei n. 11.350/2006 ..... 286

**Agravo**

- Agravo regimental em correição parcial. Decisão que determina realização de perícia médica. Natureza jurisdicional. Existência de meios processuais para discussão do ato. Tumulto processual ou conduta abusiva não caracterizados. Agravo não provido ..... 286
- Agravo regimental. Pedido de reconsideração. Intempestividade da pretensão correicional. Atos jurisdicionais em discussão pela via recursal. Medida incabível. Ausência de erro procedimental e de tumulto processual. Agravo não provido ..... 286

- Indeferimento de requerimento para formação de litisconsórcio no polo passivo. Tumulto processual ou erro procedimental não configurados. Ato de índole jurisdicional e passível de revisão oportuna. Agravo a que se nega provimento ..... 295

### **Cerceamento de defesa**

- Ausência de intimação pessoal do reclamante. Intimação apenas do advogado. Cerceamento de defesa..... 287

### **Contribuição**

- Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA. Contribuição sindical rural. Inexistência de edital pessoal e específico. Pressuposto de constituição válido e regular do processo. Extinção sem resolução do mérito ..... 288
- Contribuição sindical rural. Edital em jornal de maior circulação local, previsto no art. 605 da CLT. Correspondência com aviso de recebimento. Pressupostos de constituição válida e regular do processo (art. 485, IV, do NCPC). Ciência do contribuinte verificada ..... 288

### **Cooperativa**

- Cooperativa. Redirecionamento da execução contra membro do conselho fiscal. Ilegitimidade passiva. Configuração ..... 289

### **Dano moral**

- Dano moral. Demonstração do prejuízo. Irrelevante. *Damnum in re ipsa* ..... 289
- Danos materiais. Expectativa de vida. Limites do pedido da própria parte. Concausa. Pagamento único. Base de cálculo. Salário líquido e atualizado. Redutor a ser aplicado apenas para as parcelas vincendas. Correção monetária das parcelas vencidas e das vincendas..... 301
- Danos morais. Alegação de condições de trabalho aviltantes. Lavoura canavieira. Indenização indevida ..... 289

**Direito**

- Direito do trabalho. Acúmulo de função. Art. 456 da CLT. Não caracterização ..... 290
- Direito do trabalho. Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza. Professor. Carga horária. Composição de acordo com a Lei Federal n. 11.738/2008. Não observada para as atividades extraclasse. Diferenças salariais devidas ..... 290

**Doença**

- Doença ocupacional. Perícias. Concausa. Dano moral *in re ipsa*..... 301

**Embargos**

- Embargos de declaração. Pressupostos. Omissão, contradição ou obscuridade. Hipótese que se insere na previsão do art. 897-A da CLT ..... 290

**Execução**

- Execução da certidão de crédito trabalhista então habilitado no juízo falimentar. Frustração do processo de falência. Prosseguimento da execução na seara laboral. Possibilidade ..... 291
- Execução. Suspensão da carteira nacional de habilitação dos sócios da empresa executada. Não cabimento ..... 291
- Fraude à execução. Doação a parentes a título gratuito. Inexistência de outros bens. Simulação. Fraude configurada ..... 293

**Fundação**

- Fundação Casa/SP. Quinquênios devidos ao empregado contratado sob o regime da CLT. Art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo ..... 293

**Honorários**

- Honorários advocatícios. Sucumbência. Ação ajuizada antes da vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista). Inaplicabilidade da lei nova ..... 285, 293

- Honorários advocatícios. Princípio da aplicação imediata das normas processuais..... 294

### **Hora *in itinere***

- Horas *in itinere*. Prefixação do tempo por norma coletiva..... 295

### **Horas extras**

- Horas extras (7ª e 8ª) indevidas. Turnos ininterruptos de revezamento. Jornada fixada em convenção coletiva. Inteligência da Súmula n. 423 do C. TST..... 294
- Invalidade do banco de horas. A emergência da preservação da Constituição..... 296

### **Intervalo de trabalho**

- Intervalo do art. 384 da CLT. Recepção pela Constituição da República de 1988. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia ..... 296
- Intervalo intrajornada. Concessão parcial. Direito ao recebimento do tempo integral ..... 296
- Intervalo intrajornada. Horas extras. Não ocorrência de *bis in idem*..... 296
- Intervalo intrajornada. Natureza jurídica. Reflexos ..... 296
- Intervalo intrajornada. Ônus da prova. Cartões de ponto assinados..... 296

### **Jornada de trabalho**

- Jornada 12x36. Intervalo para refeição e descanso não usufruído. Direito ao intervalo intrajornada, mas não à hora extraordinária ..... 297

### **Justiça gratuita**

- 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..... 297

**Legitimidade passiva**

- Legitimidade passiva *ad causam*. Verificação em abstrato. Teoria da asserção..... 298

**Mandado**

- Mandado de segurança. Penhora. Acordo judicial. Inadimplemento de parcela. Constrição pelo saldo total. Cabimento..... 298

**Município**

- Município de Franca. Férias. Remuneração em atraso. Pagamento em dobro. Terço constitucional e abono pecuniário pagos no prazo. Dobra indevida ..... 298

**Nulidade**

- Nulidade por cerceamento de defesa e do direito de produção de prova. Perito. Ausência de especialidade. Inexistência de nulidade..... 299

**PDV**

- Alcance de quitação decorrente de PDV. Verbas trabalhistas típicas. Reparação ou indenização decorrente de acidente de trabalho ou de doença ocupacional. Natureza extracontratual. Situação específica e singular não prevista ..... 286
- Plano de demissão. Interpretação restritiva..... 299

**Portador de deficiência**

- Empregado portador de visão monocular. Deficiência. Inexistência de comprovação pela reclamada do cumprimento das cotas previstas no art. 93 da Lei n. 8.213/1991. Reconhecimento do direito aos benefícios previstos na Lei n. 13.146/2015. Nulidade da dispensa e reintegração. Possibilidade ..... 291

**Progressão funcional**

- Progressão horizontal por antiguidade. PCCS de 1995. ECT.  
Presença dos requisitos. Diferenças salariais devidas..... 299

**Recurso**

- Recurso firmado por advogado sem procuração juntada aos autos até o momento da sua interposição. Ausência de pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal. Irregularidade insanável. Súmula n. 383, item I, do C. TST. Recurso não conhecido ..... 300
- Recurso ordinário deserto. Apólice de seguro garantia com vigência até determinada data, cuja renovação depende de aprovação da seguradora..... 300
- Recurso ordinário. Ausência de impugnação específica da r. sentença. Não conhecimento ..... 303
- Recurso ordinário. Deserção ..... 303
- Recurso ordinário. Prescrição. Termo inicial de sua contagem. Acidente de trabalho e doença ocupacional ..... 300

**Rescisão**

- Rescisão indireta rejeitada. Abandono de emprego. Pedido de demissão..... 303

**Responsabilidade**

- Responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. Cabimento. Reconhecimento da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando* ..... 298
- Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Dona da obra..... 303
- Responsabilidade subsidiária. Ente público ..... 304
- Responsabilidade subsidiária. Terceirização. Administração pública..... 304

**Terceirização**

- Terceirização irrestrita. Incompatibilidade com o marco regulatório do capitalismo no Estado Social. Considerada a literalidade restrita das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que autorizaram a transferência de qualquer atividade de uma empresa para outra empresa, deixou de existir todo e qualquer argumento em torno da regularidade da terceirização (no sentido da mera intermediação de mão de obra), tanto na atividade fim quanto na atividade meio ..... 304
- Terceirização. Convênio com entidade não governamental de ação social. Responsabilidade subsidiária do município. Aplicação do inciso IV da Súmula n. 331 do C. TST ..... 307

**Trabalhador rural**

- Usina. Trabalhador rural. Lapso temporal aguardando transporte no final da jornada. Tempo à disposição. Não configuração ..... 307

## ÍNDICE ONOMÁSTICO\*

### **ALMEIDA, Mauricio de**

- Atraso ínfimo..... 287

### **AMADO, João Leal**

- A lei portuguesa sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções (artigo) ..... 195

### **AZEVEDO, Dagoberto Nishina de**

- Dano moral ..... 289
- Responsabilidade subsidiária ..... 304

### **BORGES, Fernando da Silva**

- Execução..... 291

### **BOSCO, Carlos Alberto**

- A ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil. Suas modalidades e causas de exclusão. Especial diferencial entre a autocolocação em risco e o consentimento do lesado (artigo) ..... 123

### **CALZOLARO, Chiara**

- Pluralismo sindical italiano: representatividade sindical, questões abertas e novas concepções (artigo) ..... 229

### **CARRADITA, Manuel Soares Ferreira**

- Agravo regimental..... 286
- Plano de demissão ..... 299
- Recurso ordinário ..... 303

---

\*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.

**COCA, Eleonora Bordini**

- Acúmulo de funções..... 284

**COOPER, Fábio Allegretti**

- Embargos de declaração ..... 290

**COSTA, Jorge Luiz**

- Adicional por tempo de serviço ..... 285
- Justiça gratuita..... 297

**COSTA, Renata Lázaro Alves da**

- O futuro dos sindicatos no Brasil (artigo) ..... 245

**DE BIASI, Erodite Ribeiro dos Santos**

- Acidente do trabalho..... 283

**GEMIGNANI, Daniel**

- Amianto: a relação entre normas gerais e competência concorrente suplementar - condomínio legislativo e direitos humanos (artigo) ..... 39

**GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta**

- Empregado portador de deficiência..... 291
- Cota de participação negocial ..... 292
- Trabalhador rural..... 307

**GOMIERI, Olga Aida Joaquim**

- Contribuição sindical rural..... 288
- Danos morais..... 289
- Horas extras..... 294

**GRASSELLI, Fabio**

- Adicional de insalubridade ..... 284

- Legitimidade passiva ..... 298
- Progressão horizontal ..... 299
- Responsabilidade subsidiária ..... 298

**GRASSELLI, Hélio**

- Ação de cobrança ..... 283

**KOHAYAKAWA, Márcio Naoki**

- Desafios da Justiça do Trabalho: Agenda 2030 e Pacto Global no Brasil (artigo) ..... 261

**LAZARIM, Luiz Antonio**

- Ação anulatória ..... 283
- Mandado de segurança ..... 298
- Multa por descumprimento de acordo ..... 298

**LIMA, Samuel Hugo**

- Agravo regimental ..... 286
- Litisconsórcio passivo ..... 295

**LOBO JUNIOR, Helcio Dantas**

- Ausência de intimação ..... 287

**LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina**

- Adicional de insalubridade ..... 285
- Honorários advocatícios ..... 285, 293
- Intervalo intrajornada ..... 296

**LOPES, Edmundo Fraga**

- Confederação da Agricultura e Pecuária ..... 288
- Intervalo do art. 384 da CLT ..... 296

**MACHADO, João Alberto Alves**

- Rescisão indireta ..... 303

**MAEDA, Patrícia**

- 30 anos de constitucionalismo social brasileiro: temos o que comemorar? (artigo) ..... 161

**MARQUES, Claudinei Zapata**

- Terceirização..... 307

**MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e**

- Empregado horista ..... 293

**MORAIS, André Oliveira**

- O assédio moral organizacional na era da conexão permanente (artigo) ..... 111

**MOREIRA, Teresa Coelho**

- A lei portuguesa sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções (artigo) ..... 195

**NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira**

- O assédio moral organizacional na era da conexão permanente (artigo) ..... 111

**PESTANA, Antonia Regina Tancini**

- Incorporação de abono..... 295  
- Nulidade ..... 299

**PITAS, José**

- Horas *in itinere*..... 295  
- Intervalo intrajornada ..... 296  
- Responsabilidade subsidiária ..... 304

**PRUDENTE, Eunice**

- Racismo estrutural (artigo) ..... 23

**QUEIROZ, Monique Mazon**

- As influências das redes sociais no direito do trabalho (artigo)..... 271

**RAFAEL, Luis Henrique**

- Execução da certidão..... 291

**SANCHES, Nathalia Paes**

- As influências das redes sociais no direito do trabalho (artigo)..... 271

**SANTISO, Susana Graciela**

- Cooperativa ..... 289
- Fraude à execução..... 293
- Insalubridade ..... 295

**SANTOS, Lorival Ferreira dos**

- Honorários advocatícios ..... 294

**SCARABELIM, Larissa Carotta Martins da Silva**

- Recurso ordinário ..... 300

**SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira**

- Honorários de sucumbência e direito intertemporal: por uma interpretação que considere a lógica do razoável (artigo) ..... 85

**SILVA, Luciane Storel da**

- Direito do trabalho ..... 290
- Município de Franca..... 298

**SIVERS, Eder**

- Recurso ordinário ..... 303

**SOUTO MAIOR, Jorge Luiz**

- Banco de horas ..... 296
- Terceirização irrestrita ..... 304

**SOUZA, José Pedro de Camargo Rodrigues de**

- Alcance de quitação..... 286
- Danos materiais..... 301
- Doença ocupacional..... 301
- Recurso ordinário ..... 300

**SOUZA, Rita de Cássia Penkal Bernardino de**

- Acidente de trabalho ..... 283
- Acúmulo de funções..... 284
- Adicional de insalubridade ..... 284
- Responsabilidade subsidiária ..... 303

**TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César**

- Jornada 12x36 ..... 297

**TAVEIRA, Orlando Amâncio**

- Recurso ..... 300

**THOMÉ, Candy Florencio**

- Agente de controle..... 286

**TOLEDO FILHO, Manoel Carlos**

- A formação histórica e política do direito do trabalho no mundo ocidental (artigo) ..... 179

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

- Atos normativos..... 313
- Súmulas ..... 309

**VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo**

- Fundação Casa ..... 293

## 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](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