

ANAIS DO 1º CONGRESSO NACIONAL DA MAGISTRATURA DO TRABALHO:

A JURISDIÇÃO SOCIAL NO BRASIL E O FUTURO DO TRABALHO



COORDENAÇÃO ACADÊMICA:
GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS
DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES
GIANI GABRIEL CARDozo
OTAVIO VENTURINI

CURADORIA DE CONTEÚDO:
MAURO P CAMARGO
MICHELY R. FIGUEIREDO CAMARGO

REALIZAÇÃO



**ANAIS DO 1º CONGRESSO NACIONAL DA MAGISTRATURA DO TRABALHO:
A JURISDIÇÃO SOCIAL NO BRASIL E O FUTURO DO TRABALHO**

Realização:

Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho (ABMT)
Academia Brasileira de Formação e Pesquisa (ABFP)

■ Os autores, coordenadores e a editora fazem o melhor para assegurar que as informações, procedimentos e dados manifestados em textos estejam de acordo aos termos pertinentes à época desta publicação. No entanto considerando a evolução das ciências, atualizações legislativas e todas as mudanças de regulamentações governamentais, além de intenso fluxo de informações sobre os temas deste capítulos constados nestes anais, recomendamos que vocês leitores consultem outras fontes que seja também fidedignas de maneira a respaldarem de que as informações contidas nos textos apresentados estão corretas e de que não houve modificações nas recomendações e/ou nas legislações.

■ Os envolvidos nesta obra, autores, coordenadores e editora visam sempre citar de forma adequada os créditos dos detentores de direitos autorais dos materiais que vierem a ser utilizados nesta obra, dispondo evidentemente de acertos posteriores caso, haja identificação de algum agravado tenha sido cometido de forma involuntaria e inadivertida.

■ Nesta obra respeitou-se o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990), ratificado em 2008.

■ Atendimento ao cliente: (65) 9 8156 0770 contato@umanoseditora.com.br | Ed. 1 - 2023

■ **Umanos Editora Ltda, 2023 / Avenida Historiador Rubens de Medonça, 1731 Edifício Centro Empresarial Paiaguás | Andar 5º - sala 501 e 502 / - Cuiabá - MT - 78.008-000.**

Capa realização:

Academia (ABFP)

Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho (ABMT)

Coordenação acadêmica:

Guilherme Augusto Caputo Bastos

Douglas Alencar Rodrigues

Giani Gabriel Cardozo

Otavio Venturini

Curadoria de conteúdo:

Mauro P Camargo

Michely R. Figueiredo Camargo

■ **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Congresso Nacional da Magistratura do Trabalho

(1.: 2023 : Cuiabá, MT) Anais do 1º Congresso Nacional da Magistratura do Trabalho : a jurisdição social no Brasil e o futuro do trabalho / coordenação Douglas Alencar Rodrigues...[et al.]. ~ Cuiabá, MT: Umanos Editora, 2023.

Outros coordenadores: Guilherme Augusto Caputo
Bastos, Giani Gabriel Cardozo, Otavio Venturini.
ISBN 978-85-66268-82-9

1. Direito - Congressos 2. Direito constitucional - Brasil 3. Direito do trabalho - Brasil 4. Proteção de dados - Direito - Brasil I. Rodrigues, Douglas Alencar. II. Bastos, Guilherme Augusto Caputo. III. Cardozo, Giani Gabriel. IV. Venturini, Otavio.

23-162012

CDU-34.06

Agência brasileira do ISBN



9 788566 126882

Impresso no Brasil

 **Umanos Editora®**

Índices para catálogo sistemático:

1. Congressos : Direito 34.06

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Aos leitores, desejamos uma excelente
jornada de estudo!

Os autores

ABERTURA

Jorge Oliveira

Ministro de contas da União; Bacharel em Administração de Segurança Pública, pela academia de Polícia Militar de Brasília - APMB, (1995). Curso de formação de oficiais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário IESB, (2006). Pós-graduado em Direito Público, pelo Instituto Processus, (2007). Especialista em Ciências Policiais, pela Academia de Polícia Militar de Brasília - APMB, (2008). Curso de aperfeiçoamento de oficiais. Especialista docente em assessoria e consultoria parlamentar, pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, (2009).

Quero parabenizar os organizadores deste congresso pela oportuna provocação de temas como a jurisdição social do trabalho, relações do trabalho, Direito Desportivo, Direito Portuário, tecnologia aplicada, diversidade, acesso à Justiça, todos incluídos na pauta deste congresso.

Uma belíssima composição de temas com os quais, tenho certeza, ao final todos poderão contribuir e em relação aos quais levar consigo algo de melhor dentro do que podemos compartilhar de conhecimentos.

Então, logo de início, não tenho dúvidas ao afirmar que as convergências institucionais entre os Tribunais de Contas e a Justiça do Trabalho são muito maiores do que um olhar apressado poderia demonstrar. E confesso que, quando me deparei com o tema da eficiência administrativa e financeira como premissa para a realização de direitos sociais e procurei buscar alguns tópicos que pudessem tangenciar o ofício do Tribunal de Contas com a Justiça do Trabalho, no primeiro momento também imaginei que teríamos relações distantes, mas não.

Para grata surpresa, vejo aqui que o Tribunal de Contas caminha – assim como as instituições da República, as instituições do Estado brasileiro – em prol de objetivos comuns.

O Tribunal de Contas fiscaliza a aplicação dos recursos públicos e tem como fim último que as políticas públicas sejam realizadas da melhor maneira em prol da nossa sociedade.

O propósito que move as nossas instituições, que exerce as competências constitucionais relacionadas a ambos os segmentos da administração pública é o mesmo: a construção de um Estado Democrático de Direito que sirva ao cidadão.

Início minha fala resgatando a classificação doutrinária clássica que aponta os direitos sociais como direitos fundamentais de segunda geração. O artigo 6º da nossa Constituição Federal é expresso ao afirmar que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social e a proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados.

Diante da ênfase com que tais direitos foram listados pela Constituição, da substância que a sociedade exige na satisfação de cada um deles e da imensa desigualdade instalada ainda em nosso país, o Estado é o ator principal na garantia dos direitos de segunda geração.

A intervenção estatal na sociedade e na economia é legitimada pelos objetivos conferidos ao Estado.

Obviamente, com respeito à esfera privada dos indivíduos, prestações positivas dos Estados devem eliminar obstáculos socioeconômicos que comprometam a satisfação dos direitos sociais garantidos pela Carta Magna.

O conteúdo e o alcance dessa atuação estatal encontram concretude no desenvolvimento e na implementação das políticas públicas, como também na realização das atividades judicantes, estas últimas muitas vezes como decisiva para o atendimento de necessidades da sociedade.

Embora, na esfera administrativa, haja um espectro maior de liberdade na formulação das políticas públicas voltadas à implementação de direitos fundamentais prestacionais, quando o exercício de tais direitos é determinado pelo Judiciário, a administração deve adotar o meio mais efetivo e eficiente para eliminar a violação do direito requerido no caso concreto.

Vale citar que, como é de amplo conhecimento, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem importantes julgados no sentido da impossibilidade de se ter a discricionariedade da administração como fator impeditivo à implementação de ações destinadas à satisfação de direitos fundamentais. Isso porque, face às normas definidoras de direitos, não há possibilidade, dada pela norma, de a administração optar pela ação ou missão.

A ação administrativa, neste caso, é uma imposição constitucional.

Sendo assim, quando a administração não exerce sua função, deixando que sua missão acarrete lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive os prestacionais, invariavelmente é o Judiciário, se acionado, o responsável por exigir providências para afastar a lesão.

Nessa perspectiva, é necessário reconhecer que, em se falando de direitos prestacionais, imediatamente ganham importância conceitos jurídicos mais profundos, como o princípio da reserva do possível, a garantia do mínimo existencial e os limites da ponderação jurisdicional em cada caso.

Por certo, teremos a oportunidade de conferir exposições sobre esses temas no decorrer desta obra, resultante do 1º Congresso Nacional de Magistratura do Trabalho. Centrarei minha exposição na importância dos Tribunais de Contas para a satisfação dos direitos fundamentais, notadamente daqueles de matiz social.

Na visão própria do controle externo da administração pública federal, não é possível conceber um Estado de coisas verdadeiramente capazes de realizar direitos sociais sem uma estrutura institucional que realize princípios básicos de eficiência administrativa e financiada.

Nossa Constituição prevê, em seu artigo 71, que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União. A compreensão da estatura constitucional independente e autônoma dos Tribunais de Contas escapa accidentalmente a uma leitura mais desavisada do referido dispositivo.

E aqui lembro lições do ilustre ministro emérito do Supremo Tribunal Federal, ministro Carlos Ayres Brito, o qual esclarece que a melhor hermenêutica da expressão Tribunal de Contas, enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo, não é a que vê nessa auxiliaridade uma subalternidade hierárquica.

Quando a Constituição diz que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo, simplesmente diz que, para o exercício do controle externo, a atuação do Tribunal de Contas da União é indescartável. Assim como não há jurisdição sem a participação obrigatória do Ministério Público, não há judicatura de contas sem a participação obrigatória das Casas de Contas.

Portanto, se cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, ao Superior Tribunal de Justiça, a proteção última das leis federais, atrevo-me aqui a dizer que a justiça do trabalho é a protetora primária de núcleo fundamental dos direitos sociais.

Os Tribunais de Contas, por sua vez, são os defensores constitucionais da probidade e da eficiência dos gastos públicos.

No exercício de suas competências associadas à proteção das finanças públicas, cabe ao Tribunal de Contas da União, nos termos constitucionais, apreciar as contas anuais do Presidente da República, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, e ainda as contas daqueles que deram causas a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

O Tribunal de Contas da União realiza, por iniciativa própria ou por provocação de legitimados específicos, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária,

Abertura

operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos poderes Legislativos, Executivos, Judiciários, Ministérios Públicos, enfim, de toda a administração.

Além disso, também segundo expressa a previsão constitucional, a Corte de Contas Federal fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios. Pode aplicar multas aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. Deve determinar a devolução de valores diante de prejuízos causados aos cofres públicos. Pode inabilitar para o exercício de funções públicas aqueles responsáveis por falhas graves e ainda declarar o impedimento de empresas fraudadoras para participar de licitações públicas.

Esse amplo rol de competências permite vislumbrar o potencial que possui o Tribunal de Contas para induzir maior eficiência dos gastos públicos.

Faço questão de destacar, em todos os eventos públicos que me faço presente representando o Tribunal de Contas da União, como a atuação da Corte tem se desenvolvido cada vez mais com o objetivo de aprimorar a administração pública.

É claro que punir os malfeitos representa a competência vinculada da qual não se pode afastar o controle externo. No entanto, as ações de auditoria e fiscalização voltadas a um olhar estratégico que levem até os gestores informações ricas para auxiliá-los na tomada de decisões e assim permitam a construção e a execução de políticas públicas mais eficientes e efetivas representam atualmente prioridade fundamental do Tribunal de Contas da União.

Acredito e verifico diariamente como as medidas fiscalizadoras programáticas que colocam a Corte de Contas ao lado do gestor, auxiliando-os nas melhores escolhas, permitem maior eficiência na aplicação dos recursos públicos e maior efetividade das ações estatais.

Nesse contexto, e voltando minha exposição para as ações relacionadas à eficiência administrativa e financeira, faço um recorte específico para citar uma relevante e contínua ação desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União para aprimorar a administração pública.

Anualmente, o TCU aprecia as contas do Presidente da República para levar até o Congresso Nacional, titular da competência para o julgamento. Esse acompanhamento, realizado ao longo de todo um exercício financeiro, com o empenho de centenas de auditores e o apoio de todo o Poder Executivo federal, sobretudo da Controladoria-Geral da União, permite ao Tribunal de Contas um importante diagnóstico da administração pública.

Notem como o controle externo pode e deve impactar na formulação e execução das medidas voltadas à satisfação do interesse público e, é claro, à concretização dos direitos fundamentais. Afinal, como já mencionei, cabe ao TCU não apenas analisar as contas, mas também acompanhar o desempenho das políticas públicas.

Gerar valor público é responder de forma efetiva às necessidades e às demandas sociais. Esse é um dos objetivos do Tribunal de Contas da União, conforme expresso em nossa missão de contribuir para aperfeiçoar a administração pública em benefício da sociedade. Afinal, são os cidadãos que, por meio de seus impostos, fornecem os recursos para que as organizações públicas possam provê-los dos bens e serviços de que necessitam, bem como lhes garantir o pleno exercício de seus direitos.

A necessidade de que o Estado atue eficientemente para ajudar as pessoas se torna mais evidente quando fugimos ao normal, quando enfrentamos situações extremas, como as que acabamos de atravessar com a pandemia da covid-19.

Essa crise que passamos é um evento evolutivo, uma oportunidade para realizarmos mudanças necessárias e que já estavam sendo planejadas, mas que ainda não tinham sido implementadas por nosso apego às estruturas e processos antigos.

Mudamos nossas formas de produzir, nossas relações de trabalho, nossos relacionamentos sociais. E, mais do que tudo, buscamos reinventar-nos. Todos, sem exceção, procuramos modos de fazer o que vínhamos fazendo de uma forma mais eficiente e em um cenário atípico. Esse novo

cenário não deixou de afastar o governo e sua capacidade de entregar os serviços que a população tanto precisa.

Atento a essa situação, o controle externo e o sistema de Tribunais de Contas têm procurado auxiliar a administração na busca por soluções, porque são muitas as demandas e poucos os recursos disponíveis.

É por isso que precisamos inovar, encontrar novos caminhos e utilizar a tecnologia como grande aliada para vencer os desafios da nossa geração. Afinal, a transformação digital tem trazido uma série de novas ferramentas tecnológicas que têm ajudado as pessoas a superar dificuldades e melhorar sua qualidade de vida.

Esse potencial também pode ser empregado pela administração em prol dos cidadãos. No TCU, na Justiça do Trabalho e em toda a administração pública, o uso intensivo de tecnologia tem ampliado e facilitado o acesso dos cidadãos aos serviços públicos.

O TCU tem acompanhado o desenvolvimento desse esforço no âmbito do Poder Judiciário, com a implantação do processo eletrônico, por exemplo. Uma auditoria que realizamos em 2019 não apenas reconheceu os benefícios advindos da substituição da tramitação de autos e “e-mails” impressos pelo meio eletrônico, como instrumento de celeridade e qualidade da prestação judicial e de acesso à Justiça, como também tentou ajudar na consolidação e operação desse modelo em todos os ramos da Justiça.

Em nossa própria casa, também procuramos avançar nesse caminho, além de já contarmos com robôs que fazem uma varredura automatizada de editais de licitação e aprimoram nosso trabalho.

Os robôs são interfaces de um sistema maior chamado Laboratório de Informações de Controle, LabContex, um laboratório que reúne e integra 77 bases de dados, permitindo o cruzamento das informações e alavancando nossa atuação. Essas informações também são compartilhadas com outros órgãos públicos.

Em suma, o controle, em parceria com os gestores públicos, pode trazer diferenças concretas para a vida das pessoas, ajudando a aprimorar as políticas públicas.

Tenho a honra de ter pertencido ao atual governo, que está encerrando seu ciclo nos dois primeiros anos, como secretário-geral da presidência, responsável pela subchefia jurídica da Presidência e, naquela qualidade como gestor, já me relacionava com o Tribunal de Contas, com um órgão de controle orientado pelo órgão de controle interno do governo, que é a CGU, interagindo diretamente com o Tribunal de Contas da União.

É natural que os gestores tenham a visão dos órgãos de controle, das auditorias, como alguém que está esperando a ocorrência do erro para aplicar uma punição. Eu testemunho e faço justiça que antecede a minha chegada ao Tribunal de Contas da União, mas hoje me sumo integralmente a esse propósito, segundo o qual o órgão de controle e as auditorias têm os mesmos propósitos que os gestores: prestar o melhor serviço público.

Cabe ao tribunal, com a expertise que tem, com a experiência acumulada por anos de trabalho, pela capacidade do seu quadro técnico, de também antever cenários e qualificar gestores, orientar a governança da administração.

Não há rivalidade entre órgãos públicos e instituições de Estado. Elas devem se somar a um propósito maior de aperfeiçoamento na realização de políticas públicas.

Reitero minha convicção de que a conjunção dos nossos esforços é elemento indispensável para o desenvolvimento harmônico deste país.

Os desafios impostos são grandes, mas gostaria de dizer que estão sendo e continuarão sendo enfrentados por todos, também pelo Tribunal de Contas da União, que quer ser grande parceiro da Justiça do Trabalho nessa missão, deixando ao final um pensamento muito particular, de que o abuso do poder não é demonstração de força, mas sim a demonstração da maior fraqueza que uma autoridade pública pode externar.

APRESENTAÇÃO

Douglas Alencar Rodrigues

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho – TST. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (1989). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB) e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Reconhecemos e celebramos a relevância e a essencialidade do Tribunal de Contas da União para que a gestão pública em todas as esferas possa se dar da melhor forma possível. E, obviamente, todos conhecem o novo lema do Tribunal Superior do Trabalho: o Tribunal da Justiça Social.

Comentava dia desses com o ministro Ives qual é o significado, qual deve ser a compreensão de justiça social. E evidentemente, a resposta a essa questão deve partir de uma leitura abrangente do texto constitucional, o pacto fundacional de nossa sociedade.

O que diz a nossa Constituição em relação a essa ideia-força fundante da nossa sociedade, que é a justiça social? Sem dúvida, a leitura há de ser abrangente, reconhecendo a Constituição não apenas como um documento descritivo do modo de ser de uma organização sociopolítica, mas um documento que é norma, um documento que firma compromissos, um documento que estabelece fundamentos e objetivos, inclusive e especialmente aqueles ligados à realização dos direitos humanos, direitos humanos fundamentais e, no nosso caso, que operamos no ambiente das relações de trabalho, direitos de índole de matiz social.

Lendo a Constituição, observamos logo no artigo 1º que entre os fundamentos da nossa República figuram, entre outras importantes ideias, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Qual seria o significado da previsão constitucional quando refere ao trabalho como um valor social? Haveria referência apenas ao trabalho subordinado, disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho ou, diferentemente, a Constituição prestigia forma de trabalho, qualquer atividade humana voltada à geração de riquezas, voltada à obtenção de recursos necessários à própria subsistência?

A liberdade é um dos maiores valores que fundam a nossa sociedade.

O artigo 5º, inciso 13, da Constituição anuncia o direito fundamental ao livre exercício de qualquer atividade, ofício ou profissão atendidas às qualificações que a lei estabelecer. Também conhecemos o que dispõe o artigo 7º da Constituição, em que assentado o compromisso com o horizonte axiológico da melhoria da condição social dos trabalhadores. E conhecemos o que contém nos vários incisos do artigo 7º, entre os quais aquele presente no inciso 26, que remete à valorização e ao reconhecimento do direito fundamental à negociação coletiva.

O mundo do trabalho, como foi anunciado na abertura deste evento, passa por transformações profundas. A Organização Internacional do Trabalho, desde a sua fundação, propugna o diálogo social, valoriza-se, prestigia-se, reverencia-se à negociação coletiva como a principal via de democratização das relações de trabalho.

E a reforma trabalhista de 2017 caminhou nessa direção. Talvez, a só inserção dos artigos 611A e 611B na CLT já seria bastante para que tivéssemos um horizonte de relações de trabalho mais democráticas, mais flexíveis.

O reconhecimento e a efetivação, com forte significado, do princípio da autonomia negocial coletiva, jamais poderiam ter sido negligenciados desde a promulgação da Constituição em 1988. Foi preciso que a Suprema Corte, num julgamento emblemático proferido em 30 de

abril de 2015, promovesse essa inflexão sobre o significado, o papel, o sentido constitucional da autonomia negocial coletiva.

Mas, esse I Congresso Nacional da Magistratura do Trabalho se propõe a estabelecer um novo espaço de reflexão. Sabemos que capital e trabalho, desde a encíclica *Rerum Novarum*, uma das principais fontes do direito do trabalho e da doutrina social da Igreja, são duas faces de uma mesma moeda.

Trabalho e capital devem caminhar de forma harmônica, são dimensões indissociáveis das sociedades democráticas, em que reconhecida a propriedade privada a e a liberdade de iniciativa. Nossa sociedade pretende-se constituída sobre aquele o modelo denominado Estado Democrático de Direito. Cuida-se de um paradigma de organização social que sucedeu aos modelos que foram criados pelo Estado Liberal de Direito e, na sequência, pelo Estado Social de Direito. O Estado Democrático de Direito, que busca ser a síntese evolutiva desses dois paradigmas anteriores.

E o que contém na nossa Constituição em relação ao Estado Democrático de Direito? Dizia há pouco: fundamentos e objetivos. Fundamentos: dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Objetivos: o combate à pobreza, à miséria, às desigualdades sociais, a realização, na máxima extensão possível, da dignidade da pessoa humana.

E poderíamos avançar no texto da Constituição e chegar ao artigo 170, aquele que inaugura a Constituição Econômica e que descreve princípios estruturantes de funcionamento da ordem econômica. Quais são eles? Temos aqui diversos atores, trabalhadores, empresários, dirigentes, lideranças, sindicais, que atuam nos portos.

Quem poderia negar a absoluta relevância e centralidade estratégica dos portos? O setor portuário no Brasil merece ser estudado, é um setor que merece ser alvo, ministro Jorge, de uma disciplina não apenas legal, mas também administrativa, compatível com o interesse público nacional da máxima eficiência, da máxima operatividade.

Sabemos que a Constituição anuncia ao Estado uma série de deveres, de responsabilidades, mas reserva também à iniciativa privada a primazia da geração de riquezas.

Não se nega, jamais poderíamos negar, que a própria Constituição excepciona e ressalva determinadas áreas em que o poder público deve seguir atuando na economia, mas são situações excepcionais, expressamente previstas na Constituição ou ainda referidas em lei, desde que presentes estejam relevante interesse de segurança nacional e/ou relevante interesse social. De sorte que precisamos reconhecer a essencialidade da iniciativa privada como o principal espaço de geração de riquezas, empregos, geração de tributos, de inclusão social.

Obviamente não se propugna uma iniciativa privada dissociada de uma função social, pois temos também uma constituição social. E a própria previsão inscrita no nosso texto constitucional anuncia o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social como o objetivo da ordem econômica e a finalidade e razão de ser da ordem social.

Evidentemente, o artigo 170 traz a soberania como o primeiro princípio informativo, mas aborda também da propriedade privada. Anuncia o compromisso indissociável da propriedade privada com uma função social. E avança para defender a livre iniciativa na sua dimensão de respeito ao consumidor e à livre concorrência.

No Brasil, há instituições, órgãos, todos comprometidos com todos esses postulados fundamentais da nossa constituição econômica como os PROCONS, o CADE, o Ministério Público que inclusive combate, como deve combater, eventuais desvios.

É preciso também defender a sustentabilidade ambiental. E temos uma agenda 2030 da ONU a realizar. Mas é preciso, enfim, compreender a constituição econômica na sua articulação com a constituição social. E entender que capital e trabalho não podem ser lidos, especialmente no ambiente judicial, como dimensões antagônicas.

Na jurisdição trabalhista, enfrentamos desafios de diferentes ordens. E os princípios jurídicos cumprem uma função cada vez mais relevante na nossa ordem jurídica. Temos entre

nós alunos de graduação, de pós-graduação. Há também alunos que são magistrados, porque o dever de estudo permanente é um dever ético de todos quantos abraçaram as carreiras jurídicas. E sabemos que no atual momento em que vivemos há um cenário de grande insegurança jurídica.

Um cenário de grande insegurança jurídica que passa, num primeiro momento, por alguma confusão entre os papéis reservados às várias esferas do poder político. O Poder Judiciário, que aprendemos, interpreta e aplica normas jurídicas que são produzidas de forma soberana pelo Poder Legislativo. E o Poder Executivo implementa políticas públicas, realiza os fins que lhe cabem previstos na Constituição. Essa é uma visão clássica da trípartição de poderes.

Mas o que se passa hoje e que fomenta a insegurança jurídica? Um uso, ou quem sabe uma manipulação dos princípios jurídicos de forma dissociada dos parâmetros postos na Constituição.

Evidentemente sabemos que princípios são espécies de normas jurídicas. Princípios cumprem uma função monogenética, servem de inspiração ao legislador, cumprem uma função interpretativa, nos ajudam a desvelar o sentido e alcance de outras normas jurídicas. E, de igual modo, podem ser utilizados, excepcionalmente, para suprir lacunas na ordem jurídica.

Conforme aprendemos, não há conflito possível que não encontre resposta do Poder Judiciário. Até porque a jurisdição é um dever e não uma faculdade. Mas estou aqui navegando entre águas tortuosas, ministro Alexandre, cumprindo uma função que me foi delegada há poucos minutos e queria apenas enaltecer a relevância deste momento.

É preciso mesmo discutir os temas que estão postos, o futuro das relações de trabalho diante desse avançar da tecnologia. Além disso, reconhecer e debater os melhores modelos de regulação portuária que estão postos aí na experiência comparada.

Há necessidade de reconhecer que numa sociedade plural, democrática, que reconhece a diversidade e respeitar esses direitos que estão aí se colocando. E, sobretudo, no caso da jurisdição, reconhecer o exato papel que nos cabe na articulação dos conflitos entre o capital e o trabalho.

Seria o Poder Judiciário o locus adequado para equacionar questões como, por exemplo, as dispensas massivas, sem prévia a negociação coletiva?

O Supremo Tribunal Federal julgou recentemente a questão e editou a tese 638. O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e teremos a presença do ministro Luiz Roberto Barroso no encerramento do nosso Congresso.

Costumo dizer que o Supremo Tribunal Federal é um tribunal singular, não apenas entre nós, mas no mundo como um todo. Não há corte Constitucional dotada de instrumentos, técnicas decisórias como a nossa Suprema Corte.

Temos mecanismos processuais, a exemplo da arguição de descumprimento do preceito fundamental, que transformou o Supremo Tribunal Federal na corte mais poderosa do mundo, nas palavras do professor Canotilho.

E temos um desafio democrático de conformar esses caminhos que estamos enfrentando. Qual é a exata vocação da ADPF? De que forma preceitos fundamentais têm sido utilizados para permitir que novas regras de conduta, novos direitos, novos comandos sobre o que é permitido, proibido, obrigatório, sejam positivados?

Enfim, as ideias que gostaria de compartilhar brevemente nesse instante seminal do nosso Congresso. Peço escusas pela forma algo desordenada como as expus, mas espero ter contribuído com algumas provocações a respeito dos grandes desafios que se colocam para todos nós, estudantes, advogados, membros do Ministério Público, magistrados de todos os graus de jurisdição.

SUMÁRIO

ABERTURA | pág. 5

Jorge Oliveira

APRESENTAÇÃO | pág. 9

Douglas Alencar Rodrigues

PARTE I

JURISDIÇÃO, TRABALHO E ECONOMIA

Capítulo 1 | pág. 17

A JURISDIÇÃO SOCIAL DO TRABALHO NO SISTEMA JUDICIÁRIO NACIONAL

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Capítulo 2 | pág. 29

CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL EXACERBADO

Nelson Mannrich

Capítulo 3 | pág. 37

REFLEXÕES SOBRE A DIFÍCIL CONCILIAÇÃO ENTRE LIBERDADE ECONÔMICA E OS

DIREITOS SOCIAIS: A POSSÍVEL SOLUÇÃO NA ORGANIZAÇÃO DA INDÚSTRIA 5.0

Thereza Christina Nahas

Capítulo 4 | pág. 45

(IN)EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO SOCIAL TRABALHISTA FRENTE ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEAS

Rodrigo Dias da Fonseca

Capítulo 5 | pág. 51

DEFESAS DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA PELO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL - STF

Marina Faraco

Capítulo 6 | pág. 57

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS IMPACTOS NO DIREITO DO TRABALHO

Luciana Yeung

Capítulo 7 | pág. 65

DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO CONCORRENCEIAL E DIREITO DO TRABALHO

Juliana Oliveira Domingues

Capítulo 8 | pág. 72

**CINCO ANOS DA REFORMA TRABALHISTA: REVOGAR OU APRIMORAR?
REFORMA DA REFORMA?**

Vólia Bomfim

PARTE II
RELAÇÕES DE TRABALHO, DIVERSIDADE, TECNOLOGIA
E ACESSO À JUSTIÇA

Capítulo 9 | pág. 80

A DIVERSIDADE COMO PARADIGMA ÉTICO FUNDAMENTAL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Rosemary de O. Pires Afonso

Capítulo 10 | pág. 84

**MACROCONFLITOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA EM SEU ELEMENTO ESSENCIAL:
A PLURALIDADE**

Déa Marisa Brandão Cubel Yule

Capítulo 11 | pág. 88

**AUDIÊNCIAS PRESENCIAIS. TELEPRESENCIAIS. HÍBRIDAS. PROVAS DIGITAIS.
REVOLUÇÃO 4.0. NOVA JUSTIÇA DO TRABALHO?**

Fernanda Marques Junqueira

Capítulo 12 | pág. 92

ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE: TEMAS CONTROVERTIDOS

André Araújo Molina

Capítulo 13 | pág. 96

A EXTINÇÃO DAS VARAS DO TRABALHO X ACESSO À JUSTIÇA

Ronaldo Ferreira Tolentino

Capítulo 14 | pág. 99

RELACIONES DE TRABALHO, INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E JUSTIÇA SOCIAL

Morgana de Almeida Richa

Capítulo 15 | pág. 102

**A TUTELA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO:
ANÁLISE DOS IMPACTOS DA LGPD**

Evandro Pereira Valadão Lopes

Capítulo 16 | pág. 109

O PROCESSO DE ADEQUAÇÃO À LGPD E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Márcio Fernandes

PARTE III **DIREITO PORTUÁRIO**

Capítulo 17 | pág. 113

A NATUREZA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O DIREITO AO ADICIONAL DE RISCOS NA INTERMEDIAÇÃO DA MÃO DE OBRA DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO

Guilherme Augusto Caputo Bastos

Capítulo 18 | pág. 116

A IMPORTÂNCIA DO SETOR MARÍTIMO E PORTUÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS

Flávia Veiga Bauler

Capítulo 19 | pág. 121

O SISTEMA DE ÓRGÃOS DE GESTÃO DE MÃO DE OBRA DO TRABALHO PORTUÁRIO (OGMOS) E A EXCLUSIVIDADE

Lucas Rênio da Silva

Capítulo 20 | pág. 125

REFLEXOS DO TEMA 1046 DO STF NA RELAÇÃO DE TRABALHO PORTUÁRIO

Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira

Capítulo 21 | pág. 127

A APLICAÇÃO DO TEMA 222 DA REPERCUSSÃO GERAL E O ADICIONAL DE RISCOS PARA O TRABALHADOR PORTUÁRIO

Alexandre Luiz Ramos

Capítulo 22 | pág. 143

SEGURANÇA JURÍDICA E REGULAÇÃO DO TRABALHO PORTUÁRIO

Roberta Carvalhal

Capítulo 23 | pág. 151

UM BALANÇO DOS 30 ANOS DA LEI DE MODERNIZAÇÃO DOS PORTOS

Flavia Bigi Maya Monteiro

Capítulo 24 | pág. 153

IMPACTOS DA TECNOLOGIA NAS RELAÇÕES PORTUÁRIAS DE TRABALHO

Breno Medeiros

Capítulo 25 | pág. 157

A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA AS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS DE USO PRIVADO

Murillo Barbosa

Capítulo 26 | pág. 161

AS RELAÇÕES DE TRABALHO NOS TERMINAIS DE CONTAINERS

Caio Morel

PARTE IV

DIREITO DESPORTIVO

Capítulo 27 | pág. 165

A LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DO FUTEBOL

Mauricio Corrêa da Veiga

Capítulo 28 | pág. 168

A LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DO FUTEBOL, A GOVERNANÇA E O COMPLIANCE

Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira

Capítulo 29 | pág. 171

O RECONHECIMENTO DOS ESPORTS COMO DESPORTO OLÍMPICO E SEUS EFEITOS SOCIAIS E JURÍDICOS

Ricardo Georges Affonso Miguel

PARTE V

NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O NOVO PROCESSO DO TRABALHO PÓS-REFORMA TRABALHISTA

Capítulo 30 | pág. 177

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA PÓS-REFORMA TRABALHISTA

Ricardo Patah

Capítulo 31 | pág. 182

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL, HORAS EXTRAS E COMPENSAÇÃO DE JORNADA

Amaury Rodrigues Pinto Junior

Capítulo 32 | pág. 186

REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA (LEI N° 13.467/17) NO PROCESSO DO TRABALHO: 'REPERCUSSÕES NA QUANTIDADE E DURAÇÃO DOS PROCESSOS

Cristiano Siqueira de Abreu e Lima

Encerramento | pág. 191

AS RAÍZES E OS FRUTOS DO MODERNO RELATIVISMO MORAL

Ives Gandra da Silva Martins Filho

PARTE I

JURISDIÇÃO,
TRABALHO E
ECONOMIA

Capítulo 1

A JURISDIÇÃO SOCIAL DO TRABALHO NO SISTEMA JUDICIÁRIO NACIONAL

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Mestre em Estado, Direito e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela UnB. Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Contato eletrônico: gmmc@tst.jus.br

1.1. Introdução

O conceito de Estado de Direito se confunde com a ideia de segurança jurídica. Uma sociedade democrática, livre, regida pelo direito, somente é possível caso seus cidadãos tenham expectativas normativas estáveis a respeito de seus direitos e deveres. E essa estabilidade social é a consequência direta da adoção de uma ordem jurídica que institucionaliza no seu âmago o princípio da segurança jurídica.

Este capítulo está organizado em torno de quatro núcleos. Em primeiro lugar, sustentarei que a “segurança jurídica” é imprescindível ao desenvolvimento da economia e à proteção dos direitos trabalhistas. Em seguida, tratarei do tema do “ativismo judicial”, com prévias referências ao positivismo, ao pós-positivismo e às críticas contemporâneas à sua prática. Em sequência, analisarei a “importância dos precedentes” e a excepcionalidade do *distinguishing*, com enfoque em um caso concreto: o “Tema 725 de Repercussão Geral”, que tratou da licitude da terceirização de todos os tipos de atividade e, por fim, as considerações sobre a importância da Jurisdição Social no contexto do Sistema Judiciário Nacional.

1.2. Segurança jurídica, economia e direito do trabalho: uma relação necessária

O crescimento comercial, econômico e financeiro dos países somente foi possível com a evolução institucional do Estado de Direito, que passou a garantir aos particulares a “segurança jurídica”, com respeito aos direitos individuais.

No Brasil, o poder legislativo, seja na sua origem como Poder Constituinte, seja em sua função infraconstitucional, desde 1988 vem criando normas que facilitam o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88). Como consequência desse modelo que busca democratizar a obtenção da prestação jurisdicional, observa-se um aumento de casos levados ao Poder Judiciário Brasileiro.¹

Combinado a essa democratização do acesso ao Poder Judiciário, houve o crescimento da população e consequente aumento dos conflitos sociais que ocasionaram elevação do número de litígios levados a juízo.

Para enfrentar os novos desafios, destaco a elaboração do Novo Código de Processo Civil e leis esparsas de processo civil, e, no caso específico do Processo do Trabalho, a Lei nº 13.015/2014 e a Reforma Trabalhista de 2017.

Assim, hoje, o juiz acumula, à função de julgador, o ofício de gestor dos processos que estão sob sua responsabilidade. Além da subsunção do direito aos casos concretos, a prestação jurisdicional na realidade contemporânea demanda do julgador a capacidade de administrar, gerir e assegurar eficiência à tutela jurisdicional, o que compreende o cumprimento das decisões, com a satisfação integral do crédito.

A gestão de processos judiciais envolve a administração dos litígios tanto na fase pré-judiciária, quanto na fase propriamente judiciária.

Na fase pré-judiciária, buscam-se os meios alternativos de resolução de conflitos para gerenciar o volume de litígios antes de sua inserção no Poder Judiciário, de forma a evitar a sua

1 - SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26 e 27.

judicialização. Nessa seara, podem-se citar como técnicas de “autocomposição” a conciliação, a mediação e a negociação, e como técnica de “heterocomposição” a arbitragem.²

Nesse contexto, é importante ressaltar a função pública das Cortes Superiores e seu papel na administração da justiça. Além de cumprir as metas de produtividade em busca de maior eficiência na prestação jurisdicional, os Tribunais Superiores têm a missão de produzir justiça em âmbito federal, por meio da uniformização da jurisprudência, de forma a garantir maior segurança jurídica àqueles que demandam uma resposta do Poder Judiciário.

1.3. Ativismo judicial

A adequada compreensão do sentido da segurança jurídica demanda traçar uma revisão histórica. Nos tempos iluministas, imperou a visão iluminista, que prevaleceu durante a Revolução Francesa e mesmo posteriormente, na era napoleônica, própria da *Escola da Exegese*, em que o juiz deveria aplicar a lei em simples juízo de subsunção, medida que resguardou a nobreza e a burguesia contra eventual arbítrio real, para o positivismo, no século XX. Assim, o positivismo kelseniano assume que toda norma é, tão somente, uma moldura que admite uma multiplicidade de interpretações possíveis, a depender da orientação ideológica do julgador.

A segurança jurídica, nessa perspectiva, somente pode ser compreendida em função das restrições interpretativas que a moldura normativa admite, mas não como uma garantia de que uma interpretação *correta* é o resultado final alcançado pelos órgãos judicantes.³ Essa conclusão é similar à do outro grande positivista do século XX, Herbert Hart⁴.

A partir da década de 1960, foram travados inúmeros debates que resultaram no pós-positivismo jurídico. Nos Estados Unidos, as discussões advieram de dois modelos antagônicos de atuação dos juízes, denominados *moderação judicial* e *ativismo judicial*.⁵

O paradigma da “moderação judicial” prescreve uma postura contida dos juízes, que deveriam se abster de avaliar a posição do Poder Legislativo em temas controversos. Em contrapartida, o programa do “ativismo jurídico” exige dos juízes uma postura audaciosa na interpretação de princípios constitucionais de conteúdo aberto, como a igualdade, a liberdade ou a dignidade da pessoa humana, afirmando sua “concepção política sobre o direito”.⁶ Para o ativismo, portanto, não há diferença entre direito e política: assim como um deputado ou senador, o juiz é um agente político que decide questões judiciais com base em critérios estritamente políticos.

O constitucionalista Ronald Dworkin critica o ativismo judicial, como “forma virulenta de pragmatismo jurídico” que não considera o texto constitucional e a história do desenvolvimento da jurisprudência.⁷

Precisamente por isso, Ronald Dworkin optou por um caminho intermediário, que busca alcançar um resultado justo sem abrir mão da observância da realidade institucional. Sua proposta, o “direito como integridade”, assume que o juiz está vinculado não apenas aos precedentes judiciais ou à legislação, mas também ao sistema de princípios que esses elementos institucionais pressupõem. Ao contrário dos moderados, sustenta que os juízes devem ir além de um mero controle procedural da atividade do Poder Legislativo, realizando também um

2 - MOREIRA, Adriano Jannuzzi. A mediação e a arbitragem como meios extrajudiciais de resolução de conflitos trabalhistas na vigência da Lei nº 13.467/2007 – Reforma Trabalhista. In: *Revista LTr*, Vol. 81, nº 09, setembro 2017, p. 1132.

3 - KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução para o inglês da segunda edição alemã por Max Knight. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p.348-356.

4 - HART, Herbert L. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

5 - OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Ativismo Judicial, autorestruturação judicial e o minimalismo de Cass Sunstein*. Diritto & Diritto, v. 1, p. 1-21, 2008.

6 - Cf. DWORAKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

7 - Nesse sentido, afirma: “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.” In: DWORAKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 451-452.

controle substantivo a partir da constelação de princípios que estrutura todo o ordenamento jurídico.

Apesar de não endossar o ativismo judicial, é inegável que a postura pós-positivista de Dworkin traz um imenso potencial de discricionariedade para os juízes.

Esse traço idealizante do modelo hermenêutico de Dworkin também está presente na obra do pensador alemão Robert Alexy, com a teoria da ponderação de valores.⁸

A postura reconstrutivista de Dworkin, de perspectiva deontológica (preocupação com o dever ser), ainda que não se confunda com o ativismo judicial, pode conduzir a resultados ativistas.

Também a perspectiva axiológica de Robert Alexy, para quem a proporcionalidade é um método apto a conferir racionalidade à decisão, ao considerar o princípio da proporcionalidade no seu conceito trifásico - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, pode produzir resultado ativista.

A segurança jurídica, assim, no paradigma pós-positivista, é concebida de modo instável, uma vez que propõe que o juiz busque sempre a justiça para o caso concreto, ainda que a adequando à história institucional. A previsibilidade da estrutura jurídica é colocada em segundo plano, subordinada à busca pelo ideal superior de encontrar a solução moralmente desejada pelo julgador.

1.3. 1. Críticas contemporâneas ao ativismo

Enquanto para os pós-positivistas o juiz pode reconstruir o direito, numa perspectiva deontológica ou mesmo axiológica, mas observado o contexto ou a racionalidade de um método, para os ativistas a possibilidade de dizer o direito é ampla, inclusive contra a lei.

Mas essas visões a respeito da atividade judicial têm sido objeto de muitas críticas recentes, lastreadas na tese de que torna o direito menos apto a exercer sua função sociológica de estabilizar congruentemente expectativas normativas⁹. Destaco aqui as recentes formulações críticas de Ran Hirschl, professor da Faculdade de Direito de Toronto, Jeremy Waldron, professor de direito da *New York University*, e de Cass Sunstein, da *Harvard Law School*.

Todos os autores mencionados criticam o ativismo judicial, embora por razões diferentes. Ran Hirschl enfrenta o problema a partir de uma “perspectiva institucional”. Para ele, o ativismo judicial é um problema sistêmico-institucional, não apenas uma decorrência da atuação individual do juiz, como normalmente o tema era tratado no passado. Esse fenômeno decorre da concentração de funções político-institucionais no Judiciário, o que ocorre por razões eminentemente políticas.

Segundo o autor, existe uma tendência global, desde metade do século XX e em crescimento em ao menos 80 países, para a “juristocracia”, fenômeno que consiste na transferência de prerrogativas centrais que sempre foram típicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo para o Poder Judiciário.

O ponto característico da juristocracia é a judicialização de questões fundamentais da política democrática, o que acaba por concentrar no Poder Judiciário a tomada de decisões fundamentais que não têm, primariamente, natureza legal. O resultado é o esvaziamento das instituições políticas.

Já o professor Cass Sustein de Harvard sustenta que uma postura judicial ativista deriva do fato de que os juízes adotam teorias da interpretação jurídica abstratas comprometidas com teorias filosóficas amplas sobre “democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo”.¹⁰ Como é impossível alcançar um consenso decisivo sobre a melhor teoria filosófica a respeito da natureza da interpretação jurídica ou do fundamento moral das instituições político-jurídicas, os juízes terminam por decidir, nos casos concretos que têm em mãos, de maneira imprevisível, levando adiante seus próprios valores disfarçados sob o manto de teorias filosóficas sofisticadas.

8 - ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 157

9 - LUHMANN, Niklas. A Sociological Theory of Law. Trad. Elizabeth King-Utz e Martin Albrow. 2ª ed. Nova Iorque: Routledge, 2014. p. 24.

10 - SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and Institutions. Michigan Law Review, v. 101, n., p. 885-951, 2002. p. 885.

Com isso, os juízes assumem uma postura mais audaciosa – denominada por Sunstein de *perfeccionista*¹¹ –, especialmente na interpretação de princípios constitucionais abstratos, como igualdade, liberdade de expressão ou dignidade da pessoa humana.¹² Embora os juízes sejam obrigados a considerar o direito existente, devem resolver por si sós eventuais vaguezas, ambiguidades e lacunas, identificando os princípios constitucionais mais atraentes e que se acomodem ao sistema de princípios fundante da comunidade jurídica.

Para Sunstein, a postura perfeccionista poderia ser qualificada como ativista porque os juízes reivindicam para si mesmos a “capacidade institucional” de fixar o sentido de conceitos abstratos a partir de teorias filosóficas abstratas sobre as quais não há qualquer tipo de consenso possível.

O ponto do professor de Harvard, Cass Sunstein, é o de que, ainda que as teorias da interpretação jurídica, como a do direito como integridade, sejam corretas de uma perspectiva hermenêutica, ignoram questões centrais e anteriores a essa, relativas às “capacidades institucionais” e aos “efeitos dinâmicos” de qualquer abordagem hermenêutica.

Como alternativa, Sunstein propõe seu próprio modelo de teoria hermenêutica, chamado de “minimalismo judicial”. Levando em consideração as particularidades institucionais do Poder Judiciário, propõe recomendações de caráter formal aos juízes, a fim de que evitem argumentos filosoficamente profundos e controversos, prescindíveis para a decisão do caso concretamente debatido, para que seja facilitada a aceitação social de suas decisões.

A doutrina de Jeremy Waldron tem por objetivo reforçar a separação dos poderes, desferindo uma das mais duras críticas a um Poder Judiciário ativista ao longo de sua obra teórica.

Seu propósito é reabilitar o valor institucional do Poder Legislativo e de desconfiar do papel do Poder Judiciário como uma instituição capaz de solucionar controvérsias políticas nas sociedades democráticas contemporâneas.

Waldron é bastante crítico do papel dos tribunais nas democracias contemporâneas.¹³ Sua tese central é a de que as Cortes não têm legitimidade democrática para decidir controvérsias morais e políticas perenes em uma democracia constitucional (o desacordo moral persistente), que somente deveriam ser solucionadas pelo Poder Legislativo. Por essa razão, ele sustenta, inclusive, uma posição de suspeita quanto ao controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.¹⁴

De acordo com Waldron, um Poder Judiciário mais ativista deve ser criticado por duas razões centrais. Em primeiro lugar, ao se substituírem à sociedade nos debates públicos sobre o significado de direitos controversos, os juízes se distraem das questões centrais que deveriam ser discutidas e, em segundo lugar, o Judiciário não tem legitimidade para representar as posições políticas dos cidadãos e uma postura ativista repousa em uma concepção antidemocrática.¹⁵

1.3. 2. O ativismo judicial no Brasil

No Brasil, se identificou o ativismo judicial, em momento subsequente à promulgação da Constituição da República de 1988, que incorporou ao seu texto rol significativo de direitos fundamentais.

No âmbito do E. Supremo Tribunal Federal observa-se um movimento ascendente em direção ao ativismo, passando de uma postura tímida a outra mais ativa, a partir de 1999. Os mecanismos da repercussão geral, das súmulas vinculantes e os anteriores, de controle concentrado de constitucionalidade, são representativos do movimento de aproximação com a atuação das Cortes

11 - SUNSTEIN, C. Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America. New York: Basic Books, 2009. p. 32.

12 - LADEIRA, C. Ativismo Judicial, Autorestrição Judicial e o Minimalismo de Cass Sunstein. Diritto & Diritti, v. 1, n., p. 1-21, 2008. p. 4-5.

13 - Cf. WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal, v. 115, n., p. 1348-1406, 2005; WALDRON, J. Lucky in Your Judge. Theoretical Inquiries in Law, v. 9, n. 1, p. 185-216, 2008; WALDRON, J. Can There Be a Democratic Jurisprudence? Emory Law Journal, v. 58, n., p. 675-712, 2009.

14 - WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal, v. 115, n., p. 1348-1406, 2005. p. 1349.

15 - Cf. POSNER, R. A. Book Review (reviewing Jeremy Waldron, Law and Disagreement (1999)). Columbia Law Review, v. 100, n., p. 582-592, 2000. p. 587.

Constitucionais europeias. Exemplos: tipificação da homofobia (preconceito contra homossexuais) como crime por equiparação ao racismo. Não há crime sem lei que defina. Aproveitamento de células tronco imprestáveis à fecundação para pesquisas com embriões. Reconhecimento dos efeitos plenos do casamento entre pessoas do mesmo sexo; constitucionalidade do sistema de cotas para ingresso em Universidades.

No âmbito trabalhista, decidiu que as trabalhadoras, ainda que celebrado contrato por prazo determinado, têm direito à licença-maternidade de 120 dias e à estabilidade funcional, até cinco meses após o parto, o que contraria disposição legal expressa na CLT, que autoriza a celebração de contrato por prazo determinado, nas hipóteses previstas no art. 443, § 2º, da CLT, ignorando o fato de que a concepção pode ocorrer após a celebração do contrato a prazo certo.

O discurso sobre o ativismo judicial evoluiu nos últimos anos. Para além de uma discussão limitada ao prisma da consciência do magistrado, a questão tornou-se fundamental para compreender o próprio papel institucional do Poder Judiciário em uma democracia constitucional. Não se trata apenas de discutir as melhores teorias hermenêuticas que devem informar a atividade do juiz, mas de discutir as próprias condições institucionais em que o processo de decisão está inserido e o impacto das decisões judiciais sobre a sociedade.

É precisamente por isso que a segurança jurídica é um tema tão importante. Um Judiciário trabalhista instável tem o potencial de criar um ambiente microeconômico incerto, no qual as empresas passam a ser mais conservadoras e a assumir menos riscos. Mudanças constantes decorrentes de uma postura judicial ativista podem trazer incertezas prejudiciais às relações obracionais e ao próprio convívio social.

Essa uniformização ocorre justamente pelo julgamento de um *leading case* que irá ser alçado ao *status de precedente* e, posteriormente, será aplicado a inúmeros casos semelhantes, como forma de garantir tanto a estabilidade das decisões, como a segurança jurídica e a celeridade nos julgamentos.

1.4. A importância dos Precedentes

No âmbito da jurisprudência, os precedentes são a principal ferramenta para garantir previsibilidade por meio da estabilização das respostas oferecidas pelo Poder Judiciário a casos semelhantes.

Apesar de possuírem outras competências originárias, as Cortes Superiores desempenham papel importante na padronização do entendimento do que é o direito, criando “precedentes” que servem de referência para casos que apresentem semelhante quadro fático. Esse, inclusive, foi ponto fundamental destacado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.111.743, *in verbis*:

Deveras, a estratégia político-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpenetração dos sistemas do civil law e do common law, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para "casos iguais", "soluções iguais".¹⁶ (grifos acrescidos)

Essa função de uniformização da jurisprudência sobre o direito federal e constitucional tem o objetivo de garantir maior “segurança jurídica” a todos aqueles que ingressam com demandas no Poder Judiciário e esperam receber respostas compatíveis com seus casos, sem que haja uma discrepância baseada apenas no entendimento particular de um julgador. Assim, as Cortes Superiores garantem que não haverá arbitrariedade nas decisões e as partes não ficarão sujeitas ao casuísmo de interpretações divergentes, mas terão uma resposta compatível com a de outros casos que apresentarem situações fáticas semelhantes.

Nesse contexto, a reforma do Poder Judiciário, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabeleceu as súmulas vinculantes e a repercussão geral no âmbito do Supremo

¹⁶ - Resp 1111743/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010.

Tribunal Federal. A Lei nº 11.672/2008, por sua vez, estabeleceu o procedimento de julgamento dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em sentido similar, a Emenda Constitucional 125, de 14/7/2022 introduziu os parágrafos 2º e 3º ao artigo 105, da Constituição da República, fixando mecanismo de filtro à admissibilidade do Recurso Especial, denominado “relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso”, em termos bastante próximos da repercussão geral do Recurso Extraordinário.

O professor Humberto Theodoro Júnior acentua que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a valorização dos precedentes pelos Tribunais Superiores nos moldes da Common Law, com o objetivo de sanar dois principais problemas do nosso sistema processual: a não observância da duração razoável do processo e a divergência jurisprudencial em assuntos semelhantes.¹⁷ Assim, o objetivo do Novo CPC com a valorização do controle dos precedentes foi garantir maior isonomia para os jurisdicionados, ao estabelecer uma maior uniformidade nas decisões e limitar o tempo do processo para que não se estendesse de forma indefinida.¹⁸

O saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki já anotava que o sistema de precedentes tem obtido destaque no ordenamento jurídico brasileiro não só no controle de constitucionalidade, “mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização”.¹⁹

Humberto Theodoro Júnior identifica que o artigo 926 do CPC/2015 estabelece o dever de os Tribunais criarem uma jurisprudência uniforme e estável, sem mudanças e oscilações de entendimento a todo instante.²⁰ Orienta para que os enunciados de súmulas devem ser aplicados de forma coerente com os precedentes que lhe deram origem, evitando abstrações genéricas que possam distanciar-se das premissas fixadas naqueles julgados.²¹

O Diploma também ampliou a possibilidade de controle dos precedentes pelos Tribunais Superiores, oferecendo instrumentos processuais para tanto. Dentre eles, destacam-se a reclamação, o incidente de recurso repetitivo, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de arguição de constitucionalidade.

Dentre os Tribunais Superiores, o Eg. Tribunal Superior do Trabalho detém a competência não só de uniformizar o entendimento sobre o direito trabalhista infraconstitucional, mas também de unificar a aplicação do direito constitucional relativo a matérias trabalhistas.

De todo modo, em última instância, o Eg. Tribunal Superior do Trabalho submete-se aos entendimentos firmados pelo E. Supremo Tribunal Federal em matérias trabalhistas, quando firma tese constitucional com eficácia *erga omnes*. Atualmente, essas teses podem ser firmadas tanto em sede de controle difuso de constitucionalidade, por meio do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na forma das ações ADC, ADI, ADPF.

Por sua vez, hoje o Eg. Tribunal Superior do Trabalho possui alguns instrumentos processuais que facilitam a gestão da justiça no mister de uniformizar a jurisprudência. Dentre eles, podem-se citar os enunciados jurisprudenciais (súmulas persuasivas), na forma de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, o Incidente de Recurso Repetitivo, o Incidente de Assunção de Competência, o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade.

Até a edição da Lei nº 13.015/2014, a Corte limitou-se a adotar a jurisprudência defensiva instituída em diversas súmulas processuais²² e a criar métodos de gestão do acervo processual,

17 - JÚNIOR, Humberto Theodoro. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Artigos, pp. 117-132, p. 117-118.

18 - JÚNIOR, Humberto Theodoro. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Artigos, pp. 117-132, p. 117-118.

19 - ZAVASCKI, Theori. *Ajud.* JÚNIOR, Humberto Theodoro. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Artigos, pp. 117-132, p. 119.

20 - JÚNIOR, Humberto Theodoro. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Artigos, pp. 117-132, p. 120.

21 - JÚNIOR, Humberto Theodoro. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Artigos, pp. 117-132, p. 120.

22 - Confira-se, por exemplo, o teor das Súmulas 23, 126, 296, 297, 333, 337 e 422 do TST.

como o uso de fundamentação *per relationem* no exame de Agravos de Instrumento. A reforma processual de 2014 criou importantes mecanismos para julgamento de demandas de massa e casos relevantes, como os recursos repetitivos e o incidente de assunção de competência.

O Incidente de Assunção de Competência é regulado pelo artigo 947 do CPC/2015²³ e busca garantir a uniformização de uma relevante questão de direito, com grande repercussão social, ainda que não haja multiplicidade de processos envolvendo o mesmo assunto. Como consequência, a decisão proferida no Incidente irá vincular todos os juízes e órgãos fracionários, até que haja nova revisão da tese firmada.

Tanto o incidente de recursos repetitivos (IRR), quanto o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) são instrumentos processuais que permitem a solução de questões que atingem uma massa considerável de processos sob julgamento e, por isso, estão previstos no artigo 928 do CPC/2015 como mecanismos para julgar casos repetitivos.

O principal princípio constitucional que se busca concretizar através da afirmação do controle de precedentes pelos Tribunais Superiores é a igualdade na entrega da prestação jurisdicional.

E o cumprimento do princípio da igualdade acaba por garantir também a concretização da segurança jurídica, uma vez que estabiliza as expectativas dos jurisdicionados e garante paz social, sem as incertezas que imobilizam os atores sociais.

Além de proporcionar segurança jurídica, o controle de precedentes é responsável por aproximar da realidade a previsão constitucional da duração razoável do processo, uma vez que questões já decididas e consolidadas terão julgamento mais célere e não demandarão divagações tanto nas instâncias de origem, quanto na via recursal.

Por essas razões, o princípio da igualdade ganha força e destaque para impulsionar os Tribunais Superiores no seu mister de controlar os precedentes e garantir isonomia na prestação jurisdicional.

Entretanto, o que se verifica é que os Incidentes de Assunção de Competência e de Recursos Repetitivos pouco afetam o congestionamento processual das Cortes por duas razões. Em primeiro lugar, embora os instrumentos se prestem a decidir questões relevantes, induzem ao *sobrerestamento* dos autos que versem matéria idêntica, levando à suspensão de inúmeros processos, que podem permanecer anos sem solução. Em segundo lugar, as questões decididas no processo paradigma não induzem a solução automática dos processos sobrerestados. Após a decisão, é preciso remeter os autos aos órgãos julgadores para que apliquem o novo entendimento a cada um dos processos sobrerestados, bem como para julgamento das demais matérias versadas nos autos.

O § 2º do artigo 8º da CLT restringiu a atuação criativa do Eg. TST, bem como dos Eg. TRTs, atando-os às prescrições legais, nos seguintes termos:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

1.4.1. *Distinguishing* e a Teoria dos Precedentes

23 - BRASIL, CPC/15, Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Quando se fala na importância dos precedentes para garantir maior uniformidade na jurisprudência e até mesmo segurança jurídica para os atores sociais, surge a questão do *distinguishing*.

Como salientado pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes²⁴, “a distinção, ou *distinguishing* (ou *distinguish*), consiste na confrontação entre os fatos materiais de dois casos, de modo a afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento em virtude da diversidade fática”²⁵.

Assim, conclui o Ministro que, para a realização do *distinguishing*, é necessário que se demonstre, “fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução ao caso”²⁶.

É importante ressaltar que não se exige uma identidade fática perfeita entre o caso em análise e o precedente que deu origem à tese, pois seria praticamente impossível. Nesse sentido, alertam Didier Jr., Braga e Oliveira, “se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada”²⁷.

Para garantir que os precedentes não sejam aplicados de forma massificada sem considerar as peculiaridades de determinados casos que se diferenciam, o Código de Processo Civil de 2015 prevê ação rescisória em caso de aplicação equivocada de um precedente (Art. 966, V, § 5º, 9º, CPC/15), bem como reconhece a ausência de fundamentação quando um precedente é aplicado de forma irrefletida sem considerar a distinção (Art. 489 do CPC/15).

Como bem destaca a *Justice Barret* da E. Suprema Corte Americana, o uso do *distinguishing* não pode ser banalizado e utilizado como subterfúgio para afastar a aplicação de um precedente, por configurar abuso dentro de um sistema de precedentes maduro e consolidado.²⁸ Assim, a magistrada norte-americana recomenda a aplicação do *distinguishing* de forma honesta e responsável, “jamais podendo ser utilizada para respaldar interpretação heterodoxa de uma lei”²⁹.

A distinção (*distinguishing*) - ou mesmo a superação (*overruling*) - deve ser trabalhada, assim, dentro da concepção dworkiniana de “romance em cadeia” e “história geral digna de ser contada”, isto é, “não deve ser utilizada como mero instrumento para contrariar ou “burlar” o sistema de precedentes”, como ensina o professor Scott Hershovitz.³⁰

A consciência sobre a importância dos precedentes e a necessidade de cautela na aplicação de *distinguishing* são sustentáculos de um sistema judicial que busca garantir segurança jurídica, aplicar o devido processo legal e reafirmar a unidade e a dignidade do Poder Judiciário de forma a inibir a litigância temerária.

Tendo essas premissas em mente, passaremos à análise de um caso concreto extremamente importante para o Direito do Trabalho e para a Justiça do Trabalho: a licitude da terceirização.

1.4.2. Caminhos da jurisprudência na tutela da Terceirização: julgamento do TEMA 725 de Repercussão Geral pelo STF

24 - Em sentido similar, a definição de DIDIER JR. et al: “Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos concretos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade do caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 604)

25 - AR 2702 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-09-2019 PUBLIC 16-09-2019.

26 - *Id. Ibid.*

27 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 604.

28 - BARRET, Amy Coney. *Stare Decisis and Due Process*. University of Colorado Law Review. Vol. 74. 2003. p. 1020-1023.

29 - BARRET, Amy Coney. *Stare Decisis and Due Process*. University of Colorado Law Review. Vol. 74. 2003. p. 1020-1023.

30 - HERSHOVITZ, Scott. *Integrity and Stare Decisis (Chapter 5)*. Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin, Scott Hershovitz (ed). Oxford University Press. 2006.

As Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17 regulamentaram a terceirização. Era, contudo, a terceirização, presença e realidade há pelo menos três ou quatro décadas no país e no mundo, gerando reiterados conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário.

No Tribunal Superior do Trabalho, foram editadas as Súmulas nº 256, em 1986, posteriormente cancelada, e a Súmula nº 331 em 2003, com alterações em 2011, em razão da decisão do E. Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16³¹.

A Súmula nº 331³² veio ampliar as hipóteses de permissão da terceirização, para, além dos de vigilância e temporários, alcançando os de conservação e limpeza, além de todos os serviços relacionados à atividade-meio do tomador, quando não houvesse pessoalidade, tampouco subordinação direta entre o trabalhador e o tomador de serviços.

Porém, essa “regulamentação” pela jurisprudência, ante a ausência de lei específica sobre o tema até 2017, encontrou questionamentos, levados à análise do E. Supremo Tribunal Federal.

O STF, no julgamento do RE 958.252³³, firmou o entendimento de que não se pode reconhecer fraude às normas trabalhistas pelo simples fato de empresas fazerem uma gestão de suas atividades entre mais de uma pessoa jurídica.

O Tribunal Pleno do STF concluiu que a distinção entre atividade-meio e atividade-fim utilizava critérios arbitrários para criar restrições à livre iniciativa na organização de sua mão de obra, inviabilizando o desenvolvimento econômico, sem considerar os efeitos positivos da terceirização na gestão empresarial, como o ganho em escala de produção, a criação de empregos, o aumento salarial para o empregado terceirizado especializado, maior alavancagem operacional para alcançar competitividade em escala no mercado, dentre outros. Ou seja, a terceirização configuraria estratégia de gestão empresarial em benefício de toda a sociedade, consumidores e trabalhadores.

O E. STF reconheceu que houve ofensa não só à “liberdade jurídica”, mas também violação ao “mandamento democrático”, na medida em que foi criada uma restrição por meio de um compilado jurisprudencial, sem “observância do processo legislativo”. Ou seja, “foi criada uma proibição à livre iniciativa e ao próprio trabalho, sem previsão legal”.

Nesse caso, a democracia foi violada ao mesmo tempo em que o trabalho teve sua liberdade e autonomia cerceadas pelo enunciado sumular do TST.³⁴

O E. STF entendeu que a prática da terceirização é constitucional, por estar conforme aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, inscritos no artigo 1º, inciso IV, e 170 da

31 - A ADC nº 16 tratou dos limites da terceirização na Administração Pública

32 - BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331 do TST*

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

33 - Conferir: RE 958252, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 12-09-2019 PUBLIC 13-09-2019.

34 - Nesse sentido, conferir trecho da ementa do julgado: “A segurança das premissas empíricas que embasam **medidas restritivas a direitos fundamentais** deve atingir grau máximo de certeza nos casos em que estas não forem propostas pela via legislativa, com a **chancela do debate público e democrático**, restando estéreis quando impostas por construção jurisprudencial sem comprovação inequívoca dos motivos apontados” (Grifos acrescidos).

Constituição da República, bem como por não haver proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a terceirização não estaria em conflito com o princípio da liberdade jurídica, ou da legalidade, previsto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição da República. Além disso, essa prática empresarial encontraria respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III, da Carta.

A Corte Constitucional brasileira entendeu que a violação ao artigo 5º, inciso II, da Constituição da República não demandaria a interpretação de norma infraconstitucional, mas justamente a análise de uma restrição criada pela jurisprudência sem amparo legal.

O Relator, Ministro Luiz Fux, em seu voto, concluiu pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do TST “por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB)”.

A partir desse julgado do E. STF em 13/9/2019 foi fixada “a tese” de que “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

1.4.3. *Distinguishing* pelo Tribunal Superior do Trabalho

Após essa decisão do STF, os E-ED-ED-ARR-242-25.2011.5.04.0102, em que foi apresentado o *distinguishing*, começou a ser julgado pela SBDI-1 do TST, mas teve a proclamação do resultado suspenso, considerando a ocorrência de empate (7x7), com remessa do feito ao Tribunal Pleno, para análise da distinção em relação à tese do Tema 725 de Repercussão Geral.

Nesse caso, o Ministro Lélio Bentes Corrêa justificou a distinção em relação às premissas que levaram o E. STF a firmar as teses do RE nº 958.252, ARE nº 791.932 e ADPF nº 324. Ressaltou que se tratava da: “possibilidade de reconhecimento do ‘vínculo empregatício’ com a tomadora dos serviços, ‘quando comprovada a subordinação jurídica direta do empregado terceirizado aos prepostos da tomadora’, atraindo a incidência do art. 3º da CLT, com típica relação de emprego”.

Em seu voto, destacou que a premissa analisada pelo STF para tratar da licitude da terceirização de atividade-fim no ARE nº 791.932 foi a dinâmica estrutural da subordinação, ou seja, a existência de uma subordinação em razão da terceirização da atividade e não uma subordinação propriamente direta entre empregado terceirizado e empresa tomadora de serviços.³⁵

Ao esclarecer o caso de *distinguishing*, o Ministro Lélio ressaltou que a decisão do E. STF não ampara a terceirização que é utilizada como sistema de burla à tradicional relação de emprego.³⁶

Para reforçar sua tese de distinção, o Ministro Lélio invocou a fundamentação do Ministro Roberto Barroso na ADPF 324, pautada na tese fixada no ARE nº 791.932 (Tema 725), no sentido de que a terceirização não pode ser utilizada de forma abusiva e desvirtuada para abolir as contratações diretas.³⁷

35 - Nesse sentido, fundamentou: “Insta assinalar, em princípio, que a questão submetida ao exame do STF no ARE n.º 791.932 teve origem em acórdão prolatado no âmbito da egrégia Primeira Turma do TST que, ratificando o entendimento adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho, reputou ilícita a terceirização da atividade de “call center”, em se tratando a tomadora dos serviços de empresa operadora dos serviços de telefonia. Segundo consta da fundamentação consignada no acórdão prolatado pela Suprema Corte, o Tribunal Regional, naquele caso, concluiu que as atividades desenvolvidas pela reclamante “estavam inseridas na dinâmica estrutural da empresa tomadora de serviços, o que revela a presença de subordinação, dado que aponta para ilicitude da terceirização levada a efeito” (grifos acrescidos). Daí a imputação de fraude à legislação trabalhista, nos termos do artigo 9º da CLT, declarada pelo Tribunal Regional e mantida pela Turma do TST, com fundamento na diretriz sufragada na Súmula n.º 331, III, desta Corte superior. (...) Daí emerge, portanto, que, a partir do julgamento do ARE n.º 791.932 e da fixação do Tema 739 da tabela de Repercussão Geral, cabe ao Tribunal Superior do Trabalho acatar a decisão lavrada pelo Excelso Pretório, afastando todo e qualquer reconhecimento de vínculo de emprego entre empregado da empresa prestadora de serviços e a tomadora, pautado unicamente no reconhecimento da ilicitude de terceirização de atividade-fim da tomadora.”

36 - Nesse sentido, teceu os seguintes argumentos: “Vê-se, nesse particular, que, mesmo considerados os respeitabilíssimos fundamentos que levaram a Corte Suprema a fixar a tese de Repercussão Geral quanto à licitude da terceirização em atividade-fim da empresa tomadora dos serviços de call center, o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento chancelou a conduta ilícita decorrente do desvirtuamento do instituto da terceirização”.

37 - Vejam o fundamento do Ministro Barroso: “A atuação desvirtuada de uma empresa terceirizada não macula esse modo de fazer negócio, porque senão a atuação viciada das empresas que contratam diretamente aboliria o mercado de trabalho. Gente que se comporta mal existe em todos os domínios da vida. A utilização abusiva da terceirização deve ser evitada e reprimida, e os

O Ministro Lélio ainda fez a distinção entre subordinação estrutural e subordinação direta. Ressaltou que a subordinação estrutural é própria e insita à terceirização de atividade-fim, porém, não é suficiente para caracterizar qualquer ilicitude ou irregularidade. Por sua vez, a subordinação direta demonstra o vínculo de fato entre o empregado terceirizado e o tomador de serviços em uma relação de ordens diretas, específicas e direcionadas, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, evidenciando uma relação de emprego direta de fato, pelos elementos da primazia da realidade.

A questão não chegou a ser julgada pelo Tribunal Pleno porque, em setembro de 2021, as partes do processo firmaram acordo, o que tornou o exame do recurso prejudicado.

Apesar da clareza da decisão do STF, observa-se, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, que quatro dentre as oito Turmas proferiram julgados que distinguem, em casos concretos, existência ou não de vínculo de subordinação direta entre o trabalhador e o tomador de serviços, para afirmar vínculo de emprego entre ambos. A questão do distinguishing pende, assim, de uniformização no TST, preocupando a ideia de que o STF em sucessivas Reclamações, tenha que reafirmar tese já consolidada em Repercussão Geral, com prejuízo à celeridade processual e à segurança jurídica.

O Tema 725 deve ser aplicado pelos Tribunais aos casos em que se analisa a possibilidade da terceirização de atividade-fim, descartando o reconhecimento do vínculo de emprego direto entre empregado terceirizado e a empresa tomadora do serviço. Prevalece o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de terceirizar toda e qualquer atividade, como forma de se garantir a segurança jurídica.

1.5. A observância de Precedentes como garantia de segurança jurídica para o desenvolvimento da Justiça Social

Em outras situações, o TST aplicou distinguish, como em relação ao Tema 246, que gerou a seguinte tese aprovada pelo STF: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Sete Turmas do TST não aplicam o Precedente, em razão do distinguish, que exige, para excluir a responsabilidade subsidiária, que o ente público faça prova nos autos de que não agiu com culpa em relação ao inadimplemento da prestadora de serviços. Foi imprimida repercussão geral ao Tema 1118, especificamente sobre o “ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)”.

Ficou sedimentado no E. STF o entendimento de que a Administração Pública não pode ser responsabilizada pelas verbas trabalhistas dos empregados terceirizados de forma subsidiária sem a comprovação de sua culpa na escolha ou na vigilância do contrato administrativo com a empresa terceirizada. Como o ônus da parte é de quem alega, é do Autor da ação, mas será necessário mais um pronunciamento do Supremo Tribunal para que os julgamentos prossigam.

Também no tema pertinente à Competência da Justiça Comum. Motorista rodoviário autônomo e representante comercial, a distinção tem ocorrido.

No julgamento da ADC 48, o STF afirmou que a relação entre motoristas autônomos e empresas transportadoras, regidas pela Lei 11.442/2007, afirmada constitucional e que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros, é da competência da Justiça Comum. O entendimento é o de que a relação entre as partes litigantes não é de emprego, mas tem regência por lei especial, que afirma a natureza comercial ou civil do vínculo.

No RE 606003, decidiu que a Justiça Comum é a competente para processar e julgar ações ligadas aos contratos de representação comercial entre autônomos e seus contratantes se preenchidos os requisitos da Lei 4.886/65. O STF entendeu que “na atividade de representação

ganhos de eficiência e de empregabilidade trazidos pela terceirização não podem, evidentemente, decorrer do descumprimento de direitos nem muito menos da violação da dignidade do trabalho.”

comercial autônoma inexiste entre as partes vínculo de emprego ou relação de trabalho, mas relação comercial regida por legislação especial (Lei nº 4.886/65).

Assim, seria possível concluir que o E. STF não excluiu a competência da Justiça do Trabalho para analisar as hipóteses em que a Lei nº 11.442/2007 é utilizada para fraudar ou mascarar uma relação de emprego propriamente dita, com todos os elementos fático-jurídicos previstos na CLT.

No mesmo sentido da ADC nº 48 e da ADI 3961, o E. STF julgou também o AG.REG. Reclamação 43.544, em 17 de fevereiro de 2021, reafirmando a tese de que as relações regidas pela Lei nº 11.442/2007 possuem natureza comercial e não trabalhista. Ressaltou que a Justiça do Trabalho não é competente para analisar esses casos, “ainda que em discussão alegação de fraude à legislação trabalhista, consubstanciada no teor dos arts. 2º e 3º da CLT” (Tema 550).

No voto do Redator do AG.REG na Reclamação 43.544, Ministro Alexandre de Moraes, há expressa disposição no sentido de que somente após a constatação de que a Lei nº 11.442/2007 não foi cumprida, em burla à típica relação de emprego, pela Justiça Comum é que o caso deve ser remetido à apreciação da Justiça do Trabalho. Isso significa que todos os processos devem ser remetidos à Justiça Comum, sendo ela, se alegada fraude, a única competente para examinar a preliminar e devolver à Justiça do Trabalho o processo, se constatar fraude na contratação. Mas o TST vem admitindo o exame da preliminar pela Justiça do Trabalho.

Para que os princípios constitucionais da duração razoável do processo e da celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, CR/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CR/88), da eficiência (art. 37, caput, CR/88) e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, CR/88) sejam expressão viva da prestação jurisdicional da Justiça do Trabalho e, em especial, do Tribunal Superior do Trabalho, é necessário que concomitantemente seja assegurada segurança jurídica por meio da previsibilidade das decisões proferidas, com respeito, inclusive, à hierarquia do Poder Judiciário. Isso significa que os precedentes com força vinculante *erga omnes* do E. Supremo Tribunal Federal devem ser observados e aplicados pelo TST e por toda a Justiça do Trabalho.

Não é admissível uma postura de ativismo judicial, sob pena de se colocar em cheque a função de estabilizar expectativas e de garantir a verdadeira justiça social para trabalhadores, empregadores e empreendedores.

Nesse contexto, é precisamente pela forma como a jurisprudência firma orientações normativas que atingem toda a sociedade civil que a segurança jurídica é um tema tão importante. Um Judiciário trabalhista instável, que não observa precedentes e a todo instante cria novas hipóteses de “distinguishing”, tem o potencial de criar um ambiente microeconômico incerto, no qual as empresas passam a ser mais conservadoras e a assumir menos riscos, prejudicando as relações sociais e o desenvolvimento econômico de todo o país.

1.6. Considerações

Na atual conjuntura, é preciso equilibrar a necessidade de protagonismo dos Tribunais Superiores para se garantir uma melhor administração da justiça com a observância das normas processuais que garantem segurança jurídica aos participantes do processo. Essa harmonia é fundamental para uma prestação jurisdicional responsável pelas Cortes Superiores de forma a cumprir sua função pública de uniformizar a jurisprudência a nível federal e garantir estabilidade sobre o que é o Direito.

Nesse sentido, é a observância aos precedentes que irá garantir tanto a isonomia de tratamento a casos semelhantes, quanto a tão almejada segurança jurídica, em especial em uma sociedade movida por transformações tecnológicas, que compreendem o avanço da inteligência artificial e que tem alterado o perfil da prestação de serviços, da contratação e a natureza dos vínculos estabelecidos.

Capítulo 2

CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL EXACERBADO

Nelson Mannrich

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Membro e presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e Presidente da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho. Coordenador do GETRAB-USP. Advogado sócio do escritório Mannrich e Vasconcelos Advogados.

2.1. Introdução

AJustiça do Trabalho deve sinalizar para a sociedade segurança jurídica e previsibilidade das decisões, especialmente em tempos em que segurança jurídica parece conviver com insegurança jurídica.

Queremos consolidar nosso Estado Democrático de Direito, em que os poderes sejam independentes e harmônicos entre si, sem a prevalência de um poder sobre o outro. Talvez seja esse um dos caminhos para também consolidar nossa democracia, que ainda está em processo de construção. Afinal, queremos a estabilidade das nossas instituições.

Neste capítulo, pretende-se lançar luzes sobre um tema recorrente: as razões pelas quais o Judiciário vem invadindo competências do Poder Executivo e Legislativo, na tentativa de legitimar a judicialização de temas ligados a direitos fundamentais. Por óbvio, limito-me à Justiça do Trabalho, na condição de advogado trabalhista.

Para enfrentar esse tema tão fascinante e, ao mesmo tempo, perturbador, em tempos de ativismo político e de populismo, seja de esquerda, seja de direita, cuja intransigência gera a pior forma de cegueira, tenho como ponto de partida apenas constatações, sem qualquer juízo de valor, a partir de casos concretos – embora as escolhas que farei dos casos que pretendo examinar sinalizem minha visão de mundo.

Muitos aplaudem e incentivam o novo papel que pequeno grupo de magistrados vem assumindo; outros fazem duras críticas, inconformados com o ativismo exacerbado e extremamente politizado.

Não sou especialista em ativismo judicial nem em judicialização da Justiça, mas acompanho há muito tempo a atuação do judiciário trabalhista, onde encontro a fonte dos meus conhecimentos renovados.

Não consigo imaginar o poder que esse grupo de juízes ainda pretende conquistar, mas precisamos refletir sobre esse protagonismo que vem assumindo ultimamente, em detrimento dos demais poderes, e ver até que ponto é possível estabelecer parâmetros para que o magistrado permaneça no limite imposto pelo § 2º, do art. 8º, da CLT, segundo o qual súmulas e enunciados não podem restringir direitos nem criar obrigações, o que inclui o ato criativo da sentença.

Estou convencido de que está na hora de nos perguntarmos que lições podemos tirar desse modelo que nos incomoda, bem como o motivo pelo qual nos incomoda.

Para tanto, há necessidade de se investigar as raízes mais profundas desse movimento e, a partir desse diagnóstico, fazer um contraponto a esse movimento radical de judicialização social que vem se alastrando em parte de nossos tribunais.

Por meio da sentença, esses magistrados não apenas imprimem sua digital ideológica, como substituem quem recebeu voto no regime democrático para fazer políticas públicas, por meio de pretensa justiça distributiva.

Portanto, não se trata de estancar o ativismo judicial, mas de entender como ele funciona e se expressa, para que essa força fantástica não comprometa a construção de uma democracia ainda não consolidada.

Para enfrentar esse tema tão complexo e tão fascinante, penso que se deveria refletir sobre a trajetória do Direito do Trabalho, na construção e consolidação dos direitos dos trabalhadores, sua expansão e sua constitucionalização e como evoluiu a teoria da interpretação, para assim entender melhor como o judiciário, em especial o judiciário trabalhista, acabou assumindo protagonismo em face dos demais Poderes.

Por essa razão, a presente exposição divide-se em três partes: na primeira, contextualização do tema; na segunda, um recorte histórico da construção dos direitos sociais para, assim, refletir, ainda que de forma superficial, a respeito da técnica da interpretação. Por fim, na terceira parte, o exame de algumas decisões trabalhistas paradigmáticas.

2.2. Contextualização

Percebe-se que, de uns tempos para cá, o Judiciário invadiu competências dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo judicializadas questões fundamentais à revelia do texto legal.

Na onda do neopositivismo e de atribuições que o voto popular não lhes deu, muitos juízes, ao julgar o caso concreto, preferem fundamentar suas sentenças em argumentos filosóficos e em princípios constitucionais abstratos, como igualdade, dignidade da pessoa humana, entre outras questões controvertidas. Com isso, em verdadeiro processo de criação do Direito e, ao dar sentido a essas expressões vagas e extremamente fluidas, acabam retratando a visão de mundo que têm e que pretendem impor, como se tivessem vontade política ou fossem eleitos pelo povo para tanto.

Às vezes penso que esse movimento envolvendo ativismo judicial parece partir de uma teoria da conspiração, levando alguns magistrados de forma concertada a seguir alguma estratégia. De um lado, como estratégia de defesa da Justiça do Trabalho, ameaçada de suposta extinção e retirada de seus poderes – e, por que não dizer, de privilégios de magistrados; de outro lado, como instrumento de defesa dos próprios trabalhadores contra investidas do capitalismo dito selvagem, que apenas retira direitos históricos e precariza as condições de trabalho, numa escalada de retrocesso social.

Defendem, enfim, que as reformas neoliberais, dos anos 1990, inclusive a de 2017, não passaram de estratégia capitalista para enviar aos trabalhadores a conta que as empresas suportaram e continuam suportando em função das crises econômicas. Dessa forma, em tempos de precariedade dos empregos, desaparecimento do antigo modelo de produção e supostos processos mágicos de ocultação do empregador e substituição do Direito do Trabalho por um “direito do mercado de trabalho”, impondo mudanças de paradigma, sustentam que caberia ao magistrado do trabalho atuar intensamente, inclusive com investidas contra a empresa.

Sua atuação estaria legitimada, enfim, em face da omissão do Poder Legislativo e mesmo de desregulamentação do próprio Poder Executivo ou de sua omissão.

Pode ser que haja um pouco de tudo isso e eu não tenha conseguido captar as razões para esse ativismo, mas desde logo quero deixar registrado o meu mais profundo respeito pela Justiça do Trabalho e por todos os seus ilustres integrantes, com muitos dos quais convivo há mais de quatro décadas. Os magistrados que integram as Cortes trabalhistas são vocacionados e respeitados pela cultura, dedicação e ética com que atuam.

Portanto, estou me referindo a um pequeno grupo de juízes que coloca a ideologia à revelia do ordenamento jurídico, para exercer a jurisdição social com vistas a “resgatar” o trabalhador de suposta exploração capitalista.

Ninguém tem dúvidas de que devem ser assegurados os direitos fundamentais aos trabalhadores, mas sua interpretação deve levar em conta o ordenamento jurídico, com base nos princípios que os fundamentam, o que limita o espaço do julgador e torna previsível o julgamento, em nome da necessária segurança jurídica.

Isso porque é tarefa do legislador fazer as escolhas das políticas públicas na construção de uma sociedade justa e solidária. Essa não é atribuição do magistrado.

2.3. Trajetória da construção dos direitos dos trabalhadores

Antes do que conhecemos hoje a respeito das relações de trabalho subordinado, os vínculos formavam-se de forma não voluntária, como ocorria com trabalho escravo e mesmo com o trabalho no regime da servidão.

A construção do Direito do Trabalho partiu do reconhecimento da vontade para formação do vínculo. Nesse contexto, o contrato passou a ocorrer no âmbito da dependência, sujeitando-se o empregado ao poder do empregador.

Assim, contrato de trabalho consistia na convivência da liberdade com o contrato de submissão, com imposição de limites à autonomia da vontade, segundo Adrian Goldin¹, de quem retiramos parte dessas observações.

Nessa primeira fase do Direito do Trabalho, eram assegurados direitos relacionados às condições de trabalho, não necessariamente a direitos voltados ao trabalhador como cidadão ou pessoa humana.

Com o término da Segunda Grande Guerra, observou-se expansão daquele catálogo básico de direitos e a sociedade passou por mudanças profundas. Os direitos fundamentais tomaram novo vigor, avançando-se além daqueles direitos consagrados inicialmente na Constituição de Querétaro - México, de 1917, e na Constituição de Weimar - Alemanha, de 1919.

Esse alargamento dos direitos ocorreu com a Constituição francesa, de 1946, e mesmo com a Constituição Italiana, de 1948, para exemplificar. Dessa forma, passa-se a consagrar enorme gama de direitos fundamentais. Isso não ocorreu apenas com nossa Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, mas também com Constituições de muitos países da América Latina, no âmbito do fenômeno denominado “laboralização do Direito do Trabalho e sua constitucionalização”, nas palavras de Antonio José Moreira². Para o autor, esse movimento também ocorreu em Portugal. Na Espanha, em particular, o Tribunal Constitucional é tido como o Tribunal Constitucional do Trabalho³, pois, diferentemente do que ocorre na América Latina, no direito espanhol, o chamado “bloco constitucional trabalhista encontra-se positivado na Constituição, no contexto da democracia”, segundo Antonio Baylos Grau.

Como se vê, percorreu-se longo caminho, do Estado Liberal até se chegar no atual Estado Social de Direito e na chamada jurisdição social do trabalho.

É verdade que alguns direitos fundamentais já eram consagrados, em especial a liberdade e certos direitos políticos. Passou-se dessa matriz para o que atualmente se conhece como direitos fundamentais dos trabalhadores.

Antonio Baylos Grau dá algumas pistas para se entender as bases da ideologia que tanto se arraigou na América Latina, em especial no Brasil, servindo de diretriz para certo grupo de ativistas.

Entre diversos outros argumentos, ainda segundo Antonio Baylos Grau, o Direito do Trabalho surgiu num contexto de legitimação da ordem econômica e, ao mesmo tempo, de

1 - Conf. a respeito, GOLDIN, Adrian. *In Derecho del Trabajo y Protección Social em América Latina; rasgos y tendencias*. Conferência proferida por ocasião do Congresso Regional Americano, em São Paulo, outubro de 2022.

2 - MOREIRA, Antonio José. Estudos em homenagem a Martins da Cruz – in memoriam. Direito do Trabalho, Mandamentos e Questões Eternas. Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2020 (separata)

3 - Id. Ib. MOREIRA, Antonio José.

determinados direitos do trabalhador, posicionando-se em face de questões econômicas impostas pelo livre mercado, quando se observava exploração, submissão e indignidade do trabalhador. Para ele, a Constituição, ao conferir valor político ao trabalho, impulsionou diversas ações junto aos poderes públicos na construção de um espaço onde a empresa exerce o poder diretivo. Houve necessidade política para a construção democrática pós-liberal, para conferir harmonia da chamada constituição econômica com a constituição social, porque o antagonismo estava entre Estado e empresa, não entre Estado e mercado, daí a posição subalterna dos sindicatos, que contavam com a capacidade normativa do Estado, fenômeno até hoje presente na América Latina.

Mas, não se trata apenas de uma “doutrina” ou de fanatismo, como alguns mais duros críticos preferem. Nesse movimento de consolidação da democracia, mais que frio aplicador da lei, para Luiz Roberto Barroso, o magistrado acabou absorvendo “poder político”⁴.

A maior participação do trabalhador na vida política, sua maior escolaridade, o movimento de maior inclusão social e diversas questões envolvendo diversidade, entre tantos outros fatores, a par da extensa gama de direitos de toda ordem, fizeram explodir a judicialização, expandindo e valorizando o próprio Judiciário, que passou a atuar intensamente, muitas vezes em face da omissão dos demais poderes.

Não bastasse isso, o modelo brasileiro de duplo controle de constitucionalidade – seja o de controle incidental e difuso, segundo o qual “qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar a lei em determinado caso concreto, caso a considere inconstitucional”, seja o de controle concentrado, levando-se imediatamente ao STF certas matérias (art. 103, da CF/88) – também contribuiu para o protagonismo do STF, de modo particular, e, por extensão, dos magistrados do trabalho, na interpretação e aplicação da Constituição, inclusive no papel de concretizar políticas públicas.

Há consenso generalizado, embora discutível, no sentido de que o STF vem desempenhando papel ativo na vida institucional do país. Segundo ainda Luiz Roberto Barroso, certas decisões ora provocam aplausos, ora críticas⁵. Para o autor, não se trata de movimento isolado. Observa-se tendência generalizada nas Cortes de diversos países, protagonistas de decisões de cunho político, na implementação de políticas públicas ou escolhas morais relativas a temas controvertidos⁶.

O sistema de interpretação tradicional, que limitava o juiz ao espaço da lei, era tido como sufocante, pois fechava a janela para a vida, na lição de Claude du Pasquier⁷.

Esse legalismo rígido e certo desprezo pelas construções jurídicas levavam a julgamentos injustos – *summum jus, summa injuria*. Houve oposição da sociedade ao imobilismo da lei.

Assim, a subsunção mecânica da teoria positivista, do século XIX, quando o texto era equiparado à norma, foi revista pela dogmática positivista do século XX, passando o intérprete a ter papel criativo. Mas, com a exclusão da teoria da interpretação, o intérprete foi remetido ao domínio da política do Direito, provocando reações a essa contribuição do positivismo jurídico. Daí porque o intérprete passou a “abordar o fenômeno interpretativo de um modo abrangente, não exclusivamente dedicado à exegese do texto jurídico”, segundo Elival da Silva Ramos⁸.

4 - Conf. BARROSO, Luiz Roberto. A Democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. O autor aponta, ainda, o populismo, o extremismo e o autoritarismo são responsáveis pelo chamado processo histórico de recessão democrática. <https://cebri.org/revista/br/artigo/23/a-democracia-sob-pressao-o-que-esta-acontecendo-no-mundo-e-no-brasil> - Acesso em: 20/10/22.

5 - BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In Sufragium. Revista do Tribunal Eleitoral do Ceará, vol. 5, n.8, Ano 2009.

6 - Idem, p. 11.

7 - DU PASQUIER, Claude. *Introductioon à la théorie Générale et à la phiilosopuie du Droit*. Paris, Delachaux e Niestlé, 1979, p. 191.

8 - RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2021, p. 138 e ss.

2.4. Decisões Trabalhistas Paradigmáticas

Aqui apresento um breve recorte, selecionando apenas três decisões paradigmáticas, entre tantas, em vista da brevidade do tempo. Tais decisões têm forte repercussão na seara trabalhista, sejam proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sejam pelo Tribunal Superior do Trabalho, e retratam, de alguma forma, o ativismo judicial acima referido

2.4.1. STF - ARE 1.121.633 (Tema 1046 de repercussão geral)⁹

Nessa decisão, discute-se tema extremamente polêmico: a prevalência ou não do negociado sobre o legislado. Ou seja, se os atores sociais, em sede de negociação coletiva, podem ou não contrariar o disposto em lei.

A tese jurídica do tema 1046, está assim redigida:

São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que **respeitados os direitos absolutamente indisponíveis**.

A escolha desse tema para abrir esta terceira parte tem a ver com a resistência do judiciário trabalhista em relação à autonomia privada coletiva e certa desconfiança da Justiça do Trabalho na capacidade dos atores sociais de resolver seus próprios conflitos. Com isso, o não reconhecimento da negociação coletiva como instrumento transformador se apresenta como entrave à modernização das relações de trabalho.

O tema 1046 é oriundo de decisões trabalhistas que invalidaram instrumentos coletivos com cláusulas afastando o hoje revogado artigo 58, §2º, da CLT, envolvendo horas *in itinere*.

Há diversas barreiras envolvendo o tema 1046. Cito apenas duas:

a) Nossa cultura do império da lei, em que a negociação coletiva se apresenta como mera coadjuvante da legislação. Nosso modelo é o legislado, com pouco espaço para os atores sociais resolverem conflitos envolvendo condições de trabalho. Não bastasse, sem liberdade sindical, os sindicatos não têm a necessária representatividade para tornar a negociação coletiva verdadeira instância de solução dos conflitos de natureza econômica.

b) A força do princípio da norma mais favorável. Há quem defende que é papel da lei estabelecer balizas de proteção, não cabendo à negociação coletiva *reformatio in pejus*, apenas alterações *in mellius*. No entanto, essa regra da norma mais favorável se aplica às relações individuais, não às coletivas, onde se observa lógica diferente.

É possível ainda considerar duas posições centrais para enfrentar esse debate, no plano coletivo.

a) De um lado, é sempre desigual a relação entre empregado e empregador, mesmo quando o trabalhador é representado pelo sindicato.

No entanto, ainda que distinta a lógica que se observa nas relações individuais de trabalho, em face das relações coletivas, há um *núcleo duro* de direitos, consagrados pelo legislador, que não está sujeito à negociação. Nesse espaço vedado à negociação encontra-se a chamada ordem pública – os bens e valores que a sociedade deve preservar. Admite-se apenas ampliação dessas vantagens indisponíveis. Ou seja, não é possível negociação coletiva contrariar norma de ordem pública.

⁹ - ARE 1121633, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO. Aguarda-se publicação de acórdão.

b) De outro lado, o Estado reconhece a autonomia privada coletiva da qual resulta a capacidade de negociar condições de trabalho por meio de acordos ou convenções coletivas.

O STF pacificou em parte essa questão: de um lado, fez valer o disposto no inc. XXVI, do art. 7º, da CF/88 – que a reforma de 2017 explicitou de forma didática nos art. 611-A e 611-B, da CLT – e, de outro, a expressão “respeitados os direitos absolutamente indisponíveis” acabou gerando enorme insegurança. Isso porque não se sabe quais exatamente são esses direitos “absolutamente indisponíveis”, podendo o juiz do trabalho, em determinado caso concreto, simplesmente anular cláusula de instrumento normativo, invocando esse precedente. No entanto, a reforma de 2017 relacionou os direitos indisponíveis, no art. 611-B, da CLT, não devendo haver margem de dúvida a respeito disso.

2.4.2. Subordinação estrutural

Criou-se a figura da subordinação estrutural, como expediente para alargar as fronteiras a serem alcançadas pela CLT, inclusive no âmbito da terceirização, o que acaba gerando enorme insegurança jurídica pela abertura a interpretações extremamente subjetivas. Isso porque o fato de o trabalhador se encontrar na dinâmica da atividade do empregador não gera, por si só, os requisitos para configurar a condição de empregado. A CLT estabelece os requisitos para sua caracterização, entre eles a subordinação. Esta decorre de relação pessoal, que implica receber ordens diretas do empregador, não do mero fato de se encontrar em certa dinâmica de cadeias produtivas.

Como se vê, há um esforço da Justiça do Trabalho, em algumas decisões, para elastecer o conceito de subordinação, reconhecendo vínculo de emprego, em especial quando verificada a denominada “subordinação estrutural”.

Para ilustrar esse novo espaço do ativismo judicial, pode-se invocar, no contexto das plataformas digitais, o RR-100353-02.2017.5.01.0066. Nessa decisão, a 3ª Turma, do TST, equiparou subordinação estrutural à subordinação prevista na CLT, para fins de reconhecimento de relação de emprego¹⁰.

Cabe ao Direito do Trabalho o papel de proteger os trabalhadores, não apenas os empregados. Para tanto, deverá o legislador criar regras específicas, levando em conta os particularismos desses novos trabalhadores, não sendo razoável partir do pressuposto de que sejam empregados ou que trabalhem com subordinação.

2.4.3. Dispensa coletiva e negociação sindical (STF - RE 999.435 - Tema 638 de repercussão geral)¹¹

O Brasil adotou o regime de dispensa arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização tarifada¹². Nessa lógica, a dispensa do empregado corresponde a direito potestativo do empregador, ressalvadas as hipóteses de estabilidade, garantia de emprego, dispensas discriminatórias, entre outras, que inibem o exercício desse poder patronal.

10 - “Nessa linha, conf. a Lei n. 12.551, de 15.12.2011, que deu nova redação ao *caput* do art. 6º da CLT e acrescentou novo parágrafo único. “[...] Foram incorporados, implicitamente, os conceitos de subordinação objetiva e de subordinação estrutural, equiparando-os, para os fins de reconhecimento da relação de emprego, à subordinação tradicional (clássica), que se realiza por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 11/04/2022).

11- (RE 999435, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-184 DIVULG 14-09-2022 PUBLIC 15-09-2022)

12 - Art. 7º, inc. I, da CF/88

Nossa legislação nunca fez distinção entre dispensa individual e coletiva, o que foi reafirmado pela reforma de 2017, ao equiparar as dispensas individuais, plúrimas e coletivas, para todos os efeitos (art. 477-A, da CLT). Ocorre que vem tomado corpo o debate em torno da rerratificação da Convenção 158, da OIT, tema ainda pendente de decisão junto ao STF.

Como se vê, o que se pretende examinar, no âmbito do ativismo judicial, é qual o grau da intervenção sindical exigido quando da dispensa em massa e qual seu efetivo papel, em confronto com o poder do empregador de resilição contratual.

A tese jurídica do tema 638 está assim redigida:

A intervenção sindical prévia é exigência procedural imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo.

Como se vê, o próprio STF, que tanto combate a criação de direitos não previstos em lei, pelo Poder Judiciário, criou obrigação da interveniência sindical prévia. O artigo 477-A, da CLT, acima referido, não prevê qualquer “exigência procedural” para efetivação da dispensa coletiva.

Essa questão passa pelo aclaramento de alguns conceitos. Qual o significado de dispensa coletiva? É sinônimo de dispensa em massa? Qual o objetivo da participação sindical: impedir a dispensa, oferecer um “plano social” além dos direitos consagrados ao trabalhador dispensado ou encontrar solução alternativa à dispensa? Qual o prazo que as partes têm para negociação? Quais os critérios para escolha do empregado a ser dispensado?

Nesse contexto, não se poderia desprezar o exame do direito comparado, em especial da União Europeia em suas diretivas específicas a respeito de dispensa coletiva, e a partir daí construir regras claras e assim oferecer ambiente seguro e previsível em matéria de dispensa coletiva.

2.5. Considerações

Houve neste capítulo a tentativa de se fazer um singelo panorama dos desafios enfrentados pelo sistema judiciário, em especial no que se refere à jurisdição social. Penso que devemos apostar, mais do que nunca, no aperfeiçoamento da Justiça do Trabalho e, ao mesmo tempo, em espaços privados para solução dos conflitos, como mediação e arbitragem.

Além disso, sem menosprezar conceitos fundamentais, deveria a sentença fundar-se na ordem jurídica vigente, mas que em princípios abstratos e em conceitos abertos, com vistas à necessária segurança jurídica.

Há necessidade de se prestigiar a negociação coletiva – como instrumento de solução de conflitos coletivos de trabalho – em especial conflitos de interesse ou de natureza econômica. Nesse sentido, há propostas interessantes de se implantar a chamada “negociação plena”, ou seja, deveriam os atores sociais não apenas criar as regras, como também estabelecer procedimentos para sua governança e solução direta de eventuais conflitos. Tal modalidade de negociação, no entanto, está atrelada à efetiva implantação do regime de liberdade sindical, sem adjetivos, o que parece muito distante.

Por outro lado, não se pode ignorar a importância do diálogo social. Deve não apenas ser estimulado, como se deveria acreditar ser esse um caminho possível para o aperfeiçoamento e modernização das relações de trabalho e sua constante atualização por meio de reformas. Estas não resultam da cabeça iluminada de um magistrado ou de um legislador ou governante de plantão, mas do verdadeiro diálogo social.

Impõe-se, por fim, a preservação do Estado Democrático de Direito e a serena consolidação da democracia, respeitando-se a divisão de poderes, sem protagonismo ou predomínio de nenhum poder sobre o outro.

Isso porque não podemos construir uma democracia sólida sem o respeito incondicional à Constituição e às leis e sem a necessária independência e harmonia dos poderes da República. Não podemos permitir que a “juristocracia” sufoque nossa democracia, em detrimento do império da Lei.

Capítulo 3

REFLEXÕES SOBRE A DIFÍCIL CONCILIAÇÃO ENTRE LIBERDADE ECONÔMICA E OS DIREITOS SOCIAIS: A POSSÍVEL SOLUÇÃO NA ORGANIZAÇÃO DA INDÚSTRIA 5.0

Thereza Christina Nahas

Pós-doutora e Doutora pela Universidad Castilla La-Mancha (campus Albacete/Espanha); Doutora pela PUC/SP; Académica titular da Cadeira nº43 da ABDT; Juíza do Trabalho (TRT/SP); Professora colaboradora da Universitat Oberta de Catalunya; Professora Visitante na Faculdade de Direito de Milão no programa de doutorado; Professora visitante na PUC/RS e Professora convidada na PUC/SP.

Pretendo trazer algumas reflexões sobre a possível conciliação entre a liberdade econômica e a liberdade ao trabalho no contexto brasileiro, em um tempo em que as organizações empresariais passam por mudanças profundas e há novos tipos de relações que vão surgindo dia a dia, animadas e orientadas pelo uso da tecnologia da informação e da comunicação. A internet viabiliza uma grande movimentação de negócios, pessoas e capitais e, obviamente, de trabalhadores com expectativas que muitas vezes não coincidem com aquelas que a legislação lhe reserva e impõe. Fundado nestes novos interesses e na necessidade de se garantir a dignidade da pessoa humana é que surge o modelo da indústria 5.0¹, através de um programa estudo e que se vem implementando na União Europeia e que acredito que possa ser uma das soluções para conciliação entre os interesses empresariais e laborais.

A busca por esta conciliação talvez possa parecer um tema novo, mas, na verdade, remontamos a Marx, que já tinha a pretensão de tentar harmonizar o desenvolvimento econômico o social. A partida da teoria marxista está fundada da necessidade e na diferença entre dois processos, o processo de produção e o processo de trabalho.

O que Marx analisou foi justamente a transformação da economia manufatureira para a indústria de escala maiores, produzida a partir do processo de transformação nas organizações empresariais por conta de uma revolução muito semelhante àquela que estamos vivendo neste século XXI. Sustentou a necessidade de se tutelar o trabalhador para que sua dignidade não sucumbisse frente aos processos de produção e a economia capitalista. A exploração da energia e do carvão impactava as relações de trabalho e viabilizava a exploração da mão de obra justamente pela transformação da sociedade em todos seus aspectos, marco histórico este que permitiu a grande abertura dos processos econômicos e de negócios globais. O produto e serviço passou a ser direcionado para o consumo em larga escala e a ganância crescia na mesma ordem que a ânsia pelo consumo.

O que se observa é que, embora tenhamos um século separando (permita-me a expressão) a velha e nova economia, é que chegamos à indústria 5.0 com dúvidas, discussões e propostas que guardam a mesma preocupação do primeiro processo da chamada revolução industrial: quais as medidas e soluções para que a evolução tecnologia e a transformação empresarial e de negócios, não viole direitos fundamentais e não confronte com a liberdade de trabalho e a proteção ambiental.

Tradicionalmente a natureza da relação de trabalho foi dividida entre dois polos, quais sejam, trabalho por conta própria e alheia (subordinação ou autonomia). Considerando as peculiaridades da relação de trabalho subordinado, a dependência e desigualdade da negociação entre o trabalhador e o tomador da mão de obra é que a tutela da proteção ao trabalhador deitou-se sobre a relação entre capital e trabalho, inclusive a nível da Organização Internacional do Trabalho (por sua sigla, OIT), de modo que o trabalhador autônomo, parece ter ficado esquecido passando a ocupar as zonas cinzentas do direito do trabalho. Tal fato comprehensível se considerarmos toda

1 - European Commission: Indorme Industry 5.0 – Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry, (Janeiro,2021). Disponível em: [industry 5.0-KIBD20021ENN.pdf](#). Acesso em: nov. de 2022.

a história do direito do trabalho e a necessária dependência do trabalhador ao empregador e aos métodos e meios de produção que não lhe pertenciam, mas sim, eram organizados por quem detinha o poder econômico.

As deficiências de um sistema jurídico protetor e as várias possibilidades de que a exploração da mão de obra ocorra das mais diversas formas, especialmente as não previstas, e provenha de distintos segmentos que não somente o empresarial, implicou na deturpação de alguns tipos jurídicos como, por exemplo, a figura do próprio microempreendedor. Portanto, o insuficiente sistema jurídico nacional, que marginaliza relações de trabalho que não sejam subordinadas e dependentes, impulsiona o trabalhador, por necessidade ou livre opção de não ver-se sujeito ao sistema inflexível da legislação laboral, a revestir-se da roupa de pessoa jurídica.

O mais curioso do sistema que tem sido criado pela nossa legislação ineficiente e discriminatória, é que tais trabalhadores ao mesmo tempo que têm a consciência de que são trabalhadores dependentes, acabam por acreditar que são empresários de si mesmo, isto é, intitulam-se empresários de seus próprios negócios, mas não têm a consciência de todas obrigações que a atividade empresarial reclama e, quando se dão conta dos deveres empresariais, reclamam a posição de empregados subordinados, posição esta que lhe confere várias decisões judiciais. Na verdade, há de se reconhecer, que nada mais representam que uma peça a mais no puzzle do quadro daqueles que carecem da proteção social, de informação e de formação.

O direito deve se preocupar não somente com o trabalhador por conta alheia, para o qual há um enorme leque de proteção na legislação brasileira, mas especialmente com os tipos que surgem no movimento que vem sendo realizado pelos próprios trabalhadores que não se ajustam as rígidas normas contatuais que foram ditadas pelos mais distintos Estados Ocidentais e, pra tanto, refiro-me ao nosso País em que aqueles que não sejam trabalhadores com registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (por sua sigla, CTPS) e que não tenham que apontar suas jornadas nos controles de ponto, estão desprotegidos, ignorados e marginalizados, havendo um movimento que pretende enquadrá-los no contrato de adesão celetista, sem que se de ao trabalhador a opção, conhecimento e formação de buscar aquilo que seja mais coerente com suas aspirações e, sem uma análise do impacto que isso poderá causar no mercado de trabalho nacional.

O que se pode analisar naquele processo de produção que alavancou o capitalismo e que serviu para traçar a diferença que Marx defendeu entre o processo de produção e o processo do trabalho é que na verdade a estrutura da relação entre trabalhador e empregador e os anseios dos trabalhadores não sofreram, no núcleo negocial, mudanças radicais. Ou seja, a relação entre o prestador da mão de obra (trabalhador) e o dador do trabalho (aqueles que detém os meios de produção), segue linear.

A vantagem auferida pelo trabalhador é a remuneração e condições contratuais pactuadas de forma livre ou impostas por lei. O sistema de proteção desenvolvido para a tutela do trabalhador desenvolveu-se nas sociedades democráticas de modo que, pode-se dizer, há uma estrutura a nível nacional e internacional a que o Brasil se agrega, que zela pela dignidade do trabalhador.

Não obstante, o instrumento regulador da relação de trabalho no Brasil, continua a ser a CLT, fruto da imposição ditatorial dos anos 1940 e de um governo centralizador a quem não interessava a autonomia laboral individual e coletiva. A CLT é uma carta corporativa e autoritária. Resulta de dois fatos importantes: (i) a Revolução de 1932; (ii) a CF de 1937. A subida de Getúlio Vargas ao poder inaugurou no Brasil um paternalismo exacerbado. Getúlio tinha pressa de fazer tudo e em pouco tempo e agraciava a todos que cumprissem suas ordens. Toda orientação vinha de cima e todos obedeciam cegamente:

Substituía-se o Estado aos trabalhadores e aos sindicatos, encampando-lhes o movimento dentro da lei e da ordem, mas sufocando-lhes as livres e espontâneas manifestações reivindicatórias. Duas coisas nasciam: o paternalismo estatal. O peleguismo que tão negativas consequências viriam a ter na direção do movimento social brasileiro até hoje, que, com raras exceções perdem a sua autenticidade (...) não escondiam os técnicos do Ministério do Trabalho a adoção desta filosofia paternalista, vendo no trabalhador um permanente

tutelado, pelo qual pensavam, e proibiam de pensar criticamente ao que lhe era dado.²

Este é o modelo que neste século XXI sob mudanças profundas na organização empresarial e num mundo cada vez mais globalizado, é que as relações de trabalho são negociadas e sob o diploma que o Judiciário fundamenta as decisões daqueles que levam suas pretensões para que o Estado pacifique conflitos. E sobre este diploma que cada dia mais a insegurança jurídica e as decisões conflitantes se formam e a via pela qual muitas vezes se viabilizam importantes ações fraudulentas.

Por outro lado, no cenário internacional, há um crescimento cada vez mais intenso sobre a importância da questão social, da inclusão de contratos de trabalho atípicos e da necessária harmonia e coordenação entre o desenvolvimento social e econômico, com observância a direitos fundamentais mínimo do trabalhador qualquer que seja a sua condição.

Ressalto, por exemplo, o Convênio 190 publicado pela OIT e não ratificado, até o momento pelo Brasil³, que se mostra como um marco na proteção social. Pela primeira vez, a OIT incluiu no sistema de proteção o trabalhador sujeito à relação de qualquer natureza e independentemente da situação jurídica a que esteja vinculado, isto é, autônoma, semidependente, dependente ou qualquer outra que venha surgir no mundo físico ou virtual.

Não obstante, o sistema jurídico nacional ignora a figura do trabalhador autônomo e as variantes da autonomia, insistindo em estender o manto de proteção social unicamente aquele que esteja vinculada por um contrato de emprego regulado nos estritos limites da CLT, insistindo no trato legal discriminatório e no enorme abismo que se forma no mercado trabalhista, tornando o trabalhador cada vez mais vulnerável e viabilizando cada dia mais artifícios que possam contribuir a maior desproteção e fomentando um ativismo judicial que nada mais faz que trazer insegurança jurídica.

Mas, voltando a análise do nosso sistema de proteção, considerando, ainda, a relação de natureza subordinada, não importa a quem aproveitará o resultado da força de trabalho do prestador de serviços, pois há um sistema de responsabilidade determinado pela lei que garante ao trabalhador (subordinado) o cumprimento das obrigações pactuadas, seja por quem o contratou diretamente ou por aquele que ficará com o resultado força de trabalho despendida.

Há que se reconhecer, por fim, que muito se avançou no sistema de proteção destinado à relação de trabalho subordinada no nosso país, faltando, repito, um longo caminho a ser percorrido pelo sistema jurídico para a inclusão de outros tipos de trabalhadores. Não obstante, a dialética da força de trabalho e a sua incorporação pelos meios de produção, o que se pode concluir é que não se alterou aquilo que o empresário capitalista “comprava”, isto é, a força de trabalho; e o que o trabalhador se dispõe a vender, que é a sua força de trabalho. O trabalhador é parte dessa grande engrenagem do processo de produção e serviço.

A pergunta que devemos fazer neste conturbado ambiente que estamos vivendo no país, em que cada dia mais crescem decisões e soluções absolutamente contraditórias é: que tipo de futuro pretendemos para o direito do trabalho?

O processo de produção e de trabalho se aperfeiçoaram e a relação entre trabalhador e empregador tem se mostrado cada vez mais difusa, global e fracionada. Os nômades globais⁴ crescem a cada dia mais e não somos capazes de ter um sistema satisfatório para regulamentar o teletrabalho, o que tem causado enormes fugas e descontentamento entre a massa trabalhadora que se vê, esmagada, neste pós-pandemia, pela dificuldade de mobilidade urbana, impossibilidade de conciliação entre a vida privada e laboral e o aumento da poluição ambiental.

2 - MORAES FILHO, Evaristo de, citado por SAYAO ROMITA, Arion in *Temas de Direito Social*, Ed. Livaria Freitas Bastos, 1984, p. 134.

3 - Esse artigo foi fechado no dia 20/4/2023.

4 - SIERRA BENÍTEZ Esperanza Macarena, La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales, e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS) 2021 Vol. VI N.º 2, disponível em <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social> <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> , Editorial Universidad de Sevilla 2021

Os avançados meios e as técnicas de inovação que foram viabilizados pelo uso da tecnologia da informação e comunicação (por sua sigla, TIC), somados aos anseios da sociedade de consumo, não permitem que se possa pensar no direito do trabalho nos estritos limites da CTPS e da CLT.

A quebra de barreiras físicas e a maior mobilidade que se assiste de pessoas, serviços e bens, acirra a concorrência que antes eram locais e agora passam a ser globais. Há interferência de uma atividade em outra, em escalas de produção e serviços em maior ou menor escala que se entrecruzam regionalmente ou globalmente. As cadeias de produção e serviços virtuais são cada vez mais difusas e reclamam processos de proteção globais.

Não é o trabalho entre quatro paredes e os espaços internos da empresa que vão dar o tom regional daquilo que se produz e dos serviços que se prestam na atualidade. O mundo está cada vez mais interconectado e o direito do trabalho mostra-se entrelaçado e condicionado a outras matérias que não são de natureza tipicamente afetas ao negócio jurídico que forma a relação trabalhista. Ou seja, a relação de trabalho não está mais vinculada àquela relação de contrato de trabalho que foi desenhada na CLT. Vai além e reclama uma rápida transformação nos diversos sistemas de proteção e regulamentação, inclusive para que se possa tutelar a própria organização empresarial e o ser humano.

É certo que a prestação de serviços em si, isto é, o ambiente físico em que o trabalhador desenvolve sua atividade, será sempre local, o que não quer dizer que o tomador do trabalho ou resultados desta prestação de serviços seja regional. Muitas vezes é difícil identificar cada elo da difusa e complexa linha de produção localizadas em diversos pontos distintos do planeta. E elas se interconectam para um produto ou serviço final em uma linha de organização empresarial difusa, que não se sabe onde começa e onde termina. Mas, nela, sempre haverá um ponto final no consumidor que muitas vezes está disposto a adquirir e usufruir do produto.

O fenômeno da descentralização produtiva é um típico fenômeno que teve início com o modelo Toyota, incrementou-se na década de 1970 com a crise do petróleo posto que chegamos a 2018 com a discussão sobre a legalidade da terceirização e a existência (ou não) de outros tipos contratuais de relação de trabalho, através do julgamento da ADPF 324, quanto o RE 958.252 pelo STF, sobrevivendo a redação da Súmula 331 do TST⁵, não obstante a declaração do Tribunal Constitucional e a pacificação do entendimento de que o direito do trabalho nacional deve modernizar-se. Coincidentemente estamos discutindo, no momento deste Congresso, a necessidade do retorno ao trabalho presencial num momento em que a crise pandêmica demonstrou que o teletrabalho reduz custos, é um importante instrumento para reduzir desigualdades e incluir grupos vulneráveis, reduz a poluição e melhorar a condição ambiental e permitir que o trabalhador possa compatibilizar sua vida privada e laboral.

Ao invés de investirmos em propostas para avançar, seguimos sempre defasados em 30, 40, 50 anos comparados aos países mais desenvolvidos econômica e socialmente, não obstante assistimos a vários discursos falaciosos sobre a tutela do ser humano e do trabalhador.

Muitos discursos giram em torno de metaverso e algoritmos quando insistindo na defesa CLT como instrumento de proteção ao trabalhador e condenando qualquer outro tipo de relação

⁵ - Súmula 331/TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Observação: (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

contratual que possa existir. Além do que, a atividade econômica ainda é tratada como uma vila ou um agente a espreita de causar prejuízos ao trabalhador, enquanto não confiamos na ação sindical independente e autônoma. Seguimos com o mesmo argumento de que apenas um núcleo central do Estado seria capaz de salvar e tutelar a economia e a sociedade, dispensando o diálogo social e a cooperação interna e internacional.

Após a Segunda Guerra Mundial, começa a chamada Era de Ouro, que serviu à construção de uma teoria hegemônica sobre direitos humanos. Mas esta fase não se perpetuou, não obstante tenha servido a construção de um Estado social e de enormes avanços sociais e econômicos. A crise pandêmica é só mais um capítulo das sucessivas outras crises a que assistimos, de natureza econômica, enquanto aquela, de natureza sanitária.

Entretanto é neste ambiente de crescimento incontrolável da inteligência artificial que parece trazer uma ameaça mais severa que a dos robôs sobre os quais a OIT se pautou em 2019 na declaração do centenário, surge uma proposta da União Europeia em direcionar as organizações empresariais para um mundo mais agregador, isto é, as empresas devem centrar-se no ser humano e a inteligência artificial deve voltar-se a preservação da vida com qualidade. É o modelo da Empresa 5.0 que, a final, tem seus fundamentos, na proposta do trabalho decente da OIT e os *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* de 2011 das Nações Unidas⁶.

Este importante instrumento internacional consiste na fixação de 31 princípios para "Proteger, Respeitar e Reparar", consistindo uma verdadeira rendição de contas das empresas multinacionais no que concerne aos direitos humanos. Trata-se de uma norma para prevenir e reparar a violação a direitos humanos relacionados à atividade empresarial no mesmo seguimento que a Declaração Tripartite da OIT sobre Princípios das Empresas Multinacionais e Política Social⁷. Os princípios estão distribuídos em três grandes capítulos: (i) o dever do Estado em proteger Direitos Humanos; (ii) a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos; (iii) acesso e mecanismos de reparação.

Neste diapasão, a proposta da empresa 5.0 baseia-se em elementos que reconhecem a importância do progresso econômico sem olvidar de aspectos necessários para o pleno desenvolvimento sustentável. Centra-se em cinco elementos. O primeiro, reconhece que são as rápidas transformações e evoluções sociais que têm lugar em todo o mundo. É certo que há muitos benefícios trazidos pela globalização, mas não se pode ignorar as desigualdades sociais que os processos globais trouxeram, criando frágeis estruturas e viabilizando a exploração de recursos naturais e humanos, aumento da poluição e destruição ambiental.

O segundo elemento considerado pela indústria 5.0 refere-se ao estabelecimento de políticas a nível Europeu que possam desenhar estratégias evolutivas para mitigar riscos e trazer benefícios para a sociedade. O acordo verde para o clima e a saúde do planeta que estabelece o objetivo europeu para a neutralidade climática daqui a 2050⁸ e o *Europe Fit for the Digital Age*⁹, que introduz novas regras para a inovação tecnológica e a regulamentação adequada para a economia digital, somados ao Livro Branco¹⁰, formam parte de conjunto de estratégias para regulamentar os impactos que as tecnologias digitais estendem para a sociedade. Isto é, objetiva-se aproveitar as oportunidades e facilidades que as tecnologias geram, superando-se as dificuldades que são impostas ao ser humano, buscando um enfoque comum ao povo europeu¹¹ e, também, às relações com países terceiros.

O terceiro elemento considera que, não obstante a tecnologia tenha um disruptivo desenvolvimento, a adoção na indústria europeia pode ser vista dentro de um processo gradual:

6 - Disponível em: ONU: Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Aplicación del marco "Proteger, Respetar y Remendar" de las Naciones Unidas | OHCHR. Acesso em: 4/4/2023.

7 - Disponível em: OIT: wcms_579899.pdf (ilo.org). Acesso em: 4/4/2023.

8 - Conselho de Europa: Pacto Verde Europeu. Disponível em: Pacto Verde Europeo - Consilium (europa.eu). Acesso em: 20/1/2023

9 - Comissão Europeia, Europe fit for the Digital Age. Disponível em: Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules and actions for excellence and trust in Artificial Intelligence (europa.eu). Acesso em: 20/1/2023.

10 - Comissão Europeia: Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança (19/2/2022). Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>. Acesso em: 19/1/2023.

11 - Disponível em: EUR-Lex - 52020XX1117(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu). Acesso em: 21/1/2023.

tecnologias específicas necessitam de altos investimentos em infraestrutura e de grandes investimentos em alguns tipos de indústria, além de reclamar uma fragmentação que se aproveita do trabalho dos pequenos investidores e empresários (*lacking digital skills ou investment capacity*). O desenho da tecnologia na Europa é muito diverso e apresenta uma grande variedade e depende da linha produção que tenta conciliar a alta produção tecnológica de última geração com pequenas empresas que ainda mantêm um método produtivo de organização e produção.

O quarto elemento baseia-se no trabalho encarregado pela Comissão Europeia a Direção Geral de Inovação¹², especialmente no Relatório *Radical Innovation Breakthrough Inquier* que identificou cem potenciais avanços em matéria de inovação e domínio como, por exemplo, nas áreas de inteligência artificial, biomedicina e robótica, indicando como a Europa pode preparar-se para isso e como é viável que estes recursos sejam utilizados numa transição para um futuro mais sustentável para a sociedade europeia.

Por fim, o quinto elemento, está vinculado aos objetivos e resultados do projeto europeu para a pesquisa e inovação que desenvolve um guia de orientação para a transformação pertinente a alcançar a indústria 5.0 que objetiva algo mais além do lucro empresarial, visando o desenvolvimento de soluções que tornam a produção mais sustentável, resiliente e competitiva a longo prazo e enfrentam os desafios associados à interação benéfica homem-máquina e à correspondência de habilidades:

O foco desses projetos vai além dos ganhos que a digitalização e a automação adicional poderiam proporcionar às empresas em termos de eficiência e lucro. Eles desenvolvem soluções que tornam a produção mais sustentável, resiliente e competitiva a longo prazo e enfrentam os desafios associados à interação benéfica homem-máquina e à correspondência de habilidades¹³

Os projetos analisam desde a perspectiva empresarial e das indústrias e seus locais de trabalho, até o impacto que a digitalização tem sobre o meio ambiente de trabalho e a segurança dos trabalhadores. Abordagens fundadas e direcionadas unicamente ao lucro, já não são sustentáveis. Para que uma indústria ou empresa seja próspera dentro do contexto da globalização, ela deve ter gravado em seus propósitos considerações culturais, ambientais e sociais.

Assim, que o projeto da indústria 5.0 envolve três elementos, quais sejam, a resiliência a sustentabilidade o ser humano, sendo que, os dois primeiros somados à tecnologia, bem como todas as ações devem ter por foco central o ser humano: o coração do processo de produção é o ser humano. Considerar o ser humano como centro de tudo, faz com que se parte do ponto em que a abordagem deve centrar-se no ser humano, inserindo-o no centro do processo de produção.

Ao invés de perguntar o que vamos fazer com a nova tecnologia, temos que perguntar o que a tecnologia poderá fazer por nós. Não é o trabalhador que deve se adaptar à tecnologia, mas a tecnologia que deve ser adaptada às habilidades do trabalhador e às suas necessidades, treinando e orientando o trabalhador aos novos processos de produção. As tecnologias não devem colidir com os direitos fundamentais do trabalhador, daí a importância de tratarmos do tema da inclusão digital e social e a adaptação e respeito à privacidade e segurança. É necessário uma convivência harmônica do processo produtivo em benefício do ser humano, abusando das novas tecnologias para que o ser humano possa usufruir de seus direitos mínimos.

Para ser uma indústria sustentável, inclusive em termos globais, é necessário que desenvolva um processo circular de utilização e reutilização dos recursos naturais reduzindo o desperdício, o consumo de energia, o efeito estufa e o impacto ambiental. A tecnologia poderá desempenhar um importante papel para otimizar os recursos e minimizar o desperdício.

Aquele que se dispõe a prestar a sua força de trabalho e que não é detentor dos meios de produção pelo que se subordina àqueles que detêm o meio e o poder para produzir, exerce

12 - Fraunhofer: RIBRI - Radical Innovation Breakthroughs Inquier. Disponível em: RIBRI - Fraunhofer ISI. Acesso em: 24/1/2023. Sobre as 100 Radical Innovation Breakthroughs Ribris for the Future, v. Visualization RIBRI (isi-project.eu).

13 - Texto original: "the focus of these projects goes beyond the gains that digitalisation and further automation could provide to companies in terms of efficiency and profit. They develop solutions that render the production more sustainable, resilient, and competitive on a long-term basis, and tackle challenges associated with beneficial human-machine interaction and skills matching" (Fraunhofer: RIBRI - Radical Innovation Breakthroughs Inquier, opus cit, p. 12).

a liberdade de trabalho e assim como aquele outro exerce a liberdade econômica, de modo que o choque entre estes dois mundos, somente ocorrerá se houver abuso no exercício das respectivas liberdades.

Essa situação pode verificar-se nas ocasiões em que há ausência de normas, mas também ela nas vezes em que a insegurança jurídica e a corrupção viabilizam os excessos. A ausência do Estado ou sua desorganização, controvérsias ou falta de diálogo é que acabam por viabilizar explorações ou violações a direitos fundamentais.

A referência apontada no início destes trabalhos pelo Ministro Douglas Alencar ao local em que este Congresso se realiza, isto é, nas três fronteiras, nos faz refletir as dificuldades que surgem nas movimentações sociais e econômicas entre os três países (Brasil, Argentina e Paraguai). Daí que a efetiva implementação das propostas fundadas no modelo da empresa 5.0 e no respeito à Declaração Tripartite da OIT sobre Princípios das Empresas Multinacionais e Política Social e nos Princípios Orientadores das empresas Multinacionais e Direitos Humanos da ONU devem ser visto como leme para conduzir a harmonia entre as liberdades social e econômica, proporcionando o crescimento e desenvolvimento esperado e desejado para o Brasil.

No entanto, não bastam ações legislativas e administrativas, é necessário que haja segurança e uniformização nas decisões judiciais, coerente com as várias conexões que o direito do trabalho exige e ciente de que os processos globais interferem, para o bem e para o mal, nos negócios jurídicos trabalhistas realizados não só pelo trabalhador com alto grau de especialização, mas também, naquele que carece dos processos de reciclagem e formação decorrentes do deficitário sistema educacional e das pragas da desigualdade e pobreza que atingem a sociedade brasileira.

O Estado não pode se escusar da obrigação que tem de zelar e garantir a atuação daqueles que se dispõem a investir no país. Daí a conclusão que se pode chegar da proposta de empresas sustentáveis, é que há responsabilidade dos países pelas empresas que estão executando uma atividade ou produzindo em seus territórios, ainda que ela não seja principal, mas sim um dos componentes da extensa cadeia global que se pode formar. Isso decorre das obrigações internacionais que assumem quando passam a fazer parte dos diversos organismos internacionais que se formam com intuito de firmar alianças para a construção de um mundo ou uma região melhor, como é o caso da Organização dos Estados Americanos. O Estado deve ter leis e regulamentos claros e exigir que as empresas cumpram com as normas pré-estabelecidas. Tal propósito deve vir acompanhado de um processo de educação de informação e de assessoramento para que essas obrigações possam ser realizadas com caráter efetivo. Leis e regulamentos obscuros e contraditórios, certamente serão descumpridos, não por irresponsabilidade da empresa, mas por ausência de transparência na informação.

O fato de o estado decidir privatizar uma atividade não autoriza que se desincumba do seu dever. Deverá prosseguir com o assessoramento, informação, educação e fiscalização, sempre num processo de transparência de informações e segurança jurídica, possibilitando que as empresas respeitem os estándares mínimos de direitos humanos e fundamentais. É necessário que as partes negociais, trabalhador e empresa conheçam e saibam o que devem cumprir e como fazê-lo, respeitando o grande leque de relações jurídicas que surgem das novas organizações empresariais e sociais, todas elas que deveriam estar tuteladas adequadamente pelo conjunto de leis e instrumentos normativos emanados daquele que representa legitimamente o interesse dos trabalhadores que são os sindicatos. O diálogo social tripartite é absolutamente necessário e deve ser respeitado.

Mesmo que os instrumentos inerentes a empresas e direitos humanos não o digam expressamente, é certo que estão conformes o Pacto Mundial do Emprego e os pilares da Agenda do Trabalho Digno¹⁴, bem como o cumprimento da ODS 8 das Nações Unidas.

O pacto tem por núcleo central buscar um marco para o emprego, viabilizando o crescimento econômico, que somente se torna possível em havendo a promoção do trabalho, o que envolve ações e políticas públicas, de formação, reciclagem, formação do trabalhador, remuneração justa, condições do trabalho, proteção social. É necessário que haja uma relação coordenada entre empresas e o respeito pelo núcleo duro dos direitos humanos, cuja interpretação vem sendo

14 - Disponível em: OIT: Em resumo: O trabalho digno e a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (ilo.org). Acesso em: 4/4/2023

definida nas diversas decisões provenientes da Corte Interamericana de Direitos humanos especialmente, pela interpretação no art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O Pacto vem estabelecido, basicamente, em cinco elementos. O primeiro é o estabelecimento de políticas a nível europeu, lembrando que esse programa permite desenhar estratégias evolutivas para mitigar o risco e trazer benefícios para a sociedade. Vem acompanhado pelo segundo elemento fundado naquilo que se chama de Acordo do Clima da Europa e *Eurofit for the Digital Age*¹⁵, representado por dois programas da União Europeia voltado a criação de empregos verdes.

Outro elemento refere-se ao fato que, não obstante a tecnologia desenvolvida, é necessário que tenha um efeito disruptivo, e a indústria europeia tem que ser vista dentro de um processo gradual em que sejam consideradas tecnologias específicas, e investimentos em infraestrutura, para atender os anseios e necessidades como, por exemplo, da fragmentação de mão de obra das indústrias pequenas. Isso se dá pela preocupação que dispensam com o grande elo que liga a produção para concretização do produto final.

Por fim, um último elemento foi identificado no relatório *Research and Innovation as a Compass for the future 2019*¹⁶, que indica que as pesquisas e inovações devem ser utilizadas para aperfeiçoar as indústrias em transição.

A conclusão que se chega é que a existência de um programa destinado a transição das indústrias tradicionais às novas modalidades de organizações; há uma preocupação em permitir que o modelo da manufatura para a indústria altamente tecnológica, seja para as grandes ou pequenas empresas é necessário para que possa sobreviver, garantindo-se a liberdade econômica e viabilizando a convivência pacífica entre as relações sociais e econômicas com o respeito que se deve ter ao direito dos trabalhadores e a sua dignidade.

O objetivo é tornar o processo de produção mais sustentável, resiliente, e que as empresas possam competir a longo prazo, enfrentando os desafios, a associação e a interação benéfica entre o homem e a máquina.

É necessário refletirmos sobre os modelos propostos para tentar responder qual é o país que queremos, qual é o direito do trabalho que queremos. Estamos preparados para toda essa transição que se apresenta? Ou seguiremos insistindo em marchar atrás por absoluta falta de planejamento e pela comodidade de não ter que enfrentar temas que não estamos preparados para tratar?

A tecnologia e o desenvolvimento tecnológico interessam a todos, especialmente a nós como consumidores, que temos nossa vida facilitada pelo uso das TIC's. A estrutura deste Congresso é a maior constatação de que somos capazes de usar a tecnologia para nosso crescimento, estreitado relações humanas, com flexibilidade de tempo para conciliar a vida privada com e profissional.

O ser humano deve ser o centro de nossas preocupações e somente a harmonia entre as liberdades de trabalho e econômica permitiram que possamos alcançar o mínimo de dignidade que todos devem ter.

15 - Disponível em: European Comission: A Europe fit for the digital age (europa.eu)

16 - Disponível em: European Comision: Strategy 2020-2024 (europa.eu). Acesso em: 4/4/2023.

Capítulo 4

(IN)EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO SOCIAL TRABALHISTA FRENTE ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEAS

Rodrigo Dias da Fonseca

Juiz do Trabalho, pós-graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UFG, professor universitário e membro do grupo de altos estudos trabalhistas do Governo Federal-GAET. Graduado em Direito e Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás. Professor e Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Ciências e Legislação do Trabalho, Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Compliance Trabalhista; Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil, todos do IPOG.

Este título já é uma pista da própria resposta, por causa do prefixo “in”, entre parênteses, indicativo de uma possível negação da efetividade da proteção social trabalhista frente às relações de trabalho contemporâneas. Obviamente que o título já entrega a sua conclusão evidente. O atual sistema de proteção do trabalho é completamente ineficiente e, mais do que isso, anacrônico. Esse adjetivo anacrônico não é nem sequer utilizado aqui de forma aleatória.

Ao buscar no dicionário a definição de anacrônico, temos como significado o contrário à cronologia, principalmente fora dos usos e costumes de certa época. Vejamos se é possível uma concordância até o final deste capítulo.

A propósito da proteção social trabalhista, historicamente falando, e pelo menos para fins deste capítulo, eu invocaria como pontapé inicial a CLT.

Evidentemente que houve legislação trabalhista que a precedeu, tanto que a CLT é uma consolidação, mas até hoje, como sabemos, a despeito das sucessivas alterações que sofreu, tentativas de modernização - com destaque à lei da reforma trabalhista -, o seu espírito, a sua espinha dorsal, permanece vigente, sendo a CLT, Constituição Federal à parte, o principal diploma legislativo de proteção trabalhista.

Fazendo aqui algumas abordagens um tanto óbvias, mas estamos vivendo, como repete muito o ministro Marco Aurélio: “tempos muito estranhos”. E nesses tempos um tanto estranhos, eventualmente dizer o óbvio pode ser necessário. E talvez, então, isso possa ter alguma utilidade a quem consultar estes anais.

O óbvio a que me refiro aqui é o fato de que a Consolidação das Leis do Trabalho foi concebida em um outro contexto histórico, com objetivos vinculados àquela quadra em que o Brasil se preparava para um processo de industrialização que se sucedeu, e é inegável que a CLT teve uma participação, uma contribuição decisiva para que esse processo de industrialização se desse sem desprezo aos direitos trabalhistas fundamentais.

No entanto, de 1943, que é um marco histórico, para cá, o mundo mudou radicalmente, não? Passamos da revolução industrial tardia no Brasil para a revolução tecnológica digital, uma verdadeira revolução dos costumes. Passamos de um regime de força para um regime democrático, depois para um regime de força de novo e para regime democrático outra vez. Ou seja, a sociedade mudou completamente em quase um século. E a CLT, no seu espírito, sei que várias disposições foram alteradas, mas no seu espírito, na sua espinha dorsal, na sua concepção original, foi preservada.

O espírito original a que me refiro e a CLT e o seu contexto histórico. Isso até hoje percebemos em várias das disposições trabalhistas. Foi um diploma destinado a regular basicamente as relações de trabalho nas fábricas, na indústria. Diga-se de passagem, todos aqui estudamos que

uma das designações primeiras do Direito do Trabalho foi justamente Direito Operário, Direito do Trabalhador da Indústria, ou Direito Industrial, que torna isso mais claro ainda.

E como o Direito do Trabalho teve um desenvolvimento tardio no Brasil, a CLT se destinou, pelo menos na sua origem, a regular basicamente as relações dentro da fábrica. Temos na própria CLT reflexos dessa concepção, até hoje, embora a lei da reforma trabalhista tenha tentado dar alguma atualização nisso.

Mas, por exemplo, todos nós seres humanos somos completamente diferentes uns dos outros, temos capacidades, interesses e produtividade distintas. Mas, na CLT, como todos sabemos, há o direito à equiparação salarial, baseado no pressuposto de trabalhadores que se ativem em um mesmo local, em que seja possível a comparação quase que objetiva entre a produção de um e de outro. E isso, obviamente, estava vinculado exatamente àquela forma de se trabalhar que a CLT pretendeu regular.

O próprio pressuposto de que o trabalho pode ser mensurado quanto à sua duração, as regras de duração do trabalho e a possibilidade de efetivo controle como regra quase absoluta, também está vinculada àquele momento histórico.

O próprio conceito de subordinação jurídica, até essa figura, é possível que nem todos percebam, mostra qual era a ideia do legislador de então, em que um diretor, um chefe, um coordenador industrial estava ali verificando como trabalhava o empregado.

A rigor, fazendo um rapidíssimo parêntese, a CLT já nasceu, sob outro aspecto, desatualizada, anacrônica. Afinal de contas, a CLT foi outorgada, por mais que muitos não gostem de ouvir isso, por um ditador. Não é um diploma legal decorrente do processo democrático, muito menos de lutas de trabalhadores, como historicamente nós sabemos que ocorreu com relação ao próprio nascimento do Direito do Trabalho.

E o problema decorrente disso é o mais evidente possível. Mantida a mesma espinha dorsal, o mesmo espírito, a mesma estrutura básica de 1943, quase um século depois, essa legislação, obviamente, é completamente inadequada para regular relações em um mundo de trabalho completamente diferente.

Fazendo um brevíssimo escorço histórico sobre a Constituição Federal, em 1988 ainda vivíamos os estertores da Guerra Fria, é bem verdade, mas ainda vivíamos esse contexto histórico. Muito pouco tempo antes, tínhamos superado o regime militar instituído mais de duas décadas antes.

E isso tudo trouxe à nossa Constituição Federal uma visão, em certa medida, socializante. Não chegamos ao ponto que chegou, por exemplo, a Constituição Portuguesa de 1974, que declarou no seu preâmbulo o objetivo de instituir uma sociedade ou um regime socialista, mas, certamente, todo aquele contexto histórico trouxe um viés socializante à Constituição de 1988.

Recordo de uma entrevista do ex-ministro, ex-senador, ex-deputado, ex-embaixador Roberto Campos, um liberal notório, o qual dizia que se a nossa Constituição Federal tivesse sido promulgada dois anos depois do que o foi, quando então ruiu o Muro de Berlim e uma série de ideologias se mostraram àquela altura ultrapassadas, a nossa Carta Magna seria completamente diferente.

A rigor, as Constituições são instrumentos de seu tempo e refletem a realidade vivenciada naquele instante. Temos todos os exemplos disso na nossa história. Constituição de 1946, de conteúdo mais democrático, do pós-guerra; e nem se fale da Constituição de 1967, e assim por diante.

De todo modo, esse viés socialista da nossa Constituição, no mundo do trabalho, essas condições implicaram o reforço tutelar que já estava presente na legislação trabalhista, com as múltiplas garantias, para o bem e para o mal.

E ao retomar a legislação trabalhista, seguimos aplicando princípios e regras concebidos há quase um século, confirmados pela Constituição Federal há um terço de século, para regular relações contemporâneas. E como já mencionei, nesse período tudo mudou, o mundo não é mais o que foi um dia.

Ao fazer uma espécie de analogia com o futebol, já que nós estamos em época de Copa do Mundo, passei uma boa parte da minha infância ouvindo meu pai falar - e de tanto ouvir a gente decora - do ataque do time que ele considerava o melhor que ele vira: Dorval, Mengálvio, Coutinho, Pelé e Pepe, que era o ataque do Santos na década de 1960 do século passado. Com cinco atacantes, que time hoje sobreviveria? Seria bem-sucedido em qualquer campeonato com cinco atacantes?

O time do Clube de Regatas do Flamengo, o maior time do Brasil, em 1943. Multicampeão no seu tempo, não ganharia o campeonato brasileiro da quarta divisão hoje em dia.

A seleção brasileira de 1943 que jogava uniforme branco, já que o amarelo surgiu somente após a dolorosa derrota na Copa do Mundo de 1950, devido a forma de jogar que mantinha na época, certamente não ganharia hoje em dia nem da Bolívia, com máximo respeito aos bolivianos, em um campeonato qualquer.

Após o exemplo exposto, sabe-se que as coisas evoluem, porém, a nossa legislação trabalhista e seus princípios básicos permanecem os mesmos dessa época perdida no tempo, e tal como esses times não seriam bem-sucedidos hoje em dia, dada a discrepância do que se passa atualmente nos gramados em relação ao que se passava então, da mesma forma essa inadequação existe na nossa legislação.

As relações de trabalho tornam-se evidentemente impossíveis de serem bem reguladas com essa estrutura normativa. E o pior é que, como já foi dito inclusive em outros capítulos, existem algumas tentativas, e porque não dizer forçadas, de enquadrar o círculo, ou seja, de buscar, à base de interpretações e fazendo uso da maleabilidade, abstração e indeterminação de princípios, conferir à norma posta uma interpretação que seja afeta e submetida a uma libérrima, diria eu, interpretação do magistrado.

Evidentemente, muitos podem ter esse conhecimento, mas com isso é mantido o que era ruim e anacrônico na legislação, acrescendo-se uma generosa dose de insegurança jurídica. Todos obviamente percebem que essa é uma abordagem crítica à ideia de ativismo judicial, mencionado pela professora Marina Faraco, e de fato é muito difícil determinarmos exatamente o que seja ou não ativismo, o que seja autocontenção. No entanto, há alguns exemplos em que se torna quase objetivo o ultrapassar de uma linha que demarcaria, na minha visão ao menos, os limites do Estado democrático de direito.

Em outra área que não a nossa, para ficar em um exemplo que me chama muito a atenção, relembro que o Supremo Tribunal Federal, reconheceu um tipo penal não previsto em lei, que foi a criminalização da homofobia. E por óbvio, não vai aqui a menor crítica ao conteúdo da decisão, ao contrário. Nada obstante, todos sabemos que há uma garantia fundamental, inscrita em um dos primeiros incisos do artigo 5º da Constituição Federal, além de ser, o art. 1º do Código Penal, no sentido de que isso não é possível, não há crime sem lei anterior que o defina, essa é ou deveria ser uma garantia fundamental do cidadão, infensa até mesmo a emenda constitucional.

Cito aqui um exemplo da nossa área. Quando fui juiz em Itumbiara, uma cidade do interior do Estado de Goiás, fui procurado por um produtor rural, contra quem tramitavam algumas ações trabalhistas na Vara em que eu atuava. Ele me procurou para dizer que compreendia a minha sentença condenatória, ou mais especificamente a condenação relativa a um pedido, analisado naquela sentença, porém era injusta. Isso não me impressionou, naturalmente. Esse inconformismo é algo com que eu e os colegas juízes lidamos todos os dias e está espelhado em recursos contra nossas sentenças. Aliás, se quisermos um antídoto e termos o ego massageado,

basta lermos as contrarrazões de recurso, em que se retrata o magistrado quase como um herói. Mas nesse caso particular o sujeito me procurou para dizer, “olha, eu fui condenado a pagar um intervalo que o senhor disse, eu tinha que dar para os meus trabalhadores rurais lá; se eu soubesse que eu tinha que dar esse intervalo, eu teria dado, eu cumpri a lei, mas isso pra mim era novidade.”

Imediatamente me veio à mente a ideia de que todo mundo tem que conhecer a lei, afinal de contas, não podendo alegar seu desconhecimento para a descumprir. Mas ele fora condenado a indenizar - e falo indenizar porque agora o intervalo é nesse sentido- os seus empregados um intervalo que efetivamente não concedera. Esse intervalo e a condenação, no entanto, decorre de uma aplicação de uma Norma Regulamentadora, relativamente a movimentos repetitivos, por analogia, tese reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho, sem que houvesse norma legal expressa a esse respeito.

Ele me parecia um sujeito cumpridor da lei e, de fato, não sabia que deveria conceder o intervalo. Confesso que, até ler as decisões do TST nesse mesmo sentido, eu também não sabia. Assim, a meu ver, ele continuava sendo cumpridor da lei porque essa obrigação que se criou e imediatamente foi objeto de condenação a ele próprio, não estava e não está estabelecida em lei.

Então me parece que essa diretriz jurisprudencial, muito perigosa – que segui, inclusive por tentar assegurar segurança jurídica nos meus julgamentos, já que a jurisprudência do TST se assentou naquele sentido - não é o caminho mais adequado e seguro. Isso me parece ser um caso clássico de ativismo judicial pernicioso.

De forma mais clara ainda, esse enquadramento do círculo, por assim dizer, pode ser perfeitamente exemplificado com o caso, com todo respeito, dos trabalhadores em plataformas. Temo muito o que o TST virá, imagino que em breve, a decidir a esse respeito e as consequências trágicas mesmo de uma decisão lastreada exclusivamente em convicções, ideologias e desejos pessoais de magistrados.

Estou ciente de que muito provavelmente haja aqui quem discorde do que afirmarei, e com máximo respeito peço licença então a estes, porém a mim parece que existe uma tentativa obstinada de enxergar um vínculo de emprego, a pretexto de assegurar tutela trabalhista, direitos e proteção a esses trabalhadores, o que máxima vênia é um engodo ou um equívoco.

Aliás, como já mencionado nem os próprios trabalhadores em plataforma desejam essa proteção, conforme Calvet falou sobre isso em seu capítulo, recentemente através do portal do Uol, que trouxe o seguinte:

O Uol Carros consultou as duas maiores entidades de trabalhadores por aplicativo do país e a Associação de Motoristas de Aplicativos de São Paulo, por seu presidente, declarou que: “os motoristas não querem nada parecido com a CLT, pois temem perder a autonomia”. Diz ele: “CLT nos obrigando a cumprir horários e a fazer toda e qualquer corrida, mesmo sem nos sentirmos confortáveis. As plataformas e o governo não nos oferecem segurança para trabalhar dessa maneira”.¹

Nem eles próprios desejam o reconhecimento do vínculo de emprego. É claro que não me refiro àqueles que entram com a ação, esses sempre querem. Mas nem a categoria assim o deseja. No entanto, de uma forma um tanto autoritária, pretendemos saber mais o que convém ao trabalhador do que ele próprio, do que a própria categoria que ele integra.

E o que me parece nesse caso, e caminho para a conclusão, aliás isso não ocorre só no Brasil, é que o Poder Judiciário, em especial a Justiça do Trabalho, como também fora mencionado por

1 - <https://www.uol.com.br/carros/columnas/paula-gama/2022/11/30/uber-e-ifood-com-clt-por-que-motoristas-e-apps-temem-propostas-de-lula.htm>

Calvet, a rigor precisamos todos nós de maior conhecimento sobre a teoria econômica do direito, utilizar de algum consequencialismo jurídico em nossas decisões.

Há exemplos como esse em que internacionalmente, no caso na Espanha, os trabalhadores do Uber tiveram as suas relações de emprego, grosso modo, reconhecidas. A consequência foi, retirei também do site do UOL, notem aí, a edição de uma lei espanhola aprovada no ano passado, que obriga empresas de aplicativos a contratarem entregadores como empregados. Pois bem, isso causou grande escassez de mão de obra nessa área, já que muitos trabalhadores preferem permanecer autônomos e até mesmo trabalhar para rivais que desrespeitam o regulamento ou a lei. Isso é o que diz a notícia. Entretanto, não é exatamente assim que as coisas se passam por lá. Eu estive há um mês em Madrid por dois dias e o que nós percebemos, eu e minha esposa, foi que o Uber está regulado, como consta da notícia, mas uma outra empresa, de que eu não me recordo o nome agora, consegui judicialmente suspender a aplicação dos efeitos dessa lei sobre ela própria.

Resultado: todos os motoristas do Uber passaram, migraram para essa empresa em que não existe relação de trabalho, em que eles têm aquela autonomia que o trabalhador brasileiro estava reivindicando ali. Busquei, mais de uma vez, os serviços de transporte do Uber, que já conheço e em que tenho cadastro, mas não consegui, pois após certo e razoável tempo sem resposta de qualquer motorista a meu chamado, eu acabava desistindo. E então usei do serviço de táxi, até baixar o aplicativo do tal outro serviço que, por força de decisão judicial então vigente por lá, não tinha a obrigação de contratar formalmente, como empregados, os motoristas. Nesse aplicativo, o atendimento era imediato, não havia dificuldade alguma de atendimento pelos motoristas.

Então, com isso tudo, retomo o feliz título deste capítulo. A proteção social trabalhista é requerida frente às relações de trabalho contemporâneas, - no sentido doutrinário puro, relação de trabalho, compreendendo qualquer prestação de serviço de uma pessoa física a uma pessoa física ou jurídica.

Como, salvo engano, foi novamente Otávio Calvet quem mencionou isso em mais de uma oportunidade, há vida de fato fora da CLT, e a tutela legal, obviamente, precisa ser estendida a todos os trabalhadores. Já era hora de expandirmos a concepção de tutela do trabalho para além dos muros da relação de emprego.

O emprego com carteira assinada tem perdido protagonismo e espaço no mercado de trabalho brasileiro. A participação dessa modalidade no total da população ocupada no setor privado ficou em 38,1% ano passado, segundo dados oficiais. Ou seja, o direito do trabalho, na forma como no encaramos hoje, é altamente discriminatório à grande maioria dos trabalhadores.

E somente dois pontos para encerrar esta exposição, vinculados ainda a essa visão tacanha, obsoleta, como se ainda vivêssemos aquela realidade de 1943. Em primeiro lugar, como já disse, penso que precisamos e deveríamos estudar mais a teoria econômica, a análise econômica do direito. Não estou me referindo aqui a uma submissão do direito à economia, de forma alguma, mas é preciso um mínimo de consequencialismo jurídico na avaliação de certas relações e demandas. E isso está previsto em lei, em certa medida, no art. 20 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O julgamento dessa questão do Uber, na minha visão, ainda precisaria ter uma pitada de utilitarismo, até porque, do contrário, é natural que a consequência será a mesma do que aconteceu na Espanha, senão pior, com a perda de um serviço que tem sido muito útil a muitos dos trabalhadores brasileiros.

E o segundo e último ponto de que queria falar envolve novamente a questão do ativismo judicial, porque acredito que todos nós estudamos, desde a faculdade e em larga medida, fórmulas que condenam o positivismo jurídico e enaltecem o pós-positivismo.

Particularmente, tive os meus conceitos neste tema abalados recentemente pela leitura do livro “O Retorno ao Positivismo Jurídico: Reflexões críticas de um juiz desencantado”, de Fábio R. Gomes, um colega do Rio de Janeiro, que é de fato uma obra esplêndida e eu indicaria a todos.²

Não tenho competência, nem capacidade para falar sobre isso, mas me parece que é demonstrado ali que o pós-positivismo é bonito na teoria, mas se tem revelado na prática danoso, convertendo-se num verdadeiro relativismo avesso à segurança jurídica, situação que vai descambando cada vez mais para o mais pernicioso ativismo judicial, que no limite acaba por destruir os pilares do Estado Democrático de Direito.

Já ouvimos muitas vezes e muitas vezes ouço algum colega falar que, ao ler um caso, ao compreender os limites da lide, decide de pronto o que ele vai fazer, como vai julgar um caso, baseado em seus valores e opinião pessoais, para depois, em um segundo momento, buscar os argumentos que justificam a decisão, já tomada, na lei. Argumento que sempre haverá na linha do pós-positivismo, mediante o uso indiscriminado de princípios de baixa densidade jurídica e conteúdo indeterminado. Podem reparar que, na prática, normalmente a argumentação feita através do uso desses princípios, costumam resultar em sentenças e acórdãos quilométricos, com ementas que sozinhas percorrem páginas e mais páginas, porque dá trabalho enquadrar o círculo.

Em conclusão, a efetividade da proteção social trabalhista frente às relações de trabalho contemporâneas depende de um conjunto de fatores. Entre eles, obviamente, a modernização legislativa, a atualização de conhecimento dos julgadores, também da nossa humildade de seguir o que a lei determina, em vez de a ela sobrepormos nossa vontade pessoal.

Só para encerrar agradecer novamente o convite, dizer que eu tenho muito orgulho de estar aqui hoje e de ser um dos sócios fundadores da ABMT – Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho, uma das produtoras deste evento. Sei que há muitos juízes por aqui que me escutam e que, tal como eu, por motivos nos quais eu não adentrarei aqui, gostariam de se sentir representados por uma associação, por uma entidade, que se dedicasse - e no nosso caso, por norma regulamentada- exclusivamente aos nossos interesses associativos, que não se convertesse em uma espécie de central sindical ou ONG defensora de direitos alheios. Àqueles que compartilham, e eu tenho certeza de que são muitos, desse mesmo objetivo, fica aqui uma propaganda rápida e o convite de se juntar, se filiar à ABMT.

2 - GOMES, Fábio R. O Retorno ao Positivismo Jurídico: Reflexões críticas de um juiz desencantado. Rio de Janeiro: Arthe Comunicação Gráfica, 2020.

Capítulo 5

DESAFIOS DA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA PELO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL - STF

Marina Faraco

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP. Professora da FADISP/UNIALFA. Coordenadora Adjunta do Programa de Mestrado em Direito Constitucional Econômico da UNIALFA e Professora do mesmo Programa. Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF” (CNPq-PUC/SP).

O tema deste capítulo aborda sobre os desafios da concretização judicial da Constituição Econômica pela justiça constitucional. E, evidentemente, tratarei apenas três dos desafios em questão, embora poderíamos aqui elencar muito mais do que isso e inúmeros outros desafios.

O objetivo é pensar e refletir a respeito do papel da Constituição econômica e da justiça constitucional na concretização dos direitos socioeconômicos. Então, estamos falando exatamente da parte da Constituição que regulamenta, a partir de valores, princípios e fundamentos, a intervenção do Estado na economia e que, como sabemos, tem por essência a proteção dos direitos fundamentais.

Estamos falando de uma Constituição que adotou um modelo de Estado social e que, portanto, ao regular a possibilidade de intervenção do Estado na economia, o faz a partir de valores e princípios maiores, o faz a partir do fundamento da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho humano e estabelece princípios que podem, aparentemente, se mostrar contraditórios, mas que, na verdade, não o são.

E o papel da Justiça Constitucional, enquanto o conjunto de órgãos do Poder Judiciário que tem por finalidade fiscalizar o cumprimento da Constituição, é justamente o de revisar as políticas públicas socioeconômicas relacionadas à intervenção do Estado na economia, para garantir que essas políticas sejam adequadas à observância dos valores e dos princípios estabelecidos na Constituição do Brasil de 1988.

Sabemos que a nossa Constituição Econômica, por exemplo, estabelece simultaneamente, como fundamento da atuação do Estado na Economia, a livre iniciativa, mas, desde que sejam respeitados, por exemplo, os direitos dos consumidores, protegido como princípio dessa mesma atuação. Ela também estabelece como princípios norteadores da ação estatal sobre o domínio econômico a busca do pleno emprego, ao lado da garantia da livre concorrência.

Então, é justamente essa medida de compatibilização que cabe à justiça constitucional. E, no desempenhar desse papel da concretização judicial dos direitos socioeconômicos pelos órgãos que integram a Justiça Constitucional brasileira, podemos identificar ao menos três desafios.

Claro que temos inúmeros outros, mas me parece que, a partir de uma análise da evolução histórica do próprio constitucionalismo, podemos identificar essencialmente três desafios, que são os desafios contemporâneos da Justiça Constitucional brasileira no seu papel, na sua missão de concretizar os direitos socioeconômicos, fazendo valer as normas da Constituição econômica e social brasileira.

O primeiro desafio, que na verdade é um desafio perene, que existe desde que a Justiça Constitucional existe, é o desafio da legitimidade. É um desafio que não é nenhuma novidade, basta imaginarmos que no constitucionalismo clássico, Robespierre sugeriu, por exemplo, que a palavra jurisprudência fosse extinta dos dicionários franceses.

Na Áustria, nesse mesmo período histórico, houve decretos que proibiam qualquer tipo de interpretação por parte do Judiciário. O próprio Barão de Montesquieu, igualmente, ao formular a teoria da tripartição das funções estatais, entendia que o Poder Judiciário praticamente ou propriamente não era um poder, e sim um órgão que se limitava a repetir e aplicar a lei ao caso concreto, numa operação matemática de subsunção.

Quero dizer que, com isso, a legitimidade da Justiça Constitucional sempre e tradicionalmente foi questionada. E essa discussão sobre a legitimidade da Justiça Constitucional nos dias de hoje vem se resumindo à discussão ao entorno do “ativismo” e da “autocontenção”, que são expressões que surgiram no constitucionalismo do pós-guerra, o denominado “neoconstitucionalismo”, especialmente a partir da classificação proposta por Arthur Schlesinger Jr.¹, que na verdade, não era jurista, nem professor de direito, mas um historiador americano, que escreveu um simples e sintético artigo, publicado numa revista semanal, a revista *Fortune*, em que classificou a postura dos juízes da Suprema Corte americana em relação ao julgamento de casos relativos à aplicação das políticas do *New Deal*, classificando esses juízes como ativistas e minimalistas ou autocontidos.

O fato é que essa discussão, que remonta ao texto de Schlesinger Jr, datado de 1947, nesse período do chamado “neoconstitucionalismo”, o constitucionalismo do pós-guerra, vem permeando, especialmente nos dias de hoje, toda a discussão a respeito da legitimidade da Justiça Constitucional, servindo a robustecer discursos sabidamente impulsionados pelas preferências políticas de seus interlocutores, seja para defender uma postura protagonista e progressista das Cortes Constitucionais, seja para criticar o avanço da Justiça Constitucional sobre temas considerados socialmente polêmicos.

Mas não podemos perder de vista que, em primeiro lugar, tais expressões são absolutamente contraditórias ou, na verdade, polissêmicas.

Isso porque, atualmente, temos uma infinidade de autores que tentam trazer o conceito do que é o ativismo e que tentam trazer o conceito do que é o minimalismo ou a autocontenção, ou, ainda, para a corrente norte-americana, a *self-restraint*, e não há um consenso.

O fato é que temos inúmeros trabalhos acadêmicos publicados a esse respeito e não há um conceito unívoco ou um mínimo consenso dogmático sobre o que essas expressões significam.

E, nada obstante, elas servem, na contemporaneidade, no que concerne à aplicação da Constituição Econômica, como forma de criticar e, especialmente, reavivar a discussão a respeito da legitimidade da Justiça Constitucional, que, evidentemente, é uma legitimidade que decorre do próprio texto constitucional, já que estamos falando de um dos poderes da República que não é eleito democraticamente, mas cuja legitimidade decorre do próprio texto constitucional.

Nesse cenário, essas palavras, que são absolutamente polissêmicas, como dissemos, vêm sendo usadas de maneira indiscriminada, ora para criticar, ora para elogiar uma postura da Justiça Constitucional, seja ao anular, seja ao confirmar uma política pública socioeconômica.

A meu ver, essas são palavras, especialmente pelo sentido polissêmico e contraditório que elas possuem, que elas carregam – sobretudo considerando que não temos um conceito unívoco na doutrina sobre o que seria esse ativismo, o que seria essa autocontenção – que são, do ponto de vista jurídico, inúteis, justamente porque tais expressões não implicam, por si só, a validade ou a invalidade da decisão judicial.

Claro que o debate sobre o ativismo e a autocontenção judicial é um debate absolutamente relevante na contemporaneidade, mas o fato é que o que a Constituição prevê em seu artigo 93, IX², é que a validade de uma decisão judicial está condicionada à sua fundamentação. E,

1 - SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. 35, n. 73, jan. 1947.

2 - Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)."

portanto, classificar uma postura individual do julgador como se ele fosse ativista ou autocontido nada implicaria, do ponto de vista da validade dessa decisão judicial. Isso porque, em primeiro lugar, nós não sabemos exatamente o que isso quer dizer, já que não há um consenso doutrinário e muito menos legislativo a respeito do que essas expressões significam; pelo contrário, há uma divergência gigante na doutrina sobre a possibilidade de um juiz ser - ou mesmo a necessidade de ser ou não - ativista ou autocontido. O fato, portanto, é que classificar a postura pessoal do juiz como sendo ativista ou autocontido nada implicará do ponto de vista da validade dessa decisão judicial, porque a sua validade, como diz a Constituição, está essencialmente ligada à sua fundamentação.

Quero dizer que essas são expressões que não traduzem conceitos jurídicos, elas não traduzem categorias jurídicas, e por não traduzirem categorias jurídicas, me parece que esse debate sobre o ativismo e a auto contenção nada contribui do ponto de vista jurídico, isto é, no que diz respeito essencialmente à validade da decisão judicial em questão³.

Mas, para exemplificar, podemos - já que estamos falando da concretização judicial de direitos socioeconômicos pela Justiça Constitucional - mencionar, por exemplo, o caso do *homeschooling*⁴, que foi um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal recentemente. Como se sabe, o *homeschooling* consiste na prática de se realizar um direito social que tem previsão expressa tanto no artigo 6º quanto no artigo 205 da Constituição - e, portanto, na parte da Constituição que trata especialmente da ordem social, que é o tema do nosso painel - que é a educação. O *homeschooling*, então, é a possibilidade de se oferecer a educação escolar em casa, a partir de métodos caseiros, técnica muito difundida em alguns países, especialmente do hemisfério norte.

Ingressou-se, então, com uma ação judicial pedindo ao Supremo Tribunal Federal que resolvesse a omissão constitucional relacionada à ausência de regulamentação do *homeschooling*, o que feriria, na visão do autor da demanda, o livre acesso ao direito à educação no Brasil.

No voto do Ministro Relator, Ministro Barroso, que efetivamente comprou a tese, ele realmente entendeu que se estava diante de uma omissão constitucional que frustrava a fruição do direito à educação em razão da ausência de regulamentação. Para colmatar essa lacuna constitucional, o Ministro Barroso propôs em seu voto uma efetiva regulamentação da prática do *homeschooling* no Brasil.

Essa postura do Ministro Barroso, por exemplo, poderia, segundo a doutrina majoritária, ser classificada como uma postura, talvez, "ativista", já que ele reconhece uma omissão constitucional e busca, por meio de sua decisão, sanar essa omissão constitucional, propondo, efetivamente, a regulamentação de como se daria o acesso, a fruição desse direito à educação, especificamente, por meio do *homeschooling*.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, pediu vistas do processo e prolatou voto em sentido diametralmente oposto, que se logrou o voto vencedor, entendendo que, na verdade, por mais que se reconhecesse que essa omissão constitucional estaria frustrando o exercício de um direito constitucional, de um direito socioeconômico, que é o direito à educação, não era papel do Poder Judiciário regulamentar a prática do *homeschooling*.

Ou seja, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, adota o que se poderia classificar como uma postura minimalista, propondo uma auto contenção da Corte, ao entender que a Corte não tem competência para sanar essa omissão legislativa. Assim, embora, eventualmente, pudesse ser reconhecida essa omissão legislativa, o Ministro Alexandre propõe que o Judiciário não intervenha ou não adentre nessa questão, afeta às competências legislativas do Congresso Nacional. Esse foi o voto que se logrou vencedor.

3 - Nesse sentido, vide: FARACO, Marina. Deixando de lado o 'ativismo' e a 'auto contenção' judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. In: Revista do Advogado, v. 1, p. 147-155, 2018.

4 - Recurso Extraordinário n.º 888.815, Relator Ministro Roberto Barroso, Redator para o Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgamento em 21 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 11 abr. 2023.

Temos, então, neste processo, dois exemplos de posturas que, segundo a doutrina majoritária – embora, volto a dizer, não haja um consenso sobre o que é o ativismo e sobre o que é autocontenção – poderíamos classificar como ativistas e autocontidas. Assim, o voto do Ministro Barroso, nessa perspectiva, reflete uma postura que poderia ser qualificada como a de um juiz ativista, enquanto o voto do Ministro Alexandre de Moraes poderia ser indicado como um exemplo de uma postura judicial autocontida, minimalista, por meio da qual a Corte reconhece a ausência de competência própria e deixa de dar uma decisão que seria, do ponto de vista “ativista”, uma decisão progressista, que avança na prática em prol da realização de direitos fundamentais.

Nada obstante, meu ponto essencial é que, na minha opinião, essas expressões, como mencionei, não traduzem categorias jurídicas, não mudam a validade da decisão e, portanto, me parece que essa é uma discussão que precisa ficar um pouco de lado.

Até porque a Constituição brasileira prevê uma série de saídas para um eventual abuso do poder judiciário e, portanto, um eventual ativismo negativo – embora alguns autores defendam o ativismo como sendo uma necessidade –, mas o fato é que não se trata, na minha opinião, de categorias jurídicas, ou seja, não se muda a validade da decisão judicial com base nisso – suponha se recorrer de uma decisão alegando que o juiz foi ativista: é inimaginável!

Além disso, essa é uma discussão que está sempre carregada e permeada pelas preferências ideológicas dos interlocutores e que, portanto, não interessa, do ponto de vista jurídico, à validade da decisão.

Mas vamos ao segundo desafio que eu queria colocar sobre o papel da Justiça Constitucional no direito constitucional contemporâneo. O primeiro, como eu disse, está ligado ao constitucionalismo do pós-guerra, ao neoconstitucionalismo, e que decorre dessa discussão sobre o ativismo e a autocontenção. Já o segundo desafio que eu gostaria de apontar está relacionado ao constitucionalismo contemporâneo, de matriz global.

Então, estamos tratando especificamente as teorias do professor Gunther Teubner⁵, na Alemanha, do professor Marcelo Neves⁶, no Brasil - cuja obra, “Transconstitucionalismo”, também traz a ideia desse constitucionalismo global –, do professor Ferrajoli⁷, que alude à ideia de um constitucionalismo planetário, além do professor Canotilho⁸, cuja obra também menciona o denominado constitucionalismo global.

O que é esse constitucionalismo global e que desafio ele traz para a Justiça Constitucional na contemporaneidade, no que diz respeito à concretização judicial de direitos socioeconômicos?

Essencialmente, segundo a teoria do professor Canotilho - e é exatamente esse o momento que nós estamos vivendo, indiscutivelmente - o constitucionalismo global parte de uma premissa de se reconhecer a existência de valores superiores, o chamado *jus cogens*, que é integrado pelos direitos mais essenciais do ser humano, como fundamento de validade único e comum, universal, a todas as ordens jurídicas.

Suplantando, portanto, a tradicional teoria de Hans Kelsen, de uma norma hipotética fundamental que seria individual para cada ordenamento jurídico; superando essa tradicional ideia da nonodinâmica kelseniana⁹, o constitucionalismo global parte de outra premissa, sustentado, na verdade, um fundamento de validade comum e único, universal a todos os sistemas jurídicos. O que acarreta a seguinte consequência: se uma norma de qualquer Estado, mesmo sendo a Constituição, for contrária ou não respeitar esses valores superiores do *jus cogens*, ela não teria validade.

5 - TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

6 - NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. Martins Fontes: 2009.

7 - FERRAJOLI, Luigi. *O Que Nos Ensina o Coronavírus? Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ano 8, nº 15, Jan./Jun. 2020.

8 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

9 - KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Essa ideia é extremamente interessante e, na visão do professor Marcelo Neves, que formula a teoria do transconstitucionalismo, me parece indiscutível que é o momento contemporâneo do direito. Ora, não há nenhum sistema jurídico isolado no mundo. Todas as ordens jurídicas estatais hoje estão inevitavelmente permeadas por tratados internacionais. E esses tratados internacionais fazem justamente um ponto de interseção entre os sistemas jurídicos dos países do globo, os sistemas jurídicos nacionais.

E, claro, se temos uma norma que pertence simultaneamente ao ordenamento jurídico de um país e de outros, evidentemente essa norma precisa ser aplicada de maneira minimamente uniforme em ambos os países, porque a norma é a mesma.

Nesse sentido podemos, então, concluir que o desafio desse constitucionalismo contemporâneo de matriz global é realmente o de que a justiça constitucional tem hoje em suas decisões o ser humano, a dignidade da pessoa humana, como centro, ou seja, como núcleo central.

Então, a justiça constitucional tem, na contemporaneidade, no âmbito desse constitucionalismo global, um desafio enorme, que é o desafio de, por meio de suas decisões, sempre buscar a realização da dignidade, do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclusive é um dos vetores da nossa Constituição Econômica, como estabelece o “caput” do artigo 170 da Constituição brasileira.

E, para exemplificar esse desafio, parece que o caso do Uber, que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em dois processos, uma ADPF contra uma lei municipal do município de Fortaleza (ADPF n. 449¹⁰) e um recurso extraordinário com repercussão geral contra uma lei do município de São Paulo (Recurso Extraordinário n. 1.054.110¹¹), se mostra bastante pertinente.

Isso porque essas duas decisões do Supremo Tribunal Federal refletem, na minha leitura, esse desafio contemporâneo, que é o da Justiça Constitucional sempre privilegiar a dignidade da pessoa humana e buscar, por meio da concretização de direitos socioeconômicos, realizar esse princípio, realizar esse vetor, que, na verdade, é um dos objetivos da Constituição Econômica Brasileira.

Então, nesse caso, as decisões do Supremo Tribunal Federal que declararam a inconstitucionalidade dessas duas leis municipais que proibiam a atividade de transporte por aplicativos, que são vários hoje em dia, mas o mais conhecido é o Uber, teve como fundamento principal a busca do pleno emprego, que é exatamente um dos princípios estabelecidos lá no artigo 170 da Constituição de 1988 que busca equilibrar o capitalismo, que busca equilibrar a livre iniciativa e a livre concorrência, com a defesa e a preservação de valores ligados ao ser humano e à dignidade da pessoa humana¹², representando, portanto, uma decisão em que a Justiça Constitucional Brasileira reconhece essa necessidade que decorre do constitucionalismo global. Além disso, caso tem exatamente a ver com as relações flexíveis de trabalho, tema deste painel.

E, por fim, desse constitucionalismo global também advém um terceiro e último desafio que é inerente à justiça constitucional contemporânea de garantir a compatibilização das normas internas de cada país em face dos inúmeros tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte.

10 - Em cuja decisão concluiu a Corte: “A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seleto grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas”. (ADPF n. 449, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 8 maio 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>. Acesso em: 11 abr. 2023).

11 - Ren. 1.054.110. Relator Ministro Roberto Barroso, julgamento em 9 maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750765676>. Acesso em: 11 abr. 2023.

12 - Vide, a esse respeito: TAVARES, André Ramos, FARACO, Marina. O STF e a Constituição Econômica: casos e funções. Curitiba: Editora Intersaberes, 2022.

E um dos mecanismos para garantir essa compatibilização, que é um desafio absolutamente contemporâneo, está ligado ao desenvolvimento do controle de convencionalidade, que, nada mais é do que um mecanismo de fiscalização normativa. Embora ainda não esteja regulado, há uma possibilidade de que venha a ser regulado internamente pelo Código de Processo Constitucional¹³, que está em discussão no âmbito do Congresso Nacional, mas ainda não temos um projeto ou uma regulamentação interna sobre este tipo controle.

Nada obstante, o controle de convencionalidade é realidade, tanto na ordem interna quanto na ordem internacional, especialmente por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de um mecanismo tem por finalidade justamente obter a adequação normativa entre normas internas e normas internacionais, para fazer valer justamente aquela ideia de que esses tratados, que simultaneamente integram ordens de diversos países, tenham uma aplicação e uma interpretação minimamente unívoca.

O controle de convencionalidade é realidade no judiciário brasileiro e, por meio dele, é que se vai possivelmente garantir uma uniformidade quanto à observância dessas normas que acoplam e que integram ordenamentos jurídicos estatais diversos.

Um tema muito interessante que demonstra a concretização de direitos socioeconômicos a partir do cotejo da legislação interna com as normas internacionais são as inúmeras ações em que o Supremo Tribunal julgou relativamente à possibilidade da exploração econômica da atividade do amianto¹⁴.

Foram diversas ações julgadas em anos distintos, até que, em decisão final, o Supremo Tribunal Federal privilegiou a observância de duas convenções da OIT que especificamente proibiam a exploração econômica do amianto, que é um minério, sabidamente cancerígeno, que traz uma série de problemas à saúde do trabalhador que tem contato direto e indireto com o seu manuseio. Isso porque inúmeros dados da OMS mostram que familiares de trabalhadores que tinham contato com o amianto também sofriam dos danos à saúde que esse mineral traz¹⁵.

As decisões que o Supremo proferiu sobre a matéria, especialmente a última, levou em conta exatamente a necessidade de observância dessas convenções da OIT que proíbem a exploração econômica do amianto, ou seja, é a justiça constitucional equilibrando a livre iniciativa, o capitalismo, a livre concorrência, a livre exploração de qualquer atividade econômica, com a valorização da saúde do trabalhador, com a valorização do trabalho humano, que são também princípios que orientam a nossa Constituição Econômica.

Realizou-se, então, aí, um típico controle de convencionalidade - muito embora as decisões não mencionem essa expressão, fica claro que realmente se realizou ali um controle de convencionalidade, porque se entendeu que aquelas normas internas brasileiras que possibilitavam a exploração do amianto estavam em contradição, eram contrárias, aos tratados internacionais, especificamente essas duas convenções da OIT, e por este fundamento também se reconheceu a sua inconstitucionalidade.

Portanto, temos uma modalidade de controle de convencionalidade sendo realizado pela justiça constitucional brasileira para fazer valer os preceitos desse constitucionalismo global, que, indiscutivelmente, está presente na realidade contemporânea da Justiça Constitucional brasileira.

13 - Vide, a esse respeito: FARACO, Marina. Pluralismos jurídicos sob a perspectiva de um código de processo constitucional: a necessária regulamentação processual do controle de convencionalidade das leis no Brasil. In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda (Orgs.). Um Código de Processo Constitucional para o Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 337-354.

14 - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.066, Relatora Ministra Rosa Weber, julgamento em 24 ago. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 11 abr. 2023.

15 - Vide, a esse respeito: TAVARES, André Ramos, FARACO, Marina. O STF e a Constituição Econômica: casos e funções. Curitiba: Editora Intersaberes, 2022.

Capítulo 6

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS IMPACTOS NO DIREITO DO TRABALHO

Luciana Yeung

Professora-pesquisadora do Insper nas áreas de Direito, Microeconomia e Políticas Públicas. Doutora em Economia, Escola de Economia de São Paulo (FGV/SP) (2010) Visiting Scholar Law School-University of California, Berkeley. Mestre em Economia Aplicada e Agrícola, University of Wisconsin, Madison (2002); Mestrado em Relações Industriais, University of Wisconsin, Madison. (2001); Graduação em Economia, FEA-USP (Universidade de São Paulo) (1996).

Inicio esta abordagem de maneira bem cuidadosa, trazendo também alguns exemplos de pesquisas empíricas, que é o que mais costumo fazer, de análise econômica do direito aplicada ao Direito do Trabalho.

Inicialmente, será feita uma revisão sobre o que é a Análise Econômica do Direito - AED, mas prefiro abordar preliminarmente dizendo o que não é a AED.

Na verdade, acompanho esse movimento da disseminação da análise econômica do direito praticamente desde o surgimento, uns 20 anos atrás, aqui no Brasil, e realmente não imaginávamos que a AED um dia fosse chegar ao estágio que está hoje, sendo citado por juízes, desembargadores e até mesmo ministros.

E vemos também uma disseminação de cursos em escolas de magistraturas, em cursos de pós-graduação, Advocacia Geral, Procuradoria Geral, isto é, diversas instituições judiciais de diversos níveis do direito estão discutindo a AED.

Há dois lados nisso: o positivo e o negativo. O lado positivo era que queríamos isso, desde o começo, os criadores, os fundadores da associação, dos estudiosos. Mas o lado negativo é que ela se tornou uma espécie de “modinha” em alguns círculos jurídicos. Gerando uma série de problemas, pois ouve-se comentários sobre o que é a AED, que não procedem.

Na verdade, isso acaba prejudicando mais o trabalho, principalmente para nós acadêmicos, que queremos que a AED seja bem compreendida pelo mundo das políticas públicas, às vezes trazem incompreensões que podem gerar resultados desastrosos.

As pessoas acabam fugindo da AED, achando ser algo que não é. E como já foi mencionado algumas dessas discussões, dizendo o que é a análise econômica e o que não é, trarei outras informações.

Mesmo sendo assunto da economia, não pretendo aqui discutir sobre mercado de ações, mercados, câmbio. Mas isto não quer dizer que necessariamente a Análise Econômica do Direito tratará somente disso. O que é bastante comum, talvez muitos já devam ter ouvido a ideia de que a Análise Econômica do Direito lida somente com questões do direito que tenham relação com questões monetárias, financeiras.

Comecei meus estudos de Análise Econômica do Direito entendendo a organização do Judiciário. Hoje estudo decisões judiciais, que normalmente não têm implicação financeira, monetária nenhuma. Isso não é o que define.

Direito Econômico foi uma das áreas dentro do direito em que os economistas, primeiramente, interessados em análise econômica, de fato entraram, mas hoje ela não se limita somente ao Direito Econômico.

Não se pode fazer uso de maneira equivocada das informações obtidas nos cursos EAD, não se pode usar o economês, simplesmente porque leram superficialmente, ou folhearem o manual de economia, de microeconomia, o MANC, que todos conhecem.

Já presenciei por vezes algumas pessoas que diziam estudar análise econômica simplesmente usando alguns termos e aplicando em algum contexto jurídico. Ou seja, não mudou em nada a maneira de pensar, a maneira de raciocinar, de resolver, de propor soluções, mas se apropriaram de uns termos da economia, dizendo que era uma análise econômica.

É preciso tomar muito cuidado com esse medo de enxergar o direito com análise econômica. De fato, até mesmo grandes juristas, inclusive, escreveram textos, artigos com um certo pavor, o que é muito compreensível.

Na economia, temos pavor de que a matemática invada a Economia. E no Direito, as pessoas têm um pavor de que a Economia invada o Direito. Quer dizer, ao fazermos nossos estudos, não tem nada de bárbaros invadindo o mundo do direito com uma análise econômica. Isso não faz o menor sentido.

Sobre a Imposição de viés “eficientista”, rapidamente abordarei uma discussão sobre eficiência, que de fato permeia muito a discussão da análise econômica, mas ela tem um motivo. Apesar de também não ser uma única visão, um único parâmetro de estudo da análise econômica se basear só no critério de eficiência. É uma coisa que temos visto, isso mais em trabalhos escritos, um relatório, um parecer, uma nota técnica, sendo escrito metade por um jurista e a outra por um economista.

Esse trabalho não é um trabalho de análise econômica do direito. É a primeira parte de economia, e a segunda parte do jurídico. Então é, na verdade, uma mescla, pela própria definição, conceito, ela tem que ser uma mescla. O jurista que vai estudar a análise econômica do direito tem que estudar a economia. O economista que vai estudar a análise econômica do direito tem que estudar direito, tem que ler as leis, tem que ler as decisões judiciais.

No doutorado, quando comecei a Análise Econômica do Direito, consultei o manual da professora Ada Pellegrini¹, para entender o processo. Então, basicamente, precisamos cruzar as pontes.

É um trabalho difícil, claro, estamos acostumados, somos treinados com a nossa linguagem, da nossa ciência, pensar de uma determinada maneira. A interdisciplinaridade que a Análise Econômica do Direito requer, exige que cruzemos as fronteiras. E para cruzar as fronteiras, é preciso aprender a língua, o idioma do outro lado.

Às vezes, sim, apresenta dificuldade com certeza, mas certamente trará uma proposição de soluções muito mais ricas, que é exatamente essa a ideia. Se eu pudesse citar algumas características sobre o que é um trabalho de Análise Econômica do Direito, eu começaria com a lógica dedutiva. A partir daí, criaria alguns modelos que podem ser teóricos ou conceituais para entender e, na verdade prever, quais seriam os comportamentos humanos perante determinadas situações e a consequência desses resultados, desses comportamentos. Podendo ser de qualquer área do direito.

É claro que a Análise Econômica do Direito, já mencionada pelo professor doutor Bruno, começou com o Ronald Coase, em 1960, discutindo direito de propriedade, contratos, mas começamos também a discutir responsabilidade civil. E agora temos a discussão de análise econômica do crime.

O projeto do ano de 2023 é aprofundar na Análise Econômica do Direito Constitucional. E, de novo, não necessariamente tendo implicação monetária. Então, é usar uma maneira de pensar, de olhar esse tema.

Agora, poderia também ser, a ADE, uma utilização de uma metodologia indutiva. A metodologia indutiva será ao contrário, é só conferir no mundo real para ver o que está acontecendo, que nada mais é do que os estudos empíricos. Ir para o mundo, olhar, colher os dados, usar uma estatística, uma econometria, uma geometria para entender esse mundo.

1 - Ada Pellegrini Grinover (Nápoles, 16 de abril de 1933 - São Paulo, 13 de julho de 2017) foi uma jurista e advogada ítalo-brasileira, professora titular da Universidade de São Paulo e procuradora do Estado de São Paulo.

Só se entende o mundo, olhando para ele. E isso consiste em fazer proposições de soluções para problemas reais do mundo, olhando para o que está acontecendo no mundo, de certo e de errado. Então, também é uma utilização de uma metodologia indutiva.

Claro que uma pesquisa que utiliza o método dedutivo, terá a metodologia dedutiva, e assim utilizará mais modelos.

Um outro trabalho que, eventualmente, será mais indutivo, utilizarei métodos empíricos. Eventualmente, posso até combinar. Mas o que, então, une essas duas maneiras de entender o mundo jurídico? A resposta é: o método científico.

Então, o método indutivo e o método dedutivo são duas metodologias possíveis do método científico, ambas válidas, dependendo da maneira como a sua pesquisa será realizada, olhar o seu objeto, olhar o problema que se quer resolver. Pode ser uma ou pode ser outra. É só evitarmos dogmatismo sempre que utilizar uma metodologia que seja científica, e é isso que propõe a Análise Econômica do Direito.

Existe uma certa crítica, que mencionei antes, sobre uma visão de eficientismo da análise econômica. Bem rapidamente, direi o porquê de o economista se preocupar tanto com eficiência.

Porque, da mesma maneira que, ocorre com os juristas, o parâmetro de decisão, de problemas, de olhar o mundo, é um parâmetro de justiça, e sei que há todos os problemas para definir o que é a justiça, mas, enfim, o parâmetro do jurista é a justiça ou a legalidade. Os dois lados são os dois parâmetros principais para o direito.

Na economia, o parâmetro não poderia ser justiça, pois nós não somos treinados para falar de justiça. Devemos sempre tomar muito cuidado e desconfiar quando o economista disser que está resolvendo um problema com base em justiça porque nunca fomos treinados para isso, pois o nosso critério não é a justiça.

Não entendemos de lei, então também não pode ser o critério da legalidade. O nosso problema, o nosso parâmetro de resolução de problemas reais é a eficiência. Há dezenas de conceitos de eficiência, definições de eficiência, mas resumirei aqui rapidamente em uma frase: ninguém gosta de desperdício.

Se estou preocupada em não desperdiçar recursos que são escassos no nosso planeta e talvez no nosso universo, estamos preocupados com a eficiência. Se estivermos falando de uma campanha médica, estamos falando aqui de uma política, uma campanha de vacinação contra a COVID, contra a paralisia infantil, enfim. É óbvio querermos que essa política, que essa campanha seja feita de uma maneira eficiente, sem desperdícios de recursos. E isso poderia servir para qualquer análise de políticas, inclusive voltada para o direito.

Portanto, essa ideia de eficiência não é tão absurda assim e que ela perpassa por uma ideia muito comum de evitar desperdícios, principalmente no país com tanta pobreza quanto o nosso. Então, sim, de uma certa maneira, o critério de eficiência, perpassa muitas das decisões, os critérios de avaliação de uma política econômica, de uma análise econômica.

Olhar um método de investigação para analisarmos impactos, consequências, dado o que observamos no mundo real, de uma certa maneira, estamos preocupados com o que vai acontecer quando uma norma, uma decisão judicial e uma lei são impostas; e como é que as pessoas vão reagir para isso.

E, de preferência, temos que fazer um esforço de realmente aprofundar, conhecer o idioma. Não precisa falar fluentemente, mas, de uma certa maneira, precisamos investir um tempo para justamente tentar fazer um trabalho mais interdisciplinar. É como se fosse uma caixa com instrumentos adaptados, não duas caixas separadas, uma do lado da outra.

Então, se eu pudesse resumir Análise Econômica do Direito, na verdade, é um método de investigação, é um método analítico. Não é o tema que definirá a Análise Econômica do Direito.

É a maneira como eu vou olhar qualquer assunto do direito, e poderia usar a ciência política. Então é um instrumento, é a ideia de que os agentes vão olhar para a norma e vão reagir.

Foi muito curioso, porque uma vez em uma conversa com um jurista, que não tem tanta familiaridade com Análise Econômica do Direito, ele tentou argumentar comigo de que não interessa essa coisa de agentes respondendo a incentivos.

Falei, mas como não? Se são os profissionais do direito que mais deveriam se preocupar que os agentes realmente reajam aos incentivos. Porque se ele estava me dizendo que não interessava que gerassem incentivos, estava dizendo que a lei pode ser completamente inócuas, que está tudo bem, já que é um jurista. Deixando claro para mim que a lei pode não ter efeito nenhum, que a decisão judicial pode eventualmente não ser cumprida, não ser seguida.

Se alguém me diz que se importa que a lei tenha um efeito, que a decisão judicial tenha um efeito, que a norma tenha um efeito, que o contrato seja cumprido, está dizendo que espera que os agentes reajam aos incentivos.

Mas aí, de novo, uma visão muito equivocada de que os incentivos econômicos são sempre preços, custos. Não. Na Análise Econômica do Direito o principal incentivo são as normas. E isso, felizmente, os agentes reagem.

A grande questão talvez seja que, se houver um ambiente institucional em que as normas são de maneira consistente não cumpridas, aquele termo horrível, a lei que não pega, é sinal de que aquela lei não vale. E aí os agentes vão reagir a esse incentivo de que a lei não está valendo. É uma reação mesmo assim.

Então, de novo, ainda estamos preocupados em saber como eles reagirão. Respeitando, seguindo ou não seguindo a norma colocada. Então, isso, de novo, continua valendo.

No mestrado em relações trabalhistas, uma área interdisciplinar também, nos Estados Unidos, aprendemos, inclusive, são ministradas aulas com sindicalista, negociação, dentre outros. Então, é óbvio, as relações trabalhistas não são harmônicas. É meio assim querer acreditar em algo fantasioso como unicórnios cor de rosa e dizer que as relações trabalhistas, capital e trabalho, são harmônicas. Não são. Mas isso não quer dizer que elas não possam, de certa maneira, elas têm que ser sempre litigiosas.

Como poderíamos entender, pela Análise Econômica do Direito, essa questão de que o mundo do trabalho não é harmônico por natureza? Nós, economistas, vamos dizer que existem diversos problemas de falhas de mercado. Então, tem um conceito, um estudo de falhas de mercado, porque tenho assimetria de informação.

O curioso é que, no caso do Direito do Trabalho, tenho situações em que a assimetria de informação vai favorecer, sim, o empregador, mas haverá outras situações em que a assimetria de informação, na verdade, favorece o trabalhador. Questões e informações relacionadas à própria condição e à própria natureza do empregado.

Então, essa relação de assimetria de informação que, no mundo do consumidor, ela tende até a ser quase que sempre “benéfica” para a empresa, mas prejudicial para o consumidor. Porém, no mundo do trabalho, encontro mais situações em que a assimetria de informação pode também favorecer o empregado ao invés do empregador.

Mas é lógico que há situações em que a assimetria favorece o empregador. E daí há outras questões também que é o poder de barganha, pouco estudada pelos economistas, mas que certamente afeta.

Em relação ao poder de mercado, se tenho um empregador que com grande poder econômico, certamente isso vai gerar um problema na relação de trabalho. Então, de uma perspectiva econômica, na verdade, existem esses problemas de falhas de mercado e não se pode esperar que haja uma cooperação voluntária e natural nas relações trabalhistas entre o capital e o trabalho.

O nosso desafio aqui, tanto para a Justiça, quanto nós acadêmicos que ensinamos isso, é tentarmos encontrar soluções inteligentes para resolver eventualmente, para minimizar esses conflitos que vão aparecer. E essa é a nossa ideia.

Ao ter a oportunidade de escrever um verbete sobre a análise econômica de direito trabalhista na *Encyclopedia of Law Economics*, argumentei a minha posição de que se conseguirmos juntar essa perspectiva econômica com uma perspectiva puramente do direito, juntar tudo e transformar tudo dentro de uma caixa, encontraremos essas soluções que sejam inteligentes, como eu acabei de colocar.

É preciso lembrar que, como nós economistas falamos, existem falhas de mercado, existem questões, desequilíbrios em diversas situações. E o que precisamos entender é como fazer isso da melhor maneira, sabendo que os agentes vão reagir aos incentivos.

Sim, a regulação do trabalho precisa ir além de, eventualmente, uma visão um pouco mais, talvez, norte-americana, de olhar para a relação do trabalho meramente como uma relação contratual. Existem falhas de mercado mais graves, eventualmente, do que numa falha, numa relação contratual, entre aspas, normal.

Quero compartilhar agora minhas empreitadas e aventuras de estudos empíricos na Justiça Trabalhista brasileira. Como não faço pesquisa somente com a Justiça Trabalhista, considero que o Direito do Trabalho brasileiro é um campo muito fértil, muito interessante para se aplicar estudos empíricos e estudos de Análise Econômica do Direito.

Começo com uma brincadeira que fiz, literalmente, com o Bruno Salama, que também é um grande nome da Análise Econômica do Direito. Na época, tínhamos o Danilo Carlotti, que é um doutor em Direito, que foi explorar a área de programação. E queríamos fazer uma brincadeira que começamos em 2015. Convocamos o Danilo Carlotti para justamente fazer uma programação a fim de extrair informações de julgados da Justiça Trabalhista para ver no que dava.

E, basicamente, fizemos um exercício de extração desses dados pelo Big Data, ou seja, uma programação computacional para acessar as bases públicas e fazer uma catalogação, utilizando palavras-chave, para ver o que encontrariamos no mundo real, os dados empíricos.

Fizemos um recorte sobre os julgados TRT2, em um período de 2006 a 2016. Como foi feito bem no início ainda havia poucas informações, poucas decisões que foram digitalizadas. Aqui vão ser todas, através do sistema do *text mining*.

Encontramos para esse período, do TRT2, filtrando, utilizando palavras que mais nos interessaram. Obtivemos por volta de 130 mil decisões.

Foi um exercício, assim, quero deixar bem claro, já que falamos tanto de ciência, que é um exercício bem desprestensioso. Não aplicamos ainda nenhuma econometria. Queríamos somente testar um pouco o *text mining* que estava começando naquele momento.

Filtramos aqui somente para iniciais trazidas por trabalhadores, os poucos casos em que as empresas iniciaram, descartamos. Encontramos fotografia, sem pensar muito qual que é o resultado disso. Mas encontramos uma fotografia dessas quase 130 mil decisões, que em somente 11,45%, somente primeira instância, então em 11,45% desses casos, as sentenças foram improcedentes. Não teve nenhum, totalmente desfavorável para o trabalhador.

Fiquei também impressionada com o valor médio dessas condenações, nessa amostra de 130 mil: foram R\$ 28.500,00. Lembrando que este valor é resultado do período que analisamos, o que já é consideravelmente bastante alto. Imaginávamos que fosse uma média mais baixa.

Porém, na verdade, ela está bem concentrada, abaixo dos 20 mil reais, alguns pontos bem outliers, mais para cima, acima de 100 mil, mas basicamente todas elas mais concentradas abaixo dos 20 mil, e mais ainda no início dessa distribuição.

Encontramos também a questão sobre o acesso da justiça gratuita. Em quantos desses 130 mil casos foram feitas explicitamente pedidos de acesso gratuito? Em 77% delas, explicitamente, isso podemos ter tranquilidade.

A questão da programação é que às vezes pode ter um falso negativo. Acreditávamos que não havia a discussão sobre a questão de justiça gratuita, mas efetivamente pode aparecer lá e escondido no meio dos termos, enfim, não com uma terminologia direta.

Em 77% é possível garantir, havendo um pedido de justiça gratuita, e desses 77%, quase que a integralidade foi concedida nessas ações.

Também vimos uma coisa interessante a respeito dos acordos judiciais que aconteceram. Separamos por grandes empresas, valores variam em alguns de maneira significativa, mas as outras instituições bancárias, por exemplo, tendem a ser mais ou menos uniformizadas.

Como disse antes, foi uma brincadeira que fizemos, porque tanto eu quanto o Bruno somos acadêmicos, e olhamos para essas coisas do mundo real, a fotografia é bem detalhada, é como se no passado tivéssemos câmeras com resoluções muito ruins, e agora com o *text mining*, com a inteligência artificial, conseguimos ter uma fotografia bem mais detalhada.

Quando iríamos conseguir, tempos atrás, analisar de uma vez só 130 mil decisões. Com isso, o que fizemos? Começamos a ter mais dúvidas. Na verdade, olhamos para o mundo para começar a ter mais dúvidas e realizar novas pesquisas no futuro.

E daí surgiram várias questões que me fizeram continuar algumas pesquisas. Por exemplo, se de fato somente 11,45% dos casos iniciados por empregados, eles são improcedentes, isso está querendo dizer que as empregadoras estão tendo um alto grau de perda.

Se isso é verdade, e baseado em uma literatura que o Dr. Bruno mencionou, da Análise Econômica do Processo, os incentivos para o litígio, para litigar, é uma literatura antiga na Análise Econômica do Direito, pelo menos da década de 1970.

Por que as empresas continuam litigando?

Se conversarmos com os juízes, com os advogados, ouviremos histórias, começaremos a entender que talvez não seja só o percentual de ganho que interessa para continuar o litígio. E aí em cima disso podemos começar novas pesquisas, que inclusive o que estou fazendo.

Uma das perguntas que surgem fora essa, segundo tendências de decisões judiciais, é: “Será que existe algum tal viés?” Tem muita evidência anedótica, as pessoas comentando, porque a Justiça tem de favorecer fulano, tem de favorecer ciclano. Isso acontece mesmo?

Vamos sair um pouco dessas evidências anedóticas, desses achismos e tentar encontrar na estatística, no mundo real, nos dados empíricos, se realmente isso está acontecendo? São perguntas que tenho? Será que tem mesmo tendência anti-banco, anti-empregador, anti-empresa ou, ao contrário, anti-empregado?

Um outro tema que sempre me interessa particularmente é índice de reversão, já que a Análise Econômica do Direito está muito preocupada com questões de segurança jurídica. Talvez pudéssemos tentar averiguar melhor tema.

Acordos, sejam judiciais, sejam extrajudiciais. Em quais situações elas acontecem? Mais uma pergunta que poderia ser respondida com dados empíricos. E assim será.

Para começar a responder essas questões, continuei um trabalho agora já com um colega economista teórico, e estamos usando, na verdade, a chamada teoria dos jogos.

Então, a teoria dos jogos é abstrata, é uma teoria, é um modelo teórico, para tentar fazer previsão de comportamento.

Então, sendo ele um bom teórico de jogos, fez na análise de jogos deles, e na verdade fizemos uma combinação com os dados empíricos de big data, para ver se a previsão do modelo de teoria dos jogos realmente se confirma.

Porque as empresas e os empregados litigam, tentam muito mais vezes o litígio do que um acordo?

Esse é um tema o qual fomos mais para a frente. Recentemente, soube de maneira completamente ao acaso, e que me deixou muito feliz, de dois julgados que aconteceram no STF, em que fizeram citação de um outro trabalho empírico que realizei, na área de Justiça do Trabalho.

Nesses dois julgados supracitados, uma relatada pelo ministro Fux e outra pelo ministro Barroso, fizeram citação de um trabalho que apresentei em 2016, sobre a questão de terceirização da mão de obra. Naquela época, não tinha passado a nova lei, e foi justamente, tentando ver, prever quais seriam seus impactos e como seria olhar esse mundo da terceirização naquele momento.

Observando ali, julgado o TRT 2 e do TRT 4, agora no caso, já acordo de segunda instância, decisões de segunda instância, sempre envolvendo conflitos na questão de terceirização, aqui no caso, focado em instituições bancárias.

A minha amostra aqui foi, 450 julgados, maioria deles do TRT 2 e algumas do TRT 4, o qual foi feito à mão, não teve inteligência artificial, não teve big data, mas o que mostrei naquele estudo que, inclusive, está disponível no site do CEDES, que é o Centro de Estudos em Direito Econômico e Social, instituição que me pediram esse estudo.

Percebi que, naquela época, quando valia ainda a regra de somente poder terceirizar atividades meio, na verdade, havia várias discussões em que, é como se soubessem bem o que fosse uma atividade, se tivesse uma atividade meio para esse julgamento, se pode ou não pode terceirizar. Mas elas, de fato, eram completamente inócuas, até mesmo dentro dos tribunais, porque foi perceptível que o que mostrei, é que nem mesmo entre os magistrados havia um consenso do que a atividade tinha atividade meio.

Analisei, basicamente, as decisões para cada disputa, qual era a vara da origem; o mês, o ano do julgamento, relator, qual era a parte empregadora; o banco envolvido, claro que muitos deles eram já terceirizados; o gênero, o sexo do empregado, do autor, atividade, e aí qual foi a decisão.

Foram analisados somente os empregados relacionados ao setor bancário e, desses 450 casos analisados, todos eles ocupavam alguma dessas atividades, seja de atendimento na agência bancária, um auxiliar administrativo, alguém ligado à área de crédito compensação, uma atividade bancária, no meu entendimento, por natureza, pessoal ligado à tecnologia de informação; aí quis controlar pelo setor de manutenção, conservação, limpeza e segurança, que já naquela época era possível, era legal terceirizar, trabalho de telemarketing, transporte de documentos, empresas de motoboys, e eventualmente venda de cartão, de câmbio.

Então, dentro desses 450 casos, havia pessoas ocupando os cargos supracitados. E ao encontrar as decisões, analisando uma por uma, é que para nenhuma dessas atividades, tirando manutenção, conservação, limpeza, segurança e vigilância, e nenhuma delas havia consenso entre os julgados se era uma atividade fim ou se era uma atividade meio. Então, todos os resultados foram organizados em tabela.

Considero como sendo atividade de natureza puramente bancária, atividade fim do banco: crédito, compensação, cobrança, financiamento; mas vejam que somente 66%, ou seja, 55 dos 83 casos, consideraram efetivamente uma atividade fim.

Há ainda uns 28 casos em que, por algum motivo, o julgado considerou que atividades relacionadas a essa questão era uma atividade meio. E aí, eventualmente, permitiu a legalização da terceirização. Temos um caso de auxiliar administrativo, aí tem as atividades que, por natureza, já sabíamos que havia muita divergência entre os julgados. Então, para auxiliar administrativo, atividades relacionadas ao auxiliar administrativo, 40% consideraram atividade fim e 60% consideraram atividade meio.

Em outro caso, o de telemarketing, em que um terço considerou como uma atividade fim do banco e dois terços consideraram, dos quais menciono, como sendo os todos julgados. Dois

terços consideraram como atividade meio. Atendimento, quase metade de metade. Metade dos julgados considerou como atividade fim, metade considerou como atividade meio.

Setor de TI, que também tinha muito problema de conflitos, de terceirização, metade e metade mesmo, 47.8% e o outro 52.2%. Então considerando como sendo atividade meio.

No setor de vendas, percebi que, na verdade, estendi este trabalho depois para a área de transportes, é que essa ideia de que é óbvio que seja uma atividade fim, que é óbvio que a atividade meio, para permitir a terceirização ou não, na verdade não estava acontecendo dentro dos julgados.

Então, na verdade, existe uma grande insegurança sobre essa questão.

Para finalizar, considero que a Análise Econômica do Direito é um instrumento que pode ser aplicado de forma bastante poderosa no sentido de fazer previsões de comportamento, de regras, de normas sobre o resultado na sociedade, com impactos sociais, jurídicos e econômicos bastante claros. E que possa cada vez mais ser utilizado pelos tribunais, inclusive os tribunais superiores.

Capítulo 7

DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO CONCORRENCEIAL E DIREITO DO TRABALHO

Juliana Oliveira Domingues

Procuradora- Chefe da Procuradoria Federal Especializada na Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Professora de Direito Econômico na USP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Fico muitíssima contente de poder trazer outra perspectiva ao falar sobre o Direito Antitruste ou Direito da Concorrência, e de Análise Econômica do Direito no Direito da Concorrência é quase um pleonasmo, é mais ou menos isso: são temas inerentes.

Faço parte de um grupo de profissionais que, desde a década de 1990, aplica a Análise Econômica do Direito, que sempre pesquisei dentro do Direito Concorrenciais, também chamado de Direito Antitruste.

Serão abordados aqui os tópicos que temos tratado, em uma perspectiva rápida, histórica, mas mostrar, principalmente, como o Direito Concorrenciais tem esse diálogo com o Direito do Trabalho.

Inclusive, em 2018, ganhei um prêmio juntamente com a professora Amanda Athayde, da UNB, e a pesquisadora Nayana Mendonça, chamado “o improvável encontro entre o Direito Antitruste e o Direito do Trabalho”. O tema era justamente voltado a mostrar como não podemos mais ver o Direito em “pequenas caixas”, em mundos diferentes onde os temas não se comunicam.

Os fenômenos jurídicos não estão presos numa única área. Então, efetivamente, compartilharei um pouco dessa experiência também do CADE. Afinal, como começa esse diálogo do Direito Antitruste com o mercado de trabalho?

Considero muito importante mostrar um pouquinho do que é o CADE, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Por incrível que pareça, este órgão completou 60 anos, mas ainda é um ilustre desconhecido, não só da comunidade jurídica, mas no Brasil ele “não pegou”, vamos dizer assim, tal como ocorreu com o Direito do Consumidor. Apesar de ambos estarem ali, no mesmo eixo constitucional (art. 170, CF), todo mundo sabe que existe o Direito do Consumidor. Todos sabem que existe o Código de Defesa do Consumidor, mas poucos sabem que existe o Direito Antitruste, o Direito da Concorrência.

O termo “antitruste” e “concorrência” são usados, ao mesmo tempo, porque aqui no Brasil são encontradas essas traduções. É importante destacar que o Direito da Concorrência não se confunde com concorrência desleal. Esse já é o primeiro ponto que insisto bastante, porque não raro confundem a relação entre privados (da concorrência desleal) com a relação própria e pública que temos no Direito da Concorrência.

O Direito da Concorrência não é voltado para tratar de litígios entre privados, mas desde o nascimento do Direito Concorrenciais e da Lei Malaia no Brasil - como ela foi chamada nos primórdios da criação do CADE - nunca houve uma desconexão do fenômeno antitruste com as relações sociais. E, dentro das relações sociais, também temos as relações que vão tratar das relações trabalhistas.

O Direito Concorrenciais evoluiu com a estrutura do CADE que temos hoje, porque este começou a efetivamente ter uma perspectiva maior de crescimento e de análise de grandes casos, a partir da década de 1990.

Há uma explicação econômica para esse fenômeno, pois tínhamos uma economia fechada, onde o tabelamento de preço era a realidade. Quem viveu na década de 1980, sabe do que estou falando. Foi um momento desafiador que realmente passamos, por isso temos um marco constitucional importante quando, dentro da Constituição de 1988, o capitalismo foi estabelecido como modelo. O fato de abrirmos o nosso mercado, de termos o Brasil como um player pleno internacional, aderindo aos Acordos da OMC de passarmos essa mensagem de um país mais internacionalizado e aberto, gerou também o movimento das empresas. Não só um movimento natural das empresas de fora adquirindo empresas nacionais, mas também das empresas nacionais que começaram a adquirir as empresas fora do Brasil.

Isso foi muito interessante: o movimento de internacionalização das empresas. Incluindo as empresas que até então eram tidas como “empresas familiares”, isto é, empresas como Gerdau, Votorantim, Odebrecht (empresas de origem familiar), no Brasil. Estas fizeram um movimento de abertura de mercado, adaptaram-se às mudanças do mercado de capitais, inclusive. Então, tivemos toda uma mudança, tanto que a importância da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) hoje é outra.

E no caso do CADE, por muito tempo, teve foco no controle de estruturas e se dedicou a regular o ambiente concorrencial, e esse ponto é importante. Sua preocupação é o efeito de uma determinada operação para o ambiente concorrencial.

E, para compreender como essa concorrência vai acontecer, trabalhamos com o eixo de definição de mercado relevante. Quando se fala de mercado relevante, estamos tratando do “coração” do antitruste, do Direito da Concorrência – e realmente é aí que se pode entender onde e qual é o ambiente onde acontece a concorrência, onde, de fato, temos foco para identificar questões concorrenenciais dentre as possíveis falhas de mercado – onde o Direito pode colaborar para mitigar os efeitos negativos potenciais de uma determinada operação ou, como é o caso que será abordado na sequência, de uma conduta anticoncorrencial.

Ainda se fala muito da conduta de cartel, por esta ser anticoncorrencial mais próxima do nosso dia a dia. É possível que muitos já tenham sofrido algum dia pagando preços cartelizados. E em casos de cartel também é preciso definir o ambiente – i.e. o mercado relevante – onde ocorre concorrência.

Vejam que estamos falando desde pequenos mercados, onde já foram identificados e condenados casos de cartel (como de taxistas locais, jornaleiros), como também de grandes mercados, mercados internacionais. Por exemplo, o cartel de Lisina foi um cartel internacional. Há vários exemplos de cartéis internacionais, como o de Mangueiras Marítimas. A depender do mercado, a análise é feita para justamente identificar quais são as características daquele mercado e quais seriam os remédios possíveis que poderíamos aplicar juridicamente.

E o remédio? Como todo médico também se preocupa, o remédio não pode matar o paciente. Então, o problema é esse. Imaginem que no CADE, todos devem fazer essa análise, passamos por uma *sabatinanmoi* Senado, justamente para comprovar que sabemos e entendemos o Direito Concorrencial e o Direito Econômico.

O fato é o seguinte: algumas das presunções que partimos dependem da dinâmica do mercado naquele momento. Então, por exemplo, se é aplicado um imposto de importação elevado, ou se há uma medida antidumping aplicada para um determinado produto, provavelmente não poderemos dizer que aquele produto será contestado por importações.

A lógica do mercado pode mudar a partir do momento que se suspende uma medida antidumping, ou quando é alterada uma taxa ou imposto. Então, não há no antitruste uma tese pronta, pois cada caso é um caso e cada qual merece um olhar diferenciado e a análise é jurídica e econômica. É preciso ter esse diálogo. Inclusive, dentro do CADE, existe um Departamento de Estudos Econômicos (DEE), ou seja, quem está ali no Conselho - a própria procuradoria -

trabalha e analisa a definição de mercado relevante, inclusive faz propostas para esses remédios que são considerados necessários, que podem ser remédios comportamentais ou não.

Como um exemplo genérico, o caso Sadia/Perdigão que teve repercussão nacional, que todo mundo acompanhou. Os casos problemáticos são os que saem na mídia. O CADE analisa centenas de operações por mês, mas o que sai na mídia é o que geralmente traz algum problema. Então, nesse caso, por exemplo, tivemos remédios voltados à suspensão de marcas, além da necessidade venda de ativos. Essas são medidas adotadas para tentar mitigar um eventual poder de concentração econômica, que dentro do ambiente concorrencial, venha a eliminar o restante da concorrência. A autoridade antitruste considera as operações que podem prejudicar o bem-estar do consumidor. No final, o bem-estar do consumidor, o *consumer welfare*, é o foco central.

Agora, quando se fala de direito do trabalho na análise antitruste, onde essas matérias se encontram?

E aí temos, desde cartéis de fixação salarial, com outros casos clássicos. Há um caso muito antigo nos Estados Unidos, falando sobre esse tema, inclusive no mercado de saúde, outros mais recentes, na década de 1990. Um inclusive que envolvia as modelos e a fixação de seus cachês na semana da moda de Nova York. A associação estabeleceu o máximo que um estilista podia pagar para uma modelo. São casos interessantíssimos e de mercados diferentes que vão envolver, de um lado, a liberdade de contratar e, de outro, o prejuízo ao bem-estar desses trabalhadores. E esses cartéis são comuns, por incrível que pareça, principalmente quando estamos falando de monopólios: é muito comum.

Quando temos a configuração dessas situações, o antitruste vai agir.

É óbvio que o antitruste faz isso com base na sua própria legislação. No Brasil, a Lei 12.529 de 2011 (Lei Antitruste) está em vigor há mais de 10 anos, reforçando o combate a cartéis. Costumo dizer que a prática de cartel é a menina dos olhos do CADE, por tudo que o cartel representa, pela quantidade de casos que temos, pela cultura “de controle da concorrência” que ainda temos.

Nesse sentido, importante compartilhar recente experiência de quando fui Secretária Nacional do Consumidor e testemunhei um revival. Estava lá na secretaria e de repente, no começo da pandemia, apareciam diversas propostas para tabelar preço. Eu pensei “[...] meu Deus do céu, estou voltando para os anos 1980. Que medo!”. Muitos defendiam copiosamente que a melhor solução e a mais prática, naquele momento, era tabelar preço. Eu falava não.

Brinco que eu estava “na hora errada no lugar certo”, que é mais ou menos isso: ninguém me contou, quando aceitei o convite para mudar para Brasília, que iríamos ter uma pandemia. Na verdade, muitos acreditavam que existiam “soluções simples para problemas complexos”, mas isso não era verdade. Tínhamos que achar soluções jurídicas compatíveis com aquela realidade. Na prática, muitos exercícios foram feitos em mercados que foram afetados imediatamente. Por exemplo, as passagens aéreas: houve um período inicial para remarcações, para criar uma expectativa de reembolso, pois ninguém sabia quanto tempo ia durar a pandemia.

Imaginem o sofrimento dos economistas, para fazer um cálculo sem saber o tempo, sem ter dados suficientes em uma situação totalmente difícil. Obviamente, considerando as melhores informações disponíveis naquele momento e pensando nos impactos, soluções jurídicas foram desenhadas. Então, vejam, isso é muito importante e o Antitruste também faz isso.

Aproveito para falar um pouco, também, das cláusulas de não-concorrência: um clássico. Quando perguntam, nos atos de concentração de empresa, quais são as restrições que o CADE mais aplicou historicamente? Historicamente, restrições foram aplicadas nas cláusulas de não-concorrência. Porque o CADE analisa a cláusula com base na definição do mercado relevante.

Há um acordo entre as partes e naturalmente que, em uma aquisição, uma empresa estabeleça que o seu concorrente não concorrerá quando há o fechamento da operação, aliás, há previsões no Código Civil, dentre outros, nesse sentido.

Não há nada errado nisso, mas, quando há o olhar da concorrência, as bases da não concorrência devem estar fixadas onde a concorrência acontece, isto é, no mercado relevante da operação. Citando, como exemplo, o mercado do agro, no mercado sucroalcooleiro, para fazendo uma homenagem à região interior de São Paulo. Com base naquela região, o mercado relevante é naquela região. Em resumo, o etanol produzido no interior de São Paulo não concorre com o produto etanol produzido no Pará, pois o frete proíbe isso, e aumenta muito o preço.

Não é compatível dizer que a concorrência é nacional neste exemplo, portanto, ao se estabelecer que a cláusula de não competição seria nacional, ou seja, aplicável para o Brasil inteiro, ela passa a ser excessiva para o CADE, porque está interferindo na livre iniciativa do outro agente de mercado em mercados que não atua, onde o seu mercado não concorre.

Portanto, para o outro agente de mercado (nesta operação exemplificativa no mercado de etanol) a cláusula pode restringir a sua livre iniciativa. Veja-se que, se ele quiser instalar uma refinaria, ou empreender alguma outra coisa fora do raio onde se estabelece a concorrência geograficamente, a livre iniciativa está garantida. Aliás, o Direito Antitruste tem a base toda constitucional, sopesando e compatibilizando o princípio da livre concorrência com o princípio da livre iniciativa. São princípios constitucionais da ordem econômica que devem se conversar, o tempo inteiro e o bem-estar do consumidor deve ser sempre preservado na análise antitruste.

Há um outro tema que está na ordem do dia, que é o acordo de não contratação de trabalhadores, os *no-poach agreements*. E esse tema está em alta por conta dessa mudança e surgimento das grandes empresas de tecnologia, que são hoje as empresas com maior valor de mercado.

Nos Estados Unidos, as grandes empresas de tecnologia, passaram recentemente por várias investigações, pois elas estavam estabelecendo os chamados “acordos de não contratação”.

Observem que diferente é essa análise porque se, antes estabelecíamos que a concorrência se dava no mercado pela dimensão produto e pela dimensão geográfica, quando estamos falando de alguns mercados caracterizados pelo poder de monopólio - e que estão ligados à tecnologia - existe uma nova análise que considera o mercado relevante na perspectiva do trabalho.

Observem que onde há concorrência nessas empresas, elas concorrem nos desenvolvedores de tecnologia. Então, o olhar vai para o mercado de trabalho, o que é superinteressante e desafiador para todas as autoridades do mundo interior.

Outro ponto importante a considerar são as trocas de informações sensíveis entre concorrentes, em termos de condições de trabalho, em operações de fusão e aquisição notificadas ao CADE. Isto pode gerar a multa por *gun jumping*, cuja expressão significa “queimar a largada”.

Quando houve a mudança da Lei 8.884 de 1994 para a Lei 12.529 de 2011, uma das principais alterações refere-se à análise de fusões, aquisições, ou seja, de qualquer desenho societário (pode ser uma *joint venture*, desenhos societários diferentes que acontecem), parcerias entre concorrentes. Essas operações precisam ser notificadas ao CADE previamente ao fechamento da operação. Se ocorrerem trocas concorrencialmente sensíveis, antes da análise do CADE, há a possibilidade de aplicação da multa por *gun jumping*.

Nesses casos, especificamente, as empresas não podem trocar informações concorrencialmente sensíveis. Entre elas, estão as condições de trabalho e de contratação, porque essas condições podem ter efeito na concorrência.

Se isso acontecer (a tal da “queimada de largada”, antes da aprovação do CADE), ocorre a aplicação de uma multa. Apenas como anedota, essa multa por *gun jumping* já foi traduzida na magistratura como “armas pulando”, mas não é isso. Não se esqueçam que é “queimar a largada”.

Para ilustrar, indico um documentário incrível, de 45 minutos, chamado *When Rules Don't Apply*, que trata desses mercados de trabalho e das relações de contratação de funcionários dentro dos mercados de tecnologia. Hoje, temos autoridade antitruste com um papel determinante para

desmantelar esses acordos que afetam, de um lado, a concorrência e, de outro, as relações de trabalho e de livre contratação de trabalhadores. Esses acordos envolvem grandes empresas, das quais que certamente muitos já utilizaram os produtos, como o da Apple, Microsoft, dentre outros, e os serviços (porque sempre há alguém que tenha ao menos uma rede social, ou use o whatsapp, por exemplo). Parabenizo aqueles que não têm, pois costumo dizer que as redes sociais sabem mais sobre nós do qualquer pessoa.

Desde sempre, dentro da perspectiva histórica, sempre houve concentrações de poder econômico dentro de sindicatos e é possível que encontrem tudo isso na literatura econômica. E há esse problema que é a restrição das condições de contratação dos trabalhadores, isso tanto com relação aos salários, como nas condições de mobilidade.

E, o CADE, obviamente, não vai analisar com base na CLT ele vai analisar com base na legislação antitruste. Essa preocupação tem sido bastante considerável, principalmente após o guia dos Estados Unidos para RH. Inclusive, esse tem sido um grande tema para o FTC, *Federal Trade Commission*, e não preciso nem dizer que a nossa legislação é muito inspirada na legislação norte-americana, até pelo histórico Sherman Act, que tem mais de 100 anos.

O Sherman Act, para os americanos, é praticamente tão conhecido quanto o Código de Defesa do Consumidor para nós. Em realização de uma pesquisa de doutorado - há mais de 12 anos eu o defendi - e estava num táxi, nos EUA. O taxista perguntou o que eu estava pesquisando. Aí pensei: "lá vou eu ter que explicar". No Brasil, eu falava para os meus amigos de faculdade e a maioria, até hoje, nem sabe o que estou fazendo. Então, ouvi-o falar: "o Sherman Act!". Logo, pensei: "puxa vida, para eles isso faz parte do dia a dia, que eu espero que um dia aconteça com o Direito Antitruste no Brasil". No guia dos EUA voltado para RH, claramente existe a preocupação com esse lícito concorrencial nos acordos entre empregadores.

Observa-se que a análise clássica concorrencial trata de mercados definidos pela perspectiva do produto e geográfica. É mais simples pensar em casos como o da Ambev (concorrência cerveja com cerveja), caso Nestlé/Garoto (chocolate com chocolate). Mas, nesses casos, não existe a necessidade ou a perspectiva de olhar para a concorrência com base no mercado de trabalho. Então, essa é a nova perspectiva que existe: a definição do mercado relevante com base no mercado de trabalho. Nos Estados Unidos, interferir nas contratações e abusar desse poder de monopsônio é crime. E sempre que se fala em crime, acende, também, o sinal amarelo para o mundo corporativo.

Não sem razão, a nossa experiência com os acordos de leniência no Brasil demonstra que muito do que funcionou, no início, foi motivado pelos acordos que eram realizados fora do Brasil, em mercados que eram internacionais. Porque quando um grupo econômico, envolvido em um mercado internacional, desejava garantir a imunidade antitruste em um mercado fora do Brasil, obviamente, também queria garantir a imunidade aqui. E, ainda, temos uma responsabilidade muito grande, no Brasil, pelos acordos internacionais de sempre seguir as melhores práticas.

É perceptível que temos uma notoriedade na área concorrencial muito grande internacional, com prêmios de reconhecimento, inclusive dentro da OCDE. Seguir as melhores práticas nos deu essa notoriedade internacional. O Brasil não está atrás na discussão internacional. Em todos os fóruns internacionais de direito concorrencial o Brasil tem assento. Na própria OCDE, o CADE sempre teve notoriedade.

Para mim, além disso ser uma responsabilidade - porque estou no CADE - nos obriga a sempre atentar às discussões, porque isso faz parte do nosso dia a dia.

Portanto, cabe lembrar que temos esses três eixos de aplicações possíveis da política nacional de proteção da concorrência. Um deles é a atuação preventiva - que seria o mundo ideal, evitando a formação dos monopsônios e monopólios. Digo sempre o seguinte - e é preciso ter isso em mente - monopólio não é ilícito *per se*. Por exemplo: vamos falar de propriedade intelectual, em

homenagem ao professor Pimentel, que foi presidente do INPI. Um empresário cria e desenvolve um produto: se esse produto não concorre com outro, o empresário passa a ser monopolista. Isso é um problema, ou uma falha? Tem até meus amigos que são anarco-capitalistas, que acham que não têm que ter regulação, nem registro de patente, mas não vou entrar nesse mérito, apenas falarei do mundo real da regulação que existe hoje.

Se legitimamente se obtiver essa posição dominante, ou, se estivermos falando de monopólio natural, não há ilícito *per se*. O abuso dessa posição dominante é um ilícito. Nesse sentido, o CADE precisa corrigir esses abusos. Esse é o primeiro ponto.

Não existe intervenção do CADE desnecessária. A não ser que estivéssemos falando de um país que não segue a estrutura da nossa Constituição Federal (que garante a livre iniciativa e a livre concorrência). Isso – i.e intervenção concorrencial desnecessária - nunca aconteceu, historicamente, no nosso país nos últimos anos.

Agora há a atuação repressiva voltada às condutas anticoncorrenciais. Foi mencionado cartel aqui, mas temos diversas condutas que se referem ao abuso de posição dominante no mercado. Como exemplo, há a venda casada do antitruste, que não é a venda casada do consumidor. Temos várias hipóteses que estão no artigo 36 da Lei 12.529 de 2011. Por fim, temos a atuação com base no *Competition Advocacy*, que é traduzido como Advocacia da Concorrência, o que nos causa aquela confusão mental, pois há quem entenda, equivocadamente, que é a advocacia, mas não é, trata-se de um trabalho puro de advocacy.

A meu ver esse é um eixo maravilhoso para ser trabalhado entre o CADE e a magistratura do Trabalho, então, fica aqui a dica para todos, claro que, olhando para o passado, tivemos, historicamente, muitos casos interessantes. Na lei antiga havia a possibilidade de se firmar Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação, o APRO. Para alguns temas, havia o envolvimento do Ministério do Trabalho à época. Também temos processos em curso: desde questões que envolvem licitações públicas, tecnologia de informação, ofertas, até o estabelecimento de limitações e ofertas de trabalho.

Importante que fique a mensagem de uma mudança de paradigma. Precisamos aproximar o CADE da magistratura. Na magistratura do trabalho é essa perspectiva de definição de mercado na perspectiva do mercado de trabalho que nos aproxima ainda mais. Da mesma forma, é preciso ter esse cuidado com a criação de monopsônios e oligopsônios, que podem interferir nessa dinâmica da liberdade de contratação. Temos casos instaurados ano passado.

Ainda falando dos Estados Unidos, vale observar o caso que envolve todas as empresas que conhecemos - Apple, Google, a Pixar. Todos eles tiveram que fazer um acordo de mais de 400 milhões de dólares, diante da restrição da liberdade de contratação, eles faziam isso para reduzir os custos, é análise econômica pura. Os grupos econômicos estavam estabelecendo *no-Poach Agreements* porque não queriam pagar mais caro pelos serviços, reduzindo esses custos de RH, as empresas maximizam os seus lucros e então, é análise econômica “na veia”.

Indico esse estudo em relação ao mapa dos Estados Unidos que demonstra a concentração de monopsônios que trata-se de estudo do Eric Posner, que é um grande pesquisador (além de filho do Posner, que todo mundo conhece). E esses são os trabalhos recentes.

Antes de ir para o CADE, elaborei essa colaboração para o OCDE, para o Ministério da Economia à época (Secretaria de Acompanhamento Econômico), falando justamente de concorrência e *labor markets*.

Mas, quero enfatizar que tivemos algumas decisões recentes as quais chamam muito a atenção: o CADE dá total transparência para o seu trabalho. Aliás, até porque com a experiência que obtive em todos os reguladores, como Secretaria Nacional do Consumidor, posso dizer que não conheço uma autarquia que dê tanta publicidade e facilite tanto o trabalho de um pesquisador. Isso porque também pesquisei muito em antitruste. Tenho a experiência de quem

esteve “do outro lado do balcão”. Quando há um ato de concentração, por exemplo, existe muita publicidade sobre o que está acontecendo.

Então, evidentemente, se o Ministério Público do Trabalho, se alguma outra autoridade identifica qualquer problema, ela tem total espaço para dialogar com a autarquia, antes de uma decisão. Agora também temos algumas situações que nos preocupam muito. Recentemente, houve um movimento, em uma ação civil pública de querer rediscutir um ato de concentração que foi aprovado pelo CADE, dizendo que se perderam alguns postos de trabalho. Vejam: não é função do CADE garantir os postos de trabalho. Mas, ao mesmo tempo, o CADE se preocupa, obviamente, com uma eventual questão que possa surgir no Judiciário que venha desestabilizar esses 60 anos de história. E que isso passe para o mercado e para o mundo a sinalização errada. Imaginem, se o CADE aprovou uma operação, como depois pode “desaprovar” a operação? É como o professor Rodas dizia no caso da Nestlé-Garoto: “como é que você vai separar a clara da gema, depois que você bateu os ovos?”

Então, essa é uma preocupação legítima. E é por isso que acredito que não podemos mais olhar esses fenômenos jurídicos como se estivessem em caixas. Como profissionais que buscam as melhores respostas jurídicas, temos que entender a importância de um diálogo interinstitucional e essa tem sido a minha missão como procuradora-chefe do CADE.

Capítulo 8

CINCO ANOS DA REFORMA TRABALHISTA: REVOGAR OU APRIMORAR? REFORMA DA REFORMA?

Vólia Bomfim

Advogada trabalhista, Doutora em Direito e Economia, Mestre em Direito Público, Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, professora.

8.1. Introdução

Com a mudança de governante e de paradigmas, notícias se espalham a respeito da necessidade de reformar a reforma trabalhista, isto é, de alterar alguns pontos da Lei 13.467/17. Este estudo pretende apontar e analisar os pontos de reforma mencionados na mídia.

O Jornal O Globo¹ noticiou que o novo governo pretendia rever três pontos da Reforma, entre eles: a ultratividade das normas coletivas, o trabalho intermitente, que passaria a ser autorizado apenas em alguns setores específico, como turismo; regras protetivas para os trabalhadores em aplicativos; autorização para acordos firmados diretamente entre empregados e patrões, sem o aval do sindicato da categoria.

8.2. Ultratividade

Uma das modificações trazidas pela “Reforma Trabalhista” foi o fim da ultratividade das normas coletivas, como se constata da nova redação do § 3º do art. 614 da CLT. Com isso, consagrou-se o princípio da não incorporação definitiva das benesses normativas ao contrato de trabalho, permitindo-se a supressão das vantagens anteriores concedidas por norma coletiva com a sua caducidade. Cessada a vigência do instrumento coletivo e ausente norma coletiva posterior. Antes da alteração legislativa o entendimento consagrado na Súmula 277 do TST era no sentido de postergar os efeitos da norma coletiva revogada, isto é, prevalecia o entendimento da incorporação da condição mais benéfica ao empregado, prevista na norma anterior (caduca), até que outra norma suprimisse, revogasse, alterasse ou mantivesse o benefício.

O § 3º do art. 614 da CLT visou impedir que os direitos previstos na convenção coletiva e no acordo coletivo obrigassem o empregador por um período superior ao da vigência da norma (até dois anos). É o fim da tese da ultratividade das normas coletivas, alterando o entendimento do TST consubstanciado na Súmula 277.

A novidade está de acordo com a liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, do STF, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 323, que determinou a suspensão de todos os processos da Justiça do Trabalho que tratem da ultratividade das cláusulas contidas nas convenções e acordos coletivos, suspendendo, na prática, os efeitos da Súmula 277² do TST.

1 - Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2022/11/equipe-de-lula-planeja-rever-tres-pontos-da-reforma-trabalhista-veja-quais.ghtml>

2 - O inciso I da Súmula nº 277 do TST também se posicionava no sentido da não incorporação definitiva das cláusulas normativas decorrentes de sentenças normativas, acordos ou convenções coletivas nos contratos de trabalho, mas foi modificado o entendimento em setembro de 2012 para adotar a posição oposta, de incorporação provisória até a nova norma coletiva.

Aparentemente, o novo governo pretende retornar ao entendimento anterior consagrado pelo TST através da Súmula 277, por entender que a incorporação das benesses aos contratos de trabalho por período superior ao da vigência da norma coletiva en quanto novo instrumento coletivo não for ajustado favorece a negociação coletiva e gera estabilidade econômica aos trabalhadores. Discordamos do posicionamento.

As normas coletivas criam direitos de caráter privado, complementando a lei e propiciando a melhoria da condição social do trabalhador. Os direitos por elas criados têm natureza distinta daqueles concedidos por lei, que se incorporam de forma definitiva aos contratos de trabalho. Em regra, as leis não têm vigência temporária, distinguindo-se, também neste aspecto, da precariedade das normas coletivas.

Ademais, um dos princípios do direito coletivo é o da adaptabilidade das vantagens trabalhistas à realidade econômica da empresa(s), daí o motivo da sua vigência temporária. Assim, quando a empresa estiver bem, com boa lucratividade, os trabalhadores podem obter maiores vantagens, quando seus lucros estiverem pequenos ou comprometidos, os benefícios serão reduzidos ou flexibilizados (reduzidos). Também sob este ponto de vista, não se justifica a incorporação definitiva das cláusulas normativas aos contratos de trabalho, pois impediria as empresas de adaptar-se às realidades econômicas em épocas de crise.

Acresce mais que as condições mais favoráveis ao operário só se incorporam ao contrato de trabalho, quando concedidas de forma habitual e incondicionalmente (princípio da prevalência da condição mais favorável). Não é o caso das normas coletivas, já que suas benesses são concedidas sob condição: a vigência da norma.

Pelos motivos expostos defendemos que as cláusulas normativas das convenções e dos acordos coletivos, assim como as das sentenças normativas, só integram o contrato de trabalho durante a vigência da norma. Extinta a norma, mesmo que outra não seja ajustada, as benesses podem ser suprimidas, salvo quanto ao reajuste salarial concedido, já que o salário não pode sofrer redução (art. 7º, VI, da CRFB), a menos que outra norma coletiva o faça.

Lado outro, quando o direito se incorpora e as vantagens da norma coletiva anterior se mantêm além da vigência máxima, natural que o sindicato da categoria profissional se esforce menos na negociação coletiva, pois já tem garantida todas as benesses normativas da norma anterior e pretende mais e mais direitos favoráveis aos trabalhadores, deixando à categoria econômica pouco espaço para a negociação. Em que negociação uma das partes já entra com muito mais direitos e garantias que a outra? Umanegociação real é “zerar” tudo e recomeçar a luta por cada direito que cada um dos negociantes entende ter. Essa é a real negociação coletiva.

Por esse motivo, a lei deu apenas dois anos de vigência para os acordos e convenções coletivas, para que as partes pudessem adaptar as novas regras de acordo com sua realidade econômica e profissional.

E também por esse motivo, a Lei 13.467/17, deu nova redação ao parágrafo 3º do art. 614 da CLT:

Art. 614. (...)

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

8.3. Trabalho intermitente

A Lei 13.467/2017 acresceu à CLT os arts. 452-A e seguintes e alterou o art. 443 da CLT para criar o contrato intermitente.

O contrato de trabalho pode ser firmado para serviços intermitentes, isto é, para trabalhos que não seguem uma continuidade estável, descontínuos, transitórios, com alternância de períodos

de trabalho e de inatividade. Algumas vezes a necessidade do serviço é imprevisível e pode variar de tempos em tempos. Essa espécie de contrato não se aplica aos aeronautas.

Alguns autores³ chamam essa modalidade de ajuste, de forma correta, de “contrato-zero”. Isso significa que o trabalhador será admitido, com carteira assinada, para não trabalhar, até que, quem sabe um dia, seja chamado para o trabalho. Dessa forma, seu contrato será de “zero” trabalho.

O período de inatividade será considerado suspensão do contrato de trabalho e, na forma do § 5º do artigo 452-A da CLT, não será computado como tempo à disposição, podendo o trabalhador prestar serviços a outros tomadores. Aliás, poderá o prestador de serviços recusar as convocações ao trabalho, pois não será considerado ato de insubordinação.

A formalidade exigida pelo *caput* do art. 452-A da CLT (contrato escrito) é essencial para validade da cláusula de “intermitência”, o que significa que, se o empregado foi contratado oralmente ou de maneira tácita para trabalhar dessa forma, não será regido pelo contrato intermitente e o seu tempo à disposição será contado conforme o art. 4º da CLT, devendo ser aplicadas as demais regras dessa Consolidação.

De acordo com o art. 452-A da CLT, o contrato de trabalho intermitente deve garantir ao empregado o valor da hora de serviço nunca inferior ao salário-mínimo. Também foi garantida a isonomia salarial entre os empregados contínuos e os intermitentes, desde que exerçam a mesma função no mesmo estabelecimento, que deve ser proporcional ao tempo trabalhado pelo modelo, incidente sobre o salário-base e não dependente dos requisitos contidos no artigo 461 da CLT; logo, é uma nova modalidade de salário isonômico.

Não se admite, pela primeira vez de forma expressa na lei, o salário complessivo⁴, pois o § 7º do artigo 452-A da CLT é expresso na exigência de que o recibo deverá discriminar cada uma das parcelas pagas.

Para a execução do serviço, basta que o empregador convoque o empregado intermitente, por qualquer meio eficaz, para a prestação de serviços, noticiando a jornada, que não poderá ser superior à legal, sempre com a antecedência mínima de três dias corridos (§ 1º do art. 452-A da CLT).

Recebida a convocação, o empregado terá prazo de um dia útil para responder, presumindo-se o silêncio como recusa. Caso aceite e uma das partes descumpra o ajustado sem justo motivo, deve pagar à outra o valor equivalente a 50% da remuneração devida pelo serviço, permitida a compensação. Esta cláusula penal foi tarifada pelo § 4º do artigo 452-A da CLT. Todavia, gera controvérsias: qual o valor do serviço? Valor hora ou de todo o serviço ajustado? De acordo com o § 3º do mesmo artigo, a recusa não descharacteriza a subordinação inerente ao vínculo de emprego.

O empregador deverá conceder férias de um mês, isto é, não deverá convocar o “intermitente” para trabalhar no período concessivo das férias. Mesmo considerando os períodos de inatividade como de suspensão contratual, a contagem do período aquisitivo de férias se faz pela data de aniversário do contrato, contrariando toda a lógica da teoria da suspensão contratual. Pode ocorrer do empregado ficar 17 meses sem ser convocado para o trabalho e mesmo assim terá um mês de férias. Vai usufruir férias sem ter trabalhado e sem ganhar. Muito estranha a regra.

Sugerimos que a forma de cálculo para pagamento das férias e do décimo terceiro seja similar àquela aplicada aos trabalhadores avulsos⁵, que também trabalham de forma intermitente, mas não são empregados. Aliás, esse tipo de trabalhador se assemelha demais ao intermitente. Logo,

3 - DA SILVA, Homero Batista Mateus. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: RT, 2017, p. 73.

4 - Complessivo é o salário pago em única rubrica, isto é, que engloba diversas parcelas num único título, sem discriminar valores de cada parcela paga.

5 - Para os trabalhadores avulsos o percentual, que engloba o quantitativo devido a título de férias + 1/3 e 13º proporcional, incide sobre o MIMO (montante de mão de obra = horas, adicionais e RSR) e é depositado numa conta-corrente bancária para que, na época das férias ou em dezembro, ele possa levantar todos os valores depositados atítulo de férias ou de 13º salário.

não se aplica ao intermitente o artigo 146, parágrafo único da CLT que determina a contagem de 1/12 pelo trabalho superior a 14 dias no mês.

Mais dúvidas: as férias são de 30 dias ou de um mês? A lei (§ 9º) refere-se ao mês. As férias serão usufruídas sem o pagamento nesse momento, pois a previsão legal é de quitação das férias proporcionais no fim de cada período. Uma vez quitadas as férias antes do gozo, como ficará o caso de justa causa, ocasião em que tanto as férias proporcionais como o 13º proporcional não são devidos? Poderá o patrão descontar o que já havia quitado? Entendemos que sim.

O empregado vai gozar férias sem receber e receber férias muito antes do gozo, o que é uma inversão e contraria o comando contido no artigo 7º, XVII, da CF, que determina que o gozo das férias será acrescido do abono de 1/3.

Além dos direitos previstos nos incisos I a V do § 6º do art. 452-A da CLT, os demais direitos trabalhistas devem ser estendidos aos empregados intermitentes, apesar de não mencionados no § 6º, como vale-transporte, adicional noturno, insalubre, salário família e benefícios estendidos aos demais empregados contínuos. Logo, os incisos são exemplificativos, e não taxativos.

A empregada que engravidou no período de inatividade terá estabilidade na inatividade? Deverá ser convocada ao trabalho? De forma oposta, se engravidou no cursodo trabalho efetivo, terá o direito a continuar trabalhando, mesmo que a convocação tenha sido expressa, limitando o período de trabalho em apenas 10 dias?

Os empregados inativos entram na contagem para fins de contratação de aprendizes e deficientes? E aqueles intermitentes que trabalham apenas uns poucos dias do mês? Os mesmos questionamentos podem ser estendidos para a criação da CIPA; para a obrigatoriedade contida no § 1º do artigo 389 da CLT; para a obrigatoriedade do controle de ponto (art. 74 da CLT), dentre outros.

Recomendamos que deva prevalecer a interpretação decorrente do princípio da proteção ao trabalhador, isto é, o princípio interpretativo *in dubio pro misero*, segundo o qual se a norma comportar mais de uma interpretação razoável, o exegeta deverá optar por aquela mais favorável ao trabalhador.

Por fim, importante mencionar que o artigo 611-A, VIII, da CLT, que visa autorizar a redução ou supressão de direitos legais, permite que a convenção ou o acordo coletivo, por exemplo, reduza o prazo da convocação; que considere o silêncio como concordância; que não exija a forma expressa bilateral para alterar de trabalhador contínuo para intermitente; que exclua os trabalhadores intermitentes da contagem para fins de contratação de aprendizes, deficientes, Cipa, controle de ponto dentre outros.

O contrato deve apontar a data do pagamento, regulamentando o que significa a expressão “pagamento imediato” mencionada no § 6º. Será no primeiro dia útil após o último dia da prestação de serviços ou dez dias depois? Caberá ao contrato regular tais detalhes.

Se a prestação de serviços exceder um mês o pagamento do salário deve obedecer à periodicidade máxima mensal prevista em lei, contada do primeiro dia de trabalho. Assim, se o empregado começar no dia 12/3 e trabalhar até 30/5, o patrão deverá pagar até o dia 12/4 o salário de março e o de abril até dia 12/5. A regra estava na MP 808/17, mas a medida provisória caducou. Mesmo sem vigência, a regra deve continuar valendo, pois obedece ao comando do artigo 459 da CLT.

O período de inatividade é considerado como de suspensão contratual, pois não é tempo à disposição, e durante seu curso não há trabalho nem pagamento de FGTS, cota previdenciária, salário ou qualquer benesse. Se houver algum pagamento parcial ou benefícios concedidos durante a inatividade do trabalhador, não será um contrato suspenso o que levará ao pagamento da totalidade dos salários do período.

Por se parecer com um biscoiteiro, pode o intermitente trabalhar para outros tomadores, mesmo que atuem na mesma atividade econômica, isto é, que sejam concorrentes da empresa, salvo ajuste expresso em contrário.

O § 8º do artigo 452-A CLT também prevê a obrigatoriedade do empregador fornecer ao empregado intermitente o comprovante do recolhimento do FGTS e da Previdência Social. Isso se fará todo mês?

O intermitente poderá ficar meses ou anos sem ser convocado, sem trabalhar, pois caiu a regra de extinção do contrato pela inatividade por 12 meses sem convocação. Ora, que patrão demitirá um empregado que não tem custo? Esse contrato será vitalício?

A previsão legislativa é no sentido de que, ao fim de cada período de trabalho o empregado recebe as férias proporcionais e 13º proporcional, quase como se fosse uma extinção parcial do contrato. E as demais verbas da rescisão? Nunca receberá aviso prévio? E o FGTS, quando levantar? Se pedir demissão, será descontado ou o empregador deve permitir o trabalho por 30 dias?

Até o trabalhador avulso, que é um autônomo, quando permanece mais que 90 dias sem trabalho, tem o direito de levantar o FGTS (art. 20, X da Lei 8.036/90). Por que o empregado intermitente não tem o mesmo direito?

O legislador perdeu a oportunidade de disciplinar uma contagem diversa do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e, com isso, adaptar essa regra ao intermitente. Imagine um empregado com pouco mais de 5 anos de contrato, que só foi convocado 2 dias no primeiro ano para o trabalho. Ao ser demitido sem justa causa receberá o aviso de 45 dias? Mais do que sempre recebeu deste patrão? Terá o patrão o direito de exigir o trabalho nestes dias?

Diversamente do que ocorre com outros trabalhadores (art. 478, § 4º, da CLT) a média remuneratória para fins de cálculo da rescisão será feita apenas com base nos valores efetivamente pagos no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior. Assim, se durante os 12 últimos meses o empregado só trabalhou alguns dias em quatro meses no ano, a média será a soma desses valores dividida pelo número desses meses. Esta regra estava prevista na MP 808/17. Apesar de cessada sua vigência em 23.04.18, defendemos a continuidade do critério, por lógico.

Diante das colocações acima e das inúmeras dúvidas e insegurança jurídica trazida tanto para os trabalhadores como para os patrões, concordamos que deve existir uma grande alteração legislativa para os intermitentes, não só para limitar sua aplicação a certas situações e/ou atividades, mas também para esclarecer e tornar segura sua aplicação.

8.4. Trabalhadores em aplicativos

Com a revolução tecnológica cresce o número⁷ de trabalhadores em plataformas digitais, cujos exemplos mais comuns são iFood, Uber, 99, Rappi entre outros.

A maior parte destes trabalhadores são autônomos, executa os serviços para diversas empresas estabelecidas em plataformas digitais, sem exclusividade e sem proteção alguma contra acidente de trabalho, doenças ou salário-mínimo. A maior parte é informal, sem qualquer recolhimento previdenciário ou garantia trabalhista.

Há forte controvérsia se estes trabalhadores se enquadram ou não nos contornos definidos pela lei como empregados, na forma dos artigos 2º e 3º da CLT, sendo hoje a tendência da jurisprudência⁸ no sentido de negar o vínculo empregatício.

8.4. Trabalhadores em aplicativos

Com a revolução tecnológica cresce o número⁶ de trabalhadores em plataformas digitais, cujos exemplos mais comuns são iFood, Uber, 99, Rappi entre outros.

A maior parte destes trabalhadores são autônomos, executam os serviços para diversas empresas estabelecidas em plataformas digitais, sem exclusividade e sem proteção alguma contra acidente de trabalho, doenças ou salário-mínimo. A maior parte é informal, sem qualquer recolhimento previdenciário ou garantia trabalhista.

Há forte controvérsia se estes trabalhadores se enquadram ou não nos contornos definidos pela lei como empregados, na forma dos artigos 2º e 3º da CLT, sendo hoje a tendência da jurisprudência⁷ no sentido de negar o vínculo empregatício.

⁶ - Cerca de 1,5 milhão de brasileiros trabalharam em 2021 para plataformas digitais em aproximadamente 1.500 aplicativos que estão em operação no Brasil. Leia mais em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/quase-80-dos-trabalhadores-de-aplicativos-sao-informais-diz-pesquisa/>

⁷ - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE - VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE MOTORISTA E PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS OU APPLICATIVOS CAPTADORES DE CLIENTES(UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.) - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA -

DESPROVIMENTO. 1. Avulta a transcendência jurídica da causa (CLT, art. 896-A, § 1º, IV), na medida em que o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego envolvendo os recentes modelos de contratação firmados entre motoristas de aplicativo e empresas provedoras de plataformas de tecnologia por eles utilizadas ainda é nova no âmbito desta Corte, demandando a interpretação da legislação trabalhista em torno da questão. 2. Ademais, deixa-se de aplicar o óbice previsto na Súmula 126 desta Corte, uma vez que os atuais modelos de contratação firmados entre as empresas detentoras da plataforma de tecnologia (no caso, a “Uber Brasil Tecnologia Ltda.”) e os motoristas que delas se utilizam são de conhecimento público e notório (art. 374, I, do CPC) e consona com o quadro fático delineado pelo Regional. 3. Em relação às novas formas de trabalho e à incorporação de tecnologias digitais no trato das relações interpessoais - que estão provocando uma transformação profunda no Direito do Trabalho, mas carentes ainda de regulamentação legislativa específica - deve o Estado-Juiz, atento a essas mudanças, distinguir os novos formatos de trabalho daqueles em que se está diante de uma típica fraude à relação de emprego, de modo a não frear o desenvolvimento socioeconômico do país no afã de aplicar regras protetivas do direito laboral a toda e qualquer forma de trabalho. 4. Nesse contexto, analisando, à luz dos arts. 2º e 3º da CLT, a relação existente entre a “Uber Brasil Tecnologia Ltda.” e os motoristas que se utilizam desse aplicativo para obterem clientes dos seus serviços de transporte, tem-se que: a) quanto à habitualidade, inexiste a obrigação de uma frequência predeterminada ou mínima de labor pelo motorista para o uso do aplicativo, estando a cargo do profissional definir os dias e a constância em que irá trabalhar; b) quanto à subordinação jurídica, a par da ampla autonomia do motorista em escolher os dias, horários e forma de labor - podendo desligar o aplicativo a qualquer momento e pelo tempo que entender necessário, sem nenhuma vinculação a metas determinadas pela Reclamada ou sanções decorrentes de suas escolhas -, a necessidade de observância de cláusulas contratuais (valores a serem cobrados, código de conduta, instruções de comportamento, avaliação do motorista pelos clientes), com as correspondentes sanções no caso de descumprimento(para que se preserve a confiabilidade e a manutenção do aplicativo no mercado concorrencial), não significa que hajaingerência no modo de trabalho prestado pelo motorista, reforçando a convicção quanto ao trabalho autônomo a inclusão da categoria de motorista de aplicativo independente, como o motorista da “Uber Brasil Tecnologia Ltda.”, no rol de atividades permitidas para inscrição como Microempreendedor Individual - MEI, nos termos da Resolução 148/2019 do Comitê Gestor do Simples Nacional; c) quanto à remuneração, o caráter autônomo da prestação de serviços se caracteriza por arcar, o motorista, com os custos da prestação do serviço (manutenção do carro, combustível, IPVA), caber a ele a responsabilidade por eventuais sinistros, multas, atos ilícitos ocorridos, dentre outros (ainda que a empresa provedora da plataforma possa a vir a ser responsabilizada solidariamente em alguns casos), além de os percentuais fixados pela “UberBrasil Tecnologia Ltda.”, de cota parte do motorista, serem superiores ao que este Tribunal vem admitindo como suficiente para caracterizar a relação de parceria entre os envolvidos, como no caso de plataformas semelhantes (ex . : 99). 5. Já quanto à alegada subordinação estrutural, não cabe ao Poder Judiciário ampliar conceitos jurídicos a fim de reconhecer o vínculoempregatício de profissionais que atuam em novas formas de trabalho, emergentes da dinâmica do mercado concorrencial atual e, principalmente, de desenvolvimentos tecnológicos, nas situações em que não se constata nenhuma fraude, como é o caso das empresas provedoras de aplicativos de tecnologia, que têm como finalidade conectar quem necessita da condução com o motorista credenciado, sendo o serviço prestado de motorista, em si, competência do profissional e apenas uma consequência inerente ao que propõe o dispositivo. 6. Assim sendo, não merece reforma o acórdão regional que não reconheceu o vínculo de emprego pleiteado na presente reclamação, ao fundamento de ausência de subordinação jurídica entre o motorista e a empresa provedora do aplicativo. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 00010928220215120045, Relator: Ives Gandra Da Silva Martins Filho, Data de Julgamento: 29/11/2022, 4ª Turma, Data de Publicação: 02/12/2022).

Isto se explica porque a definição de empregado para o antigo Direito do Trabalho realizava com o simples engajamento do trabalhador no ambiente de trabalho ou na estrutura dinâmica da empresa e, preenchidos os requisitos legais configurada estava a relação de emprego. Todavia, a antiga visão do operário no chão da fábrica, do bancário na agência bancária, do vendedor na loja foi sendo alterada com o decurso do tempo a tal ponto de o legislador adaptar a legislação trabalhista para também abranger outras modalidades de subordinação e de trabalho, e, por isso, foi inserido o parágrafo único ao artigo 6º da CLT, que preceitua:

Art. 6º

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

De fato, ainda hoje não se tem uma posição segura a respeito do enquadramento legal dos trabalhadores em plataformas digitais e, mesmo que não sejam enquadrados como empregados, certo é que necessitam de alguma proteção e de segurança jurídica para os casos de acidente e doença.

A necessidade de regulamentação desta categoria de trabalhadores é urgente. Neste sentido, é boa a proposta de alteração ou criação legislativa para amparar tais trabalhadores.

8.5. Negociação direta entre patrões e empregados

A negociação coletiva direta entre patrões e empregados viola o artigo 8º, III da CF, que garante aos sindicatos o direito de representar os direitos e interesses individuais e coletivos das respectivas categorias.

Assim, a novidade, se de fato for proposta, nos parece inconstitucional, salvo se for apenas como forma de diálogo e não de negociação.

Referências

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Gen. 19ª Ed. 2023.

BOMFIM, Vólia. BORGES Leonardo. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Gen. 2018.

PARTE II

**RELAÇÕES DE TRABALHO,
DIVERSIDADE, TECNOLOGIA E
ACESSO À JUSTIÇA**

Capítulo 9

A DIVERSIDADE COMO PARADIGMA ÉTICO FUNDAMENTAL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Rosemary de O. Pires Afonso

Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC-Minas. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de La Sapienza-Itália. Professora integrante do quadro docente da Faculdade de Direito Milton Campos, em nível de graduação (Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho) e pós-graduação (Direito Coletivo do Trabalho).

Remonta ao ano de 1984, os primeiros estudos que realizei a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, bem como acerca das discussões que então se estabeleciam no país sobre a adequada identidade jurídica que envovia pessoas que não se enquadravam na classificação de padrão dominante e meramente binária e genética de “homem-mulher”.

Nesse panorama, levavam-se questões atinentes aos homossexuais, transexuais, travestis, hermafroditas, pseudo-hermafroditas femininos e masculinos, inserindo-se aí toda a gama de afirmações críticas que se fazia nas áreas da medicina e da psicologia a respeito de identificar e tipificar tais pessoas nessas ciências, mas que, diferentemente, não se enquadravam no padrão rígido e restritivo estabelecido pelo Direito.

O casamento era, na época, a única possibilidade legal de união dessas pessoas – o ordenamento pátrio não abrigava ainda a união estável, nem as transmutações de sexo e de pretensões de alteração de registro de nome, inclusive social - e isso trazia discussões múltiplas sobre esse limitado instituto civil, caracterizador da família e de amplas repercussões patrimoniais, atinentes a bens adquiridos e a serem objeto de sucessão hereditária.

Era um tema muito novo para ser objeto de enfrentamento consistente pela então sociedade brasileira da década de 1980, mas já se percebia um incipiente movimento tendente à promoção de análise crítica da adaptação que deveria ser feita pela Ciência do Direito, considerando os avanços das suas ciências auxiliares - Medicina e Psicologia - que já afirmavam a aceitação de novos tipos sexuais ou sexualizados que não os do modelo binário genético.

Ocorriam, na época, as primeiras operações de mutação de sexo nos países que permitiam tais procedimentos médicos, não havendo previsão para tal no Brasil. Aliás, chegou a ser noticiado, com grande repercussão midiática, o caso de um médico brasileiro que veio a ser indiciado por ter promovido esse tipo de operação, sob denúncia de prática de crime de lesão corporal grave com risco de morte, com base em uma palestra científica que promovera no continente africano, se não me falha a memória.

Nesse contexto histórico, cheguei a empreender, em sede de Mestrado, um estudo que perpassava por essa específica questão à luz da Ciência do Direito e da Filosofia do Direito: seria possível ignorar, sem perda de científicidade jurídica, a evolução da medicina e da psicologia, negando os avanços sobre a constatação de novas categorias sexuais não binárias? Não deveria ser função precípua do Direito promover a inclusão do maior número de pessoas, regulando suas relações e comportamentos, na busca da convivência harmônica e da paz social? Em outros termos, estaria o Direito afastado da realidade moral àquela altura e a negar a necessária atualidade de suas normas?

Uma poderosa influência bibliográfica que me serviu nessa análise foi o estudo produzido pela professora e magistrada mineira Alice Monteiro de Barros, que, naqueles tempos, escrevia sua tese de doutorado sobre o Trabalho da Mulher. Em vasto levantamento bibliográfico, envolvendo doutrina e legislação brasileira e internacional, a jurista apurara o tratamento que se destinava às mulheres em todas as partes do mundo, no Ocidente e no Oriente. Ao final, publicou um livro clássico, a primeira obra monográfica de grande porte no âmbito jus laborista sobre o trabalho

da mulher no Brasil, conclusivo em sua visão de que a grande chave transformadora estaria num repositionamento cultural da sociedade autoritária patriarcal, que exigiria a mudança de padrões estereotipados de comportamentos femininos e masculinos, que teimavam em estabelecer papéis laborais pré-determinados, reproduzindo no mundo do trabalho os mesmos preconceitos e amarras que se verificavam nos demais setores da vida social. Foi ali, nessa clássica obra, que a professora Alice Monteiro de Barros denunciava a jornada dupla ou tripla da mulher – fora e dentro do lar- cujos direitos trabalhistas eram extremamente desiguais e deixavam recair sobre a mulher trabalhadora os ônus exclusivos da maternidade contra sua promoção na carreira ou mesmo continuidade na relação laboral. É o que hoje se define como “machismo estrutural”.

Infelizmente, esse tema atinente à discriminação de gênero – dentro e fora do arcabouço normativo - está longe do estágio de superação. Tanto melhor que já estivesse, e deixasse a sociedade atenta na busca de soluções de outros graves problemas sociais, como a destruição do meio ambiente e a existência da fome e desnutrição em nível mundial.

Mas não estamos perto da situação ideal de se reconhecer no gênero um mero elemento acidental da pessoa, impeditivo, com isso, de justificar a insana e abominável prática discriminatória, de matiz violento na grande maioria dos casos denunciados.

O ser humano, independentemente de ser mulher, homem, trans, homossexual, assim como ser negro, branco, cristão ou fiel a outra religião, ser portador de alguma restrição física, não se define em essência sob tais parâmetros. Esses são os chamados aspectos acidentais, assim entendidos porque, independentemente de sua verificação ou não, em nada afetam, alteram ou definem a essencial e inegável condição humana de alguém. Sendo assim, aspectos acidentais também não se prestam à identificação de seus valores e desvalores. É por isso que o uso de algum elemento essencial para estabelecer um tal tratamento a alguém que vise descharacterizar sua essência, implica em odiosa discriminação e exige combate para sua eliminação.

Em suma, não se deve dar qualquer apoio a discurso que se valha das diferenças acidentais entre os seres da família humana; o problema está no tratamento hiperbólico dessa diferença, fazendo ou buscando fazer crer que o ser que conosco partilha vivência é alguém inferior, sem consciência reflexiva, incapaz de se autodeterminar; e pior: alguém a quem não se deva garantir igual quinhão de oportunidades, mas ao contrário dele retirar.

Ainda que sejamos uma sociedade de massa, isso não nos faz indivíduos massivamente iguais. E é por isso que a luta deve ser concentrada na igualdade de tratamento, que se traduz no respeito à diferença.

A esta altura da exposição, é necessário tratar do conceito de diversidade.

O movimento feminista centrou-se, por muito tempo, na busca dos direitos diferenciados em favor da mulher, de certo modo promovendo ou alimentando uma guerra dos sexos, tentando demonstrar sua autonomia, seu desprendimento de todos os padrões limitantes de suas ações e comportamentos e querendo se afirmar. Mas hoje, em sua chamada quarta onda histórica, as mulheres buscam afirmar o direito fundamental a o acesso de iguais oportunidades.

Em outros termos, não se fala mais, no movimento feminista atual, em direito à diferença, porque não se quer dialogar nessa forma dual, nessa forma binária, nessa forma cartesiana de homem ou mulher, negro ou branco, com deficiência ou sem deficiência.

Então o termo diversidade é de concepção muito mais ampla, muito mais adequada.

Algumas iniciais questões que cabem ser feitas: Diferença significa diversidade? E direito à diferença é o mesmo que direito à diversidade?

Uma questão parece fundamental para se encontrar a insofismável resposta: ser diferente do que ou de quem?

Nessa expressão, há um padrão normal, hegemônico, a partir do qual se estabelece precedentemente um valor ou um desvalor de alguém.

A pergunta pressupõe uma comparação: Alguém “só” é diferente em relação a outrem.

Assim, há alguém que se põe como parâmetro central priorístico dessa comparação. Alguém que serve de modelo e de padrão. Assim, por exemplo: sou diferente do colega Leonardo ou ele que difere de mim?

E o que faz dele, o Leonardo, o padrão virtuoso dessa comparação? A que esse critério se presta? Qual valor pretende realizar? Porque se não se presta a promover alguém, por certo implica em lhe promover um desvalor.

Ou seja, o desviado estabelecimento de compartimentações de condições meramente acidentais para afirmar a essência de uma tal pessoa em relação a um padrão determinado, determinante, hegemônico, associado à ideia do poder é o ponto fulcral a ser combatido.

Arnaldo Afonso Barbosa, professor de Direito da UFMG, assevera que a nossa condição de diferente, fisicamente ou em outros aspectos, é universal, ela não é nem de sexo, ela é universal, porque somos produtos de uma história muito longínqua no tempo e na existência dos primeiros hominídeos.

Seguindo nossa argumentação, há um conceito absolutamente arbitrário ao dizer que a mulher negra e a indígena são diferentes da mulher branca, que a mulher é diferente do homem, que a pessoa que é cadeirante é diferente do outro.

Certamente se faz um jogo de poder que destrói a pessoa humana com o objetivo evidente de submetê-la a uma situação que a prejudica em relação a essa outra que tem poder.

E quem tem o poder de fixar esse antecedente modelar igual?

Encontrei, nos escritos do professor mineiro José Luiz Quadros, um estudo muito interessante sobre essa abordagem. Ele afirma e identifica esse “padrão hegemônico”: o homem europeu, hetero e branco.

Assim, quem não se enquadra nesses padrões, é que passa a ser posto como diferente.

Essa hegemonia masculina branca já se apresenta no Império Romano, se nós pensarmos na construção do nosso Direito ocidental moderno, que é um direito derivado do direito romano. É um direito masculino, assim como se percebe que a arquitetura das cidades é masculina, a política é masculina; às mulheres destina-se a tarefa de tentar se encaixar nessa situação.

Para superar essa diferença, percebe-se um movimento de consciência individual e coletiva, no sentido de não mais ser propostos modelos cartesianos, binários.

O Direito tem que buscar realmente novas formas de proteção do ser humano que trabalha, e não apenas do empregado, como trabalhador subordinado. E uma dessas formas é exatamente buscada na identificação dessa individualidade, dessa condição de soberania da pessoa humana.

Nesse específico sentido, entendo que a reforma trabalhista advinda das Lei n. 13.467/17 traz esse ponto positivo de reflexão na marcha civilizatória, porque aqui se reconhece o poder da autonomia individual e coletiva, afirmadora do desvalor da subordinação no contexto da valorização da dignidade humana.

Aliás, hoje, a nova ordem jurídica mundial busca a segurança, pela via da inicial identificação das fragilidades. Então, a flex segurança é hoje o grande modelo que está fazendo a alteração na legislação, por exemplo, da Espanha. Lá não se está mais flexibilizando tudo, está se buscando a flex segurança.

Essa é a nova palavra de ordem – a flex segurança – porque é inegável a necessidade de uma segurança mínima que decorra da fraqueza econômica e vulnerabilidade de um ou outro ser.

Ao considerar esse novo princípio valorativo, o termo “diversidade” passa a ganhar relevo, para afirmar a necessidade de se estabelecer regras que, ao mesmo tempo garantidora da liberdade de todos, não recusa a proteção dos chamados diferentes, afirmando-lhes o direito pleno de ser.

A respeito, a Agenda 2030 da ONU, dentre os vários princípios e objetivos, estabelece a importância do prestígio ao desenvolvimento sustentável, eliminando as discriminações de toda espécie.

Passa-se, com mais rigor, a se afirmar o direito à diversidade de gênero. E, a seu reboque, o direito ao reconhecimento de iguais oportunidades.

No Brasil, é inegável o avanço na área legislativa da proteção à diversidade.

Temos a Lei Maria da Penha, a legislação penal que criminalizou o assédio sexual, as Convenções Internacionais n. 100 e 111 da OIT, a própria igualdade prevista na Constituição Federal, a CLT defendendo e protegendo a mulher gestante.

Então, quais os próximos passos? É possível pensar-se em dois caminhos. Um deles é o corretivo, através da evolução de leis que busquem penalizar aqueles que discriminam. E um outro caminho é o investimento do Estado, como representante da sociedade, de avançar na educação de base e em todos os níveis, tentando construir e sedimentar a cultura não machista e inclusiva.

Só assim, acredito, poderemos alcançar na edificação de uma sociedade realmente mais fraterna, mais justa, porque inclusiva, pluralista e diversa.

Capítulo 10

MACROCONFLITOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA EM SEU ELEMENTO ESSENCIAL: A PLURALIDADE

Déa Marisa Brandão Cubel Yule

Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade de Navarra (Espanha), mestranda em sistemas de resolução de conflitos pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora (Argentina), professora da Escola Judicial do TRT da 24ª Região e da Escola da Associação dos Magistrados do TRT da 24ª Região. Juíza do Trabalho Substituta (TRT 24ª Região).

Quando falamos do Judiciário, pensamos que ele é destinado a resolver conflitos, mas temos espécies de conflitos, tipos de conflitos diferentes. Então, estamos acostumados a pensar no conflito como microconflitos, aquele conflito interpessoal.

Todavia, além dos microconflitos, temos também os mesoconflitos, como diz Galtung (2006)¹, ou macroconflitos, no dizer de Watanabe (2020)², que é aquele conflito social. Então, seria, no dizer de Galtung (2006), aquele conflito que sai da esfera pessoal para a social, da psicologia para a sociologia, economia, filosofia social e a política.

Acabamos, dentro do macroconflito, tendo um olhar para os conflitos globalmente considerados. Dentro dessa análise de macroconflito é que chegam essas contradições sociais típicas, como raça, classe, segurança, escola, gênero, característica.

Se a contradição está relacionada a uma deficiência, por exemplo, ela está ligada a uma característica do indivíduo. Como eu sou alta, eu poderia não ter uma perna, um braço. Então, são características do ser humano. Cada um de nós temos as nossas características próprias. E por que esse olhar para o macroconflito é importante? Porque somos o sétimo país do mundo mais desigual. Só perdemos para seis nações africanas, segundo relatório do PNUD (2019).

O olhar do Poder Judiciário para esses macroconflitos - não só do judiciário, mas dos sistemas de justiça -, hoje é algo real. Algo que estamos vivenciando, através de várias políticas públicas. Então, quando falamos da solução, o nosso olhar, a partir do Código de Processo Civil de 2015, nos conclama a buscar mecanismos, soluções de conflitos, inclusive fora do processo judicial.

É um chamado a todos, pois o CPC, em seu art. 3º, parágrafo 3º³, menciona juízes, advogados, defensoria pública, procuradoria, ou seja, todo o sistema de justiça para voltar o olhar na busca de novos mecanismos para a solução dos conflitos, tanto de microconflitos como macroconflitos. Esses, aliás, que geralmente estão fora do processo judicial, mas com atuação preventiva e desjudicializada.

Por isso, precisamos, enquanto Judiciário, entender quais os problemas sociais, econômicos e políticos existem em nosso país. Falando da Justiça do Trabalho aqui, na minha experiência, vemos que está lá dentro do interpessoal para receber uma reclamação trabalhista.

Por outro lado, para que uma pessoa possa chegar a propor uma reclamação trabalhista, precisa de uma carteira de trabalho, de um emprego. Para a carteira de trabalho, precisa de um RG, de um CPF. Se for um imigrante, precisa do documento de migração, de regularização. Tudo isso, todo esse fluxo de acesso ao Poder Judiciário, temos que trabalhar juntos, para poder realmente fazer um acesso à Justiça. Fazer com que o sistema de justiça seja acessível a todos.

1 - GALTUNG, Johan. *Transcender e transformar – uma introdução ao trabalho de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2006 (tradução Antonio Carlos Silva Rosa).

2 - Barbosa, A. Coordenadora. *Tratamento adequado de conflitos: volume I. obra coletiva*. Capítulo de autoria de Watanabe, K, D. Lumen Juris, Rio de Janeiro, Brasil, 2020. p. 60.

3 - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10/04/23.

Esse olhar para os conflitos, em sua perspectiva macro, não é algo antigo. É algo novo que o Poder Judiciário vem trabalhando, de forma brilhante.

Watanabe nos diz que, quando trabalhamos os macroconflitos, não podemos ser imparciais e neutros. Então, quando falo de miséria, de exclusão, de fome, de crianças no trabalho infantil, de trabalho inseguro, não posso ser um judiciário neutro e imparcial. Sou neutro e imparcial na relação interpessoal. Então, eu vou julgar uma relação interpessoal. Ali, tenho que ser neutro e imparcial. Mas, quando eu vou tratar de um macroconflito, o judiciário tem que ser ativo e atuante. E temos vários exemplos de que estamos fazendo isso.

E essa nossa atuação vem tanto da Constituição, da nossa obrigação, trazida no preâmbulo da Constituição, quanto da Agenda 2030 da ONU, onde as instituições, inclusive o Poder Judiciário, se comprometeram a criar sociedades responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

E isso depende não só do Judiciário, mas das parcerias com as instituições públicas e privadas. É preciso trabalharmos juntos para erradicar totalmente o trabalho infantil, para incluir totalmente as pessoas que não estão sendo incluídas. Tudo isso é um trabalho que não conseguimos fazer sozinhos.

Então, por isso, essa interlocução, que vem em várias resoluções do CNJ, do CSJT, nos demanda trabalhar juntos. Sem o apoio da advocacia trabalhista, da OAB, das instituições públicas e privadas, por exemplo, não seria possível avançar o tanto que avançamos. Fazer um sistema de justiça acessível só é possível com a participação de todos, com a participação em rede.

Ao citar aqui rapidamente, um voto do Ministro FUX, do STF⁴, onde ele fala que a nossa Constituição, já no preâmbulo, traz a promessa com o ideário de nossa Nação de criar uma sociedade justa e solidária. Há conceitos, como nos ensina o Ministro Fux, que não podemos defini-los, sentimos. Justiça não é algo que se aprende, é algo que se sente.

E quando começamos a trabalhar nessas políticas, realmente é algo que a gente sentimos.

O Ministro Fux, também nos diz o seguinte, em seu voto, que o direito brasileiro, basicamente, tem dois vetores importantes, onde a prevalência dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana são, digamos assim, axiomas incompatíveis com a ideia de preconceito. E aqui, já também sintetizando uma fala dele, é que o centro da Constituição é o ser humano, e a sua dignidade que está em jogo.

E a inclusão, em qualquer nível, dentro da diversidade, e aí envolve também a questão da pessoa com deficiência, hoje uma via de mão dupla. O dia nacional da luta da pessoa com deficiência necessita de nomenclatura atualizada e contextualizada. Deveria ser, na verdade, o dia nacional da luta da sociedade para a implementação dos direitos da pessoa com deficiência, porque não é um direito da pessoa com deficiência, é um direito da sociedade de viver essa diversidade.

É a diversidade que nos lapida, pois todos nascemos de diamantes brutos e esse exercício de convivência com a diversidade é que nos torna valiosos e nos dá brilho. Então, precisamos, para evoluir enquanto sociedade, conviver com a pluralidade, com aquele que é diferente, porque cada um é diferente do outro. E é essa pluralidade que faz com que possamos evoluir enquanto sociedade.

Assim, tenho o direito de conviver com a pessoa com deficiência, com o negro, com o branco, isso transforma os ambientes de trabalho, isso transforma os ambientes institucionais. E falo isso porque lá no CEJUSC, que é onde coordeno, temos um conciliador cego que está entre os conciliadores mais produtivos do Brasil. Aliás, recebemos juntos um prêmio recente do CSJT: Justiça do Trabalho Acessível, onde capacitamos mais de 2 mil advogados cegos na parte de diversidade e tecnologia. Então, nós capacitamos mais de mil advogados e servidores cegos.

Quando veio a pandemia, os juízes e servidores passaram por capacitação quanto ao uso das ferramentas telepresenciais para realização de audiências. Dentro do CEJUSC, trouxemos advogados, oferecemos capacitação gratuita, pois é preciso que todos estejam preparados para uma boa audiência. E a partir dessa capacitação, pensamos: e o advogado cego? Temos advogados cegos no Mato Grosso do Sul, mais de 20. No Brasil, temos mais de 1.200 Advogados cegos, isso

4 - Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>. Acesso em: 10/04/23.

sem contar servidores e magistrados cegos. E todos, de repente, na pandemia, tiveram que usar as plataformas digitais para realização de audiências: Zoom e Webex.

Como essas pessoas iam trabalhar sem acessibilidade? Então, idealizamos o curso “audiência acessível” que começou regional, depois virou nacional. Capacitamos advogados, magistrados, servidores cegos. Isso é trazer a acessibilidade para todo mundo. Esse olhar para o outro. E voltando aqui para o conciliador Silvio, um instrutor também desse curso, o que foi preciso para ser um dos melhores conciliadores do Brasil? Quebra de barreiras.

Veja, então, que quando vamos trabalhar com uma pessoa com deficiência, qual é o primeiro passo? Ou vou mais além. Sou uma instituição pública, sou um judiciário e quero atender o jurisdicionado com deficiência ou sem deficiência. O que eu faço? As cartilhas que nos orientam são interessantes, mas não é o principal. O principal é saber fazer a pergunta certa: como é que eu posso te ajudar? O que eu posso fazer por você? E qual o nosso papel: Quebrar a barreira.

Então, temos dentro dessa ideia de macroconflito, a Agenda 2030 da ONU e a Resolução 401 do CNJ, que trata da pessoa com deficiência e diz que a gente precisa realmente se comunicar, fazer parcerias com as instituições. Não é algo que inventei, essa parceria está na Resolução 401 CNJ. Temos, ainda, a Resolução 255 do CNJ, que trata da mulher; a Resolução 270 do CNJ, que trata das pessoas trans; a Resolução 419, que trata do combate ao trabalho infantil.

E fizemos, dentro do combate ao trabalho infantil, um torneio esse ano de futebol de jovens indígenas. O primeiro torneio de futebol de jovens indígenas para chamar a atenção das pessoas, da mídia, da sociedade para a questão do trabalho infantil nas comunidades indígenas, que é muito forte. Foi um projeto fantástico. Tivemos esse olhar para essa comunidade que é vulnerável também. Digo isso porque temos as interseccionalidades da vulnerabilidade. Então, quando trato da pessoa com deficiência, tenho o indígena com deficiência, tenho o negro com deficiência, o indígena com deficiência, a criança indígena, o negro, criança, o adolescente com deficiência.

Então, diante dessas interseccionalidades precisamos pensar na hora de fazer política macro. Temos também um trabalho muito bacana com os migrantes refugiados. Fizemos o Projeto ELO para reunir Receita Federal, Polícia Federal, OAB, Funtrab, e fizemos o dia D do imigrante com deficiência e com e sem deficiência, na verdade, com objetivo de colaborar para a regularização dos documentos necessário para acesso ao Sistema de Justiça e ao trabalho, seu CPF, seu RG, porque o imigrante tem uma barreira a mais, o idioma. Veja que todos os documentos de regularização do imigrante, como regra, são pela internet em português. E lá nós temos muitos imigrantes haitianos que falam francês. Então, se a gente não fizesse encontro presencial, eles ficam em grande dificuldade.

Agora, abordando um segundo ponto deste capítulo que é sobre a questão da diversidade como característica essencial para um ambiente de trabalho democrático, plural, sustentável. Segundo estudos, levamos poucos segundos para fazer um pré-julgamento acerca das pessoas, a partir da aparência. É isso que precisamos trabalhar dentro de nós. O que eu ensino há mais de 4 anos no CEJUSC, na mediação, é isso: A comunicação não violenta envolve ouvir as pessoas sem fazer julgamento. Olhar e ouvir sem fazer pré-julgamento, nem julgamento crítico, nem juízo de valor sobre nada. Nada sobre o outro.

Todos temos uma maneira diferente de ver o mundo a partir do nosso filtro. A percepção é isso. Ninguém vai ter a mesma percepção sobre o mesmo acontecimento, pois a nossa percepção vem desse filtro que é a nossa história, nossa família, nossa escolaridade, como fomos criados. Tudo isso são filtros que fazem com que tenhamos percepção diferente sobre o mesmo fato.

É preciso pararmos de fazer juízo de valor nas comunicações e procurar escutar. E sabendo que o nosso cérebro pré-julga, temos que ter atenção a isso e trabalhar isso.

Para finalizar aqui, a nossa legislação é fartíssima em dizer que temos essa filosofia da qual falo que é a filosofia de Ubuntu, que é esse olhar para o outro, essa ideia de que a minha humanidade, de que eu só sou humano, pela minha humanidade para com o outro. Essa é a filosofia das comunidades africanas, nós temos uma legislação muito Ubuntu, muito de olhar para o outro. Como disse Mandela: “não tem nada de mal eu querer ter progresso pessoal, mas o que eu estou fazendo com o meu progresso pessoal? Eu estou colocando o meu progresso pessoal a serviço da minha comunidade?” Isso é o mais importante.

A nossa legislação quer isso de nós, mas por que, por exemplo, não vemos pessoas surdas nos fóruns? É muito difícil de encontrar. Por que não encontramos tantos advogados cegos? São mais 1.200 inscritos na OAB.

É essa reflexão que a gente precisa fazer, e Maria Montessori disse: “nós somos todos inteligentes, mas nós precisamos desenvolver a nossa consciência social, a consciência social que exige de nós uma nova estrutura na sociedade”. A partir de agora, nos comprometemos a isso até 2030 (agenda ONU). Essa data está próxima. Temos que correr, porque eu quero acreditar que vamos conseguir, vou trabalhar para que isso seja possível.

E agora falando um pouco sobre as empresas. Existe uma pesquisa da Associação Brasileira de Comunicação Empresarial, a BERGE, e segundo o levantamento da BERGE, 47% das empresas declararam que o investimento em programa de diversidade traz soluções inovadoras para os negócios.

E falo, como CEJUSC, não é empresa, mas falo quanto a gente produz a partir da diversidade, e 47% das empresas entrevistadas disseram que o programa de diversidade aumenta muito mais as soluções de negócio.

A professora e pesquisadora Luciana Moura no diz que existem benefícios para os empreendimentos que optam por investir na diversidade, e ela cita o seguinte: “maior alcance de preferência dos consumidores, que também são um público distinto e pluralizado”.

Hoje o consumidor está consciente e ele procura empresas que atuam com a diversidade, e o aumento da capacidade de atrair talentos, e por fim, tornar uma empresa mais democrática. Essas visões do mundo, cita a Luciana para encerrar, histórias pessoais, experiências com mundo completamente diferentes, passam a fazer parte da cultura da empresa. Isso tende a potencializar a criatividade.

Desde que exista um espaço para compartilhamento e colaboração, a empresa aproveita os múltiplos olhares para construir um posicionamento mais vivo, rico e plural.

Para concluir, é importante sabermos a diferença de se ter uma empresa diversa e ter uma empresa inclusiva. Empregar e incluir é diferente. Empregar é trazer diversidade, como cita uma colunista, “é você convidar para o baile”. Então, você convida para o baile quando você emprega.

Agora, incluir é tirar para dançar. É a mesma diferença entre coexistir e conviver. E é isso que gera o crescimento das organizações.

Capítulo 11

AUDIÊNCIAS PRESENCIAIS. TELEPRESENCIAIS. HÍBRIDAS. PROVAS DIGITAIS. REVOLUÇÃO 4.0. NOVA JUSTIÇA DO TRABALHO?

Fernanda Marques Junqueira

Doutora em Direito e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Escola Nacional da Magistratura do Trabalho. Professora de Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (2020); Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região.

Neste capítulo, farei abordagens sobre audiências virtuais, dilemas e perspectivas com a possibilidade de trazer algo novo que possa agregar ao debate de digitalização do poder judiciário.

No primeiro momento fiz uma divisão, logicamente ela não é estanque, trazendo a noção de ressignificação do conceito de justiça nessa sociedade informacional, altamente tecnológica, para tratar um pouquinho dessa visão de digitalização do poder judiciário numa perspectiva global e finalizando com a digitalização do poder judiciário brasileiro.

Qual é o futuro das audiências virtuais frente à recente decisão emanada pelo Conselho Nacional de Justiça? Mas antes de tudo, citarei uma passagem de “Hamlet” de Shakespeare, pois a simbologia que envolve a obra é magnífica.

E Hamlet, em determinada altura, chama atenção para o tempo e fala: “Não, Tempo, não zombarás das minhas mudanças! As pirâmides que novamente construíste não me parecem novas nem estranhas, apenas as mesmas com novas vestimentas”.

Ouso aqui nesse momento discordar de Hamlet. As pirâmides são novas, as roupas também são novas. Porque é chegada uma hora que estamos num tempo em que Fernando Andrade já dizia: “é o tempo da travessia. É chegada a hora de tirarmos as vestimentas usadas, velhas, desgastadas, para vestirmos outras novas roupagens”.

E é justamente isso que traz o fenômeno de introdução da tecnologia dentro da atividade dos profissionais do direito. Digo isso porque quando falamos da figura do juiz, o que se tem são rótulos. É aquela visão caricaturada de um juiz conservador, do juiz preso a uma estrutura física, de um juiz encastelado e, portanto, distante da sociedade.

E não falo uma distância pequena, mas uma distância muito significativa entre o judiciário e a sociedade. De modo que a justiça, dentro dessa concepção, consiste na associação dela com o prédio. Justiça é, afinal de contas, o prédio. O prédio a abriga, o prédio a hospeda, de modo que é ali o *locus* do exercício do poder.

Desse juiz, que tem uma caricatura, ele é meio ranzinza, ele tem uma afeição brava, no uso de um hábito que já o distingue dos demais, o distingue da sociedade da qual ele é inserido e da qual ele vai julgar. De modo que a dimensão do seu gabinete, a dimensão da sua escrivaninha, é imediatamente associada à dimensão do seu poder. Justiça, portanto, é prédio.

Acontece que descobrimos, nesse período vivenciado pela humanidade atual, e acelerado o processo de disruptão e transformação tecnológica, obviamente causado em grande medida pela pandemia, mas que já acontecia muito tempo antes, era algo inimaginável pensar que a justiça não tem um *locus* específico. Que ela poderia migrar daquele espaço físico que sempre a hospedou, que sempre a abrigou, de modo a transportá-la para a nuvem. A justiça pode e deve estar em todo e qualquer lugar.

E Susskind (2019)¹ deixa isso muito claro, se fôssemos pensar e discutirmos a ideia de que a justiça não teria um espaço físico para atuar, era algo inimaginável até então. Mas que nós, e falo com grande firmeza de que a justiça do trabalho liderou esse processo de migração

1 - Susskind, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

do espaço físico para o espaço virtual, de modo que não tivemos solução de continuidade da prestação jurisdicional. Fomos todos para o Zoom, fomos todos para o Google Meet, o processo de adaptabilidade foi muito rápido, e aqui estamos a tratar dessa nova forma de entrega da prestação jurisdicional que não substitui o modo tradicional, que é o modo presencial.

Mas queria saber, como estavam a se portar os demais sistemas judiciários no mundo? Se for pegar a Inglaterra, que tem uma das cortes mais tradicionais do globo, poderíamos pensar, não, a Inglaterra vai continuar no papel, a exigir a presença. A Inglaterra, muito tempo antes, já empregou bilhões de libras para a digitalização do seu poder judiciário. E isso porque, como o direito é produto cultural, por certo, deve acompanhar as transformações sociais.

E se cada ser humano hoje tem em suas mãos uma câmera, um WhatsApp, um comunicador de mensagens instantâneo, o poder judiciário deve necessariamente acompanhar. Estou falando de um sistema judiciário altamente tradicional. E isso não é novo, porque desde 2016, quando o Justice Lord Thomas era o presidente da Suprema Corte Britânica, já se dizia da necessidade de migração das audiências para o espaço virtual.

No primeiro setor, destacado no relatório organizado pela Suprema Corte Inglesa, foi justamente no sentido de exigência e dever de migração daquele espaço físico para o espaço virtual, a incluir a prática do ato processual solene, que é a audiência.

O Canadá tem uma experiência altamente inovadora. Se resolve tudo puramente online, com a ideia de e-Court. E a primeira e-Court que o Canadá tem é a *Civil Resolution Tribunal*, que foi referendada em 2012, mas entrou em funcionamento no ano de 2016.

A *Civil Resolution Tribunal* decide somente causas limitadas a disputas condominiais, no primeiro momento, causas cíveis de até 5 mil dólares canadenses, e acidentes de trânsito limitados a quantia de 50 mil dólares canadenses. Para essas questões, não há outra via alternativa que não a CRT. Ou seja, não adianta buscar o judiciário tradicional, que ele extinguirá o processo sem resolver o mérito, porque o caminho único acessível a essa sociedade é pela e-Court, que é o CRT.

O procedimento é bem simples, ele é autoinstrutivo e muito rápido. Num primeiro momento, há um mediador que vai verificar a requisição, o requerimento de determinada parte, e o interesse que está ali na disputa. Vai tentar resolver num primeiro momento, se não o resolve, então é preenchido um formulário, do qual se inicia um processo de negociação, e se resolvida a questão pela via amigável, e não cumprido o acordo, esse acordo pode ser executado no sistema judiciário.

E não havendo a negociação, temos então uma decisão emanada por um advogado, que é indicado pela CRT, então pessoas são nomeadas pelo próprio tribunal, da e-Court, de modo que essa sentença também é executada e pode ser executada, se não cumprida a obrigação de modo voluntário, no sistema judiciário tradicional.

Mas e os países ainda em condição periférica, se até agora só tivemos exemplos de países de capitalismo central, como fazemos então com os países ainda em desenvolvimento?

Cito como exemplo, uma ideia das Filipinas que está lá no sudeste asiático. O país tem o menor índice de desenvolvimento humano se comparado ao Brasil. E de modo extraordinário, o seu sistema judiciário foi reinventado. Eles reinventaram justamente empregando tecnologia em seu favor e em favor da sociedade. Tanto é que eles, de forma inédita, pela Suprema Corte das Filipinas, emanaram um guia ou um manual de boas condutas das audiências virtuais.

Para se ter uma ideia, há registros em foto da Suprema Corte das Filipinas numa sessão agora recentemente virtual. Isso no período pós-pandemia. E é interessante anotar que aqui se tem uma ideia de desvinculação da justiça e o prédio.

Falo isso porque a audiência virtual, segundo o manual emanado pelo poder judiciário daquele país, é no sentido de dizer que onde é realizada a prática do ato processual significa extensão do poder judiciário. O poder judiciário não se resume, então, a um *locus* específico de exercício de poder onde a pessoa pode acessar. Esse poder judiciário, ainda que não se esteja na estrutura tradicional de poder, que se tem no imaginário coletivo, ali é uma extensão. E, diga-se de passagem, existe manual em que há a definição do que seria audiência por videoconferência.

E há dois modos.

Uma que pode ser integralmente remota e outra parcialmente remota. Integralmente remota, o próprio nome já diz, é quando nenhum dos participantes esteja na unidade jurisdicional. Ao modo que, a parcialmente remota, um ou mais atores estejam presentes dentro do *locus* específico onde se tem como endereço de determinada unidade jurisdicional.

Mas, a integralmente remota, expressa a previsão de que nem mesmo o juiz ou a juíza tenha necessidade de se fazer presente fisicamente na unidade. Ou seja, se é levada e feita de modo integralmente virtual, desnecessária a presença do juiz na unidade jurisdicional respectiva. Isso não se restringe a Filipinas.

No caso da Índia, que tem um alto nível populacional e também é um país que convive com as agruras da desigualdade social, tanto ou em maior escala que a realidade brasileira. E lá se tem três tipos de cortes. Na verdade, eles estão ainda em processo de evolução do sistema judiciário. Ao lado, claro, das cortes convencionais, há o que eles chamam de *online courts*, que é o primeiro *standard* para migração do poder judiciário para o espaço virtual, para então se chegar à noção de que eles têm do que sejam cortes virtuais.

A corte virtual, segundo a Suprema Corte Indiana, é aquela levada a efeito integralmente de modo digital. E é integralmente de modo digital, e aqui tem expressa a previsão de que nem o juiz, nem a parte, nem o advogado ou a advogada precisam estar presencialmente no prédio físico do poder judiciário.

E como podemos sintetizar, e aqui nossas vantagens e desvantagens são comuns aos relatos dos demais países, em grande medida similares, quais seriam as vantagens de migração do sistema judiciário para o espaço virtual sem que isso implique substituição do modo tradicional de se entregar a prestação jurisdicional. Temos inúmeras vantagens, e falo por experiência própria, porque sou da 14^a região, e com muito orgulho, foi a corte piloto do programa 4.0 do Conselho Nacional de Justiça, de modo que migramos nossa atividade para o espaço virtual.

E tivemos inúmeras vantagens, como redução de custos e de despesas, agilidade, estamos até o presente momento no primeiro lugar do IGEST, para quem não conhece o IGEST, é o medidor de desempenho da justiça do trabalho, estamos lá no primeiro lugar do Brasil.

Eficiência, também se tem um relato de que vítimas de assédio ou de qualquer tipo de violência, elas ficam mais acomodadas, confortáveis no ambiente remoto do que diretamente na presença física do seu agressor.

E houve algo que é revolucionário, e considero que a pedra de toque desse processo de digitalização que é a ampliação do sistema de justiça. Mas nem tudo são flores, existem também as desvantagens do próprio modelo, que precisamos ponderar se as vantagens superam os obstáculos, e se esses obstáculos podem ser superados, são casos complexos, um assédio sexual ou um assédio moral, talvez a necessidade de se ter ali efetivamente uma audiência presencial.

A garantia de incomunicabilidade das testemunhas, mas é bom se afirmar que nem mesmo na presencialidade temos como garantir cem porcento a incomunicabilidade. A publicidade do ato, como garantir que outros atores possam participar daquele ato, porque ele é essencialmente público. E garantir internet de qualidade para todos.

Como, então, podemos superar esses obstáculos de modo a amainá-los e superá-los?

E fizemos, na 14^a região, parcerias com outras instituições que têm maior capilaridade, como é a Justiça Comum, Defensoria Pública e demais instituições do ramo público também, para garantir acessibilidade a populações indígenas que não tínhamos acesso.

Quero demonstrar como é a realidade do Norte, que é a região na qual residí, temos seis meses de água e seis meses de seca. Seis meses de chuva é o inverno amazônico. Estamos agora a presenciar o inverno amazônico, mas é 40 graus o ano inteiro. Então é só mesmo por conta da chuva, em seis meses não se transita, a depender da localidade, não se tem acesso.

E a depender também de onde temos de estar presente, levamos dois a três dias. Porque não só fazemos uso do meio de transporte terrestre, como também do meio de transporte aéreo, que são pequenas aeronaves, em condições precárias. E além dessas pequenas aeronaves, temos que fazer uso do transporte fluvial em pequenas canoas para se atingir populações ribeirinhas, para se atingir comunidades indígenas e outras comunidades que não se tem fácil acesso, porque nossas distâncias são continentais.

Justamente porque estamos com dois estados, Rondônia e Acre. Aqui é o juiz que demora três a quatro dias de deslocamento para fazer um dia de atendimento e retorno. Depois de quatro dias, então, essa justiça é efetiva? Ela aloca eficientemente os recursos públicos quando se garante a presença do juiz em apenas quatro ciclos ao ano? É essa reflexão que precisamos levar adiante, em relação a nossas diferenças, porque dentro de um Brasil, temos diversos Brasis.

E aqui foi uma parceria que fizemos com a Defensoria Pública do Estado do Acre, em que um indígena foi buscado na sua comunidade, colocado em contato com a Justiça do Trabalho, pelo balcão virtual e sua família veio junto para celebrar.

Compareceram todos para a formalização de um acordo, sem que houvesse necessidade de dispêndio de despesa, despesa financeira, despesa também humana, porque o risco que se tinha durante o trajeto é muito alto, porque temos aí, não sei se já ouviram falar dos PCCs da vida e tudo mais, temos essas áreas de dificuldade e de disputas territoriais por determinadas facções.

Ganhamos nesse processo de migração ampliação do acesso, incluímos aqueles excluídos digitalmente, tivemos um incremento na produtividade, economia, conseguimos coincidir nossos objetivos com os objetivos da Agenda 2030 da ONU e, além da planetarização da Justiça, de modo que todos e todas indistintamente tenham acesso a uma justiça de qualidade.

Porém, dentro desse processo de conformação de uma nova realidade da Justiça, não está funcionando, pois tivemos alguns obstáculos que precisariam ser superados e amadurecidos. O primeiro é a noção de residência do juiz, pois se confunde a residência do juiz com audiência virtual. Portanto, residência do juiz não se confunde com audiência virtual.

A residência do juiz, segundo a Constituição e segundo a Loman, é uma vicissitude decorrente do cargo. Audiência virtual é ato processual, de modo que um não implica na mudança de outro. Sendo assim a residência do juiz permanece.

Se resido em Porto Velho, nada me impede de fazer uma audiência virtual em Porto Velho.

Estou ali, como se diz, encharcada da realidade local, a julgar casos regionalizados. Mas nada impede que um autor aqui de Foz do Iguaçu acione a Justiça do Trabalho na 14ª região, mediante o acesso a um clique, e que seja a sua súplica atendida de forma célere.

E essa grande diferença e confusão conceitual que se fez entre residência do juiz e a prática de um ato processual sintetizada na audiência, realizada de forma virtual, é que levou o CNJ, agora, a proferir uma decisão que retrocede ao tempo pré-pandemia. A exigir como regra, diferentemente do fenômeno que ocorre numa perspectiva global, a presencialidade como regra.

E exige a presencialidade como regra a fazer com que o juiz tenha a necessidade e o dever de estar presente na jurisdição, na unidade, três dias úteis na semana. A questão se o juiz tem que se fazer presente é óbvia. O juiz, além de julgar, é um gestor da sua unidade, eles têm que se fazer presente. Mas exigir que todos os atores estejam atuando de forma remota e apenas o juiz esteja sozinho dentro da unidade, é algo teratológico e que vai, infelizmente, ao desencontro da perspectiva de digitalização que ocorre no mundo judiciário hoje, planetarizado. É a questão que levo à reflexão.

Conforme iniciei com Hamlet, há uma passagem nesta obra em que a sentinela, quando se viu assombrada pelo fantasma do rei da Dinamarca, assassinado covardemente pelo seu próprio irmão, a sentinela diz a Hamlet o seguinte: “É, senhor, eu sei o que eu era. Eu sei hoje o que eu sou. Acontece que eu não sei para onde vamos”.

A pergunta que faço à justiça do trabalho nessa atual conjuntura, na atual quadra da história evolutiva da humanidade, para onde a justiça do trabalho quer ir? Caminhar adiante, superando os obstáculos que devem ser superados, ou então caminharmos para trás?

Caminharmos para trás de modo que não tenhamos a possibilidade de colocar o nosso barco nas altas e maravilhosas águas que existem aí em alto mar. Porque estamos num processo de transformação que é bem-vindo. Sabe-se que teremos aí obstáculos que precisam ser superados, todo processo de mudança causa certo tipo de perplexidade ou certo tipo de resistência, mas isso não quer dizer que não possamos mudar.

E a justiça do trabalho fez isso, ao possibilitar a migração para o espaço virtual, espero aqui ter contribuído com uma reflexão deste processo de digitalização ao redor do mundo e a recente decisão do Conselho Nacional de Justiça na realidade do sistema judiciário brasileiro.

Capítulo 12

ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE: TEMAS CONTROVERTIDOS

André Araújo Molina

Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região/ MT. Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT). Pós-Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP – Largo do São Francisco). Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Castelo Branco (UCB/RJ) e Direito do Trabalho pela Universidade Castelo Branco (UCB/RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

Início tratando de um tema absolutamente polêmico e que foi muito discutido em razão da reforma trabalhista de 2017: a gratuidade da justiça no processo do trabalho.

A reforma trabalhista de 2017 alterou a CLT a ponto de, na redação originária, textual, a princípio, determinar a cobrança de honorários advocatícios, por exemplo, até daqueles trabalhadores agraciados com os benefícios da justiça gratuita.

Então, tal primeira interpretação gerou uma redução drástica do volume de processos na Justiça do Trabalho; discutiu-se, a partir disso, sobre embaraços ao acesso à justiça, e sobreveio depois a decisão do Supremo Tribunal Federal modulando esta questão.

Nenhum tema jurídico pode começar sendo discutido, se não a partir das luzes da Constituição Federal de 1988. Dois incisos do artigo 5º são muito importantes para fixarmos as balizas a partir das quais precisamos compreender este tema.

Primeiro, o princípio ou a garantia da inafastabilidade da jurisdição, que se trata de um mero aspecto formal de acesso à justiça. Mas todos sabemos que não adianta se resguardar o aspecto formal se a cidadania não tiver meios materiais efetivos de fazê-lo.

Então, aí entra em pauta um outro inciso muito importante da Constituição, que é o inciso LXXIV, que garante a todos que demonstrarem insuficiência de recursos, o texto constitucional fala em assistência jurídica integral e gratuita. Essa assistência jurídica integral e gratuita, que é o aspecto material de acesso à justiça, é vista sobre duas perspectivas.

A perspectiva de assessoria jurídica propriamente dita, consultiva e auxílio técnico para entrar com as ações, normalmente exercido pelas defensorias públicas. E, também, temos outro aspecto da gratuidade da justiça. Porque imagine que nada adiantaria um defensor público representar um necessitado, se o necessitado tivesse que tirar do próprio bolso dinheiro para pagar as despesas do processo.

Então, de um lado, temos a assistência jurídica e judiciária, normalmente prestado pelas defensorias, e de outro lado, há os benefícios da justiça gratuita, que são as isenções em relação a custas, emolumentos, taxas e, o tema mais polêmico, quanto aos honorários advocatícios.

Infraconstitucionalmente, no processo do trabalho, essas duas vertentes do acesso à justiça são regulamentadas em textos legislativos diferentes. A assistência jurídica no processo do trabalho se dá, como todos sabemos, por intermédio dos sindicatos. É a regulamentação da Lei n. 5.584 de 1980, em que os sindicatos se veem obrigados a prestar o auxílio técnico a toda base de representados. E, naturalmente, nesses casos, é clássico na Justiça de Trabalho, os advogados serem remunerados por meio dos honorários advocatícios assistenciais.

Em relação a isso, não tivemos nenhuma mudança recente. Continuam, então, os trabalhadores podendo se valer do apoio dos advogados sindicais, cuja regulamentação se dá com a Lei especial n. 5.584 de 1980.

De outro lado, a questão mais polêmica que experimentamos algumas mudanças recentes, se dá em relação à concessão dos benefícios da justiça gratuita, o seu alcance, o seu objeto, e, lá à frente, a compatibilidade da justiça gratuita com a condenação em honorários advocatícios.

E a regulamentação deste tema da justiça gratuita encontra disciplina expressa na CLT, reformada em 2017.

Nada obstante, também, na minha concepção, há que se buscar a interpretação conjugada, supletiva, como autoriza o art. 15 do CPC, com o próprio regramento de justiça gratuita do Código de Processo Civil.

Na medida em que, nada obstante, a CLT tenha sido reformada neste ponto, ainda há alguns vácuos e ainda há alguns pontos carentes de melhor regulamentação. Então, estamos falando de aplicação direta da CLT e aplicação complementar e subsidiária do Código de Processo Civil.

E, a partir desta leitura dialogada desses dois dispositivos, podemos avançar para uma segunda parte, para afirmar quem seriam os beneficiários da justiça gratuita no processo do trabalho.

Todos aqueles que, diz o próprio texto constitucional, comprovarem a condição de miserabilidade econômica. Então, começamos afirmando que a Constituição não impede e a legislação atual consagra que pessoas naturais e pessoas jurídicas podem ser beneficiários da justiça gratuita. No entanto, os requisitos e os caminhos para se alcançar esses benefícios são diversos, entre um e o outro.

As pessoas físicas ou naturais, imaginem os trabalhadores em sua grande maioria, a CLT faz uma distinção muito clara. Aqueles desempregados ou que empregados recebam até 40% do teto do regime geral de previdência social, hoje algo em torno de R\$ 2.800, são presumivelmente pobres. Pobres na perspectiva jurídica, então todos aqueles que ao ajuizarem a ação estão desempregados ou empregados com remuneração de até R\$ 2.800, para esses já há presunção legal de miserabilidade jurídica, autorizando o juiz, inclusive de ofício, nesses casos, a concedê-los os benefícios da justiça gratuita.

No entanto, temos uma outra categoria de pessoas naturais que recebem acima de R\$ 2.800. Imagine o caso de um gerente de setor, um líder de setor, que ganha R\$ 3.500. Em relação a ele, então, a lei não gera uma presunção automática de miserabilidade. Nesta segunda situação, então, há alguma polêmica.

Na minha compreensão, em uma leitura da lei, afinada com a Constituição e complementada pelo CPC, comprehendo possível a utilização da declaração de pobreza.

Então, o trabalhador e seu advogado, com poderes específicos fará, junto com a petição inicial, aquela declaração de que, nada obstante, receba atualmente R\$ 3.500, R\$ 4.000, diante das suas condições pessoais, não tem meios financeiros de custear o processo. Esta declaração vale tanto no processo civil quanto, na minha leitura, vale também no processo de trabalho. Mas esta declaração gera uma mera presunção relativa de veracidade. Então, pode, a parte adversa, impugnar a declaração.

Quando instaurar-se-á, segundo o artigo 98 do CPC, um pequeno incidente no processo, de modo que haverá o julgamento e a concessão de oportunidade de prova a quem alega.

Aquele trabalhador que recebe R\$ 3.500, alegou que não tem condições e aquela alegação foi impugnada, vai abrir, então, um pequeno incidente para que ele traga aos autos, eventual declaração de imposto de renda, ou que ele possui três ou quatro filhos, ou ele tem um problema de saúde, que tem gastos, então, para ele comprovar documentalmente ou por qualquer meio legítimo de prova que não tem condições.

Então, havendo a impugnação, o que acontece?

Havendo a impugnação e a comprovação, o juiz pode conceder a justiça gratuita para quem ganha R\$ 4.000, R\$ 5.000, R\$ 6.000, não há uma limitação em relação a isso. Agora, de outro lado, se a declaração de miserabilidade para quem ganha mais de R\$ 2.800 não for sequer impugnada, a presunção relativa converte-se em uma presunção processual não impugnada, valendo, então, como verdade no processo e o juiz também está autorizado a conceder a justiça gratuita.

Um terceiro ponto se dá em relação às pessoas jurídicas. Houve, em algum momento, uma dúvida no processo do trabalho se as pessoas jurídicas poderiam ser beneficiárias da gratuidade. E essas dúvidas foram superadas, tanto pelo CPC de 2015, quanto pela CLT da Lei da Reforma Trabalhista. No entanto, para pessoas jurídicas não basta uma mera declaração ou afirmação.

Primeiro, o requerimento tem que ser expresso, pois o juiz não pode conceder de ofício justiça gratuita à pessoa jurídica, que se presume lucrativa (art. 2º da CLT). Então, tem que haver um requerimento expresso e prova material nos autos de que aquela pessoa jurídica não se encontra em condições de custear as despesas do processo. Juntar, então, extratos de movimentação, empresas semifalidas agora em razão da pandemia, um restaurante que ficou sem movimento, está devendo, traz certidões negativas no processo.

Então, é possível uma pessoa jurídica conseguir oferir os benefícios da justiça gratuita no processo do trabalho? Sim, não há nenhuma dúvida em relação a isso.

Esse primeiro ponto gerava alguma polêmica que me parece não é a maior delas. É possível, recuperando que pessoas físicas, pessoas jurídicas sejam beneficiárias da justiça gratuita, valendo a declaração como presunção relativa àqueles que recebem mais de R\$ 2.800. E a jurisprudência atualizada do Tribunal Superior do Trabalho segue nesta mesma direção, a qual repto, academicamente, como correta.

Então, a maioria das turmas do TST tem admitido a mera declaração do CPC como prova relativa de miserabilidade jurídica para pessoas naturais, quer reclamantes, quer reclamados, pessoas físicas.

Um outro ponto importante que causa muita controvérsia é a respeito do objeto da justiça gratuita. Em outras palavras, qual seria, analogicamente falando, a cesta de produtos que a justiça gratuita oferece àqueles que são seus beneficiários?

O rol do artigo 98 do CPC, aplicável ao acaso, porque a CLT é absolutamente omissa neste ponto, então, o rol do artigo 98, parágrafo 1º do CPC, é o mais ampliado possível. É um rol, primeiro, meramente exemplificativo, lá o texto é claro e cita exemplificativamente algumas despesas isentadas e ainda diz “além de outras”.

Ou seja, poderíamos citar como exemplo taxas e custas judiciais que são alcançadas pela justiça gratuita, honorários de intérprete, honorários de tradutores, honorários de contadores de liquidação, todos os mais, emolumentos, a justiça gratuita só não isenta as multas processuais.

Então, aquele litigante de má-fé não fica isento de ser executado pela multa em caso de, mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, se foi condenado. As duas grandes divergências que existem são se a justiça gratuita alcança o depósito recursal e os honorários advocatícios.

Em relação ao depósito recursal, houve em uma primeira fase interpretativa da jurisprudência que depósito recursal era pressuposto de admissibilidade do recurso. Por isso que a justiça gratuita não o alcançava. No entanto, isto foi superado pelo CPC de 2015, pela própria CLT, artigo 899, parágrafo 10, pós-reforma.

Então, os agraciados com justiça gratuita, ainda que reclamados, ainda que condenados, podem recorrer sem precisar recolher depósito recursal. Foi um avanço, neste sentido, de acesso à justiça da parte reclamada, da parte condenada.

E, por fim, o tema central e mais polêmico, a justiça gratuita alcança os honorários advocatícios.

É primeiro preciso fazer uma distinção que é clássica, inclusive, na jurisprudência do Supremo. Uma coisa é isenção, outra coisa é exigibilidade. Não devemos confundir. Todos sucumbentes devem ser condenados.

Então, é preciso ter um capítulo na sentença, no acordo, de condenação dos sucumbentes nos honorários advocatícios. E, em outro capítulo, se presentes os requisitos, concedo a justiça gratuita. Não há nenhuma incompatibilidade, lógica, ontológica, jurídica, em conceder a justiça gratuita ao trabalhador e condená-lo ao mesmo tempo em honorários. Não há nenhuma incompatibilidade em relação a isso.

E transita em julgado a condenação em honorários, mas a concessão da justiça gratuita não transita em julgado, e isso vai fazer toda a diferença.

Imagine o caso em que o trabalhador ganhou metade dos pedidos, perdeu metade, ganhou justiça gratuita e foi condenado em honorários. Transita-se em julgado os honorários, eu avanço para uma fase de execução.

Depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 5766, agora de dezembro do ano passado, a interpretação que se tem é a seguinte: concedo justiça gratuita e condeno. E enquanto

o trabalhador se manter beneficiário da justiça gratuita, não posso avançar sobre o crédito dele para penhorar o valor a favor do advogado de defesa e os seus honorários.

No entanto, se esse trabalhador, naquela ação, em outra ou até, por alguma razão externa, mudar a sua condição financeira, já na fase de execução, nada impede, antes de tudo recomenda, que a justiça gratuita seja revista. A justiça gratuita, como disse, não transita em julgado, ela é uma fotografia do bolso da pessoa.

Quando ela entrou, estava desempregada, pobre. Depois do trânsito em julgado, conseguira receber 300 mil reais na ação. Aquele valor, então, muda-lhe de condição financeira, autorizando, então, que o juiz revogue os benefícios da justiça gratuita no início da fase de execução, deixando, assim, aquele valor à disposição para que o advogado possa pedir a penhora equivalente de seus honorários.

A grande questão a responder é quantos a pessoa precisa ganhar para mudar a condição econômica. Não há um parâmetro legislativo expresso. Então, utilizo como critério o 833 do CPC, que é aquele parâmetro da impenhorabilidade da poupança, ou seja, 40 salários mínimos, hoje, algo em torno de 50 mil reais. Logo, quem recebe na ação como crédito até 50 mil reais continua pobre, continua beneficiário da justiça gratuita e os honorários não podem avançar sobre aquele valor.

Quem recebe 80 mil reais em uma ação trabalhista, segundo o parâmetro legislativo, deixou de ser pobre. Então, o juiz está autorizado a revogar a justiça gratuita e desses 80 mil ficar disponível 30 mil reais, por exemplo, para o advogado avançar sobre a penhora de parte daquele crédito.

Desta forma, parece-me que compatibilizamos a justiça gratuita, o acesso à justiça e, também, o resguardo do crédito alimentar do advogado, inclusive na linha do que decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Caso haja interesse em aprofundar neste tema, há publicações minhas de alguns artigos sobre ele, que está disponível online na Revista do TRT da 9ª Região do Paraná. Há um artigo mais substancioso, no qual desenvolvo este tema a respeito da justiça gratuita, acesso à justiça e honorários advocatícios.

Capítulo 13

A EXTINÇÃO DAS VARAS DO TRABALHO X ACESSO À JUSTIÇA

Ronaldo Ferreira Tolentino

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2001). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie. Pós-graduado em Gestão de Pessoas e Compliance Trabalhista pela FGV. Advogado. Inscrito na OAB/DF sob o n.º 17.384, OAB/SP sob o n.º 266896-A, OAB/RJ sob o n.º 208469.

O tema deste capítulo é a controvérsia sobre extinção de varas do trabalho versus acesso à justiça.

Sabe-se que é um tema delicado e complexo, pois coloca sobre a balança, de um lado, questões como organização interna dos tribunais, orçamento, austeridade, eficiência da administração pública e, de outro lado, princípio constitucional do acesso à justiça no seu mais amplo conceito e, em se tratando da justiça do trabalho, todas as implicações decorrentes desse acesso, no tocante aos direitos materiais buscados pelo jurisdicionado, de onde destaco o primeiro deles, o princípio fundamental de dignidade da pessoa humana, constante do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, passando pelo princípio do valor social do trabalho, no seu inciso IV.

Como desdobramento destes dois princípios fundamentais, diversos direitos que, ficando apenas no âmbito constitucional, destaco o artigo 5º caput, em especial direito à vida, direito à liberdade, à igualdade e à segurança. Vejam que sequer mencionei os incisos do artigo 5º, como o inciso III e o inciso VIII. Em resumo, não me parece fácil fazer esse contraponto.

Assim, quero abordar aqui a posição do Conselho Federal da OAB sobre essa questão da extinção das varas do trabalho, extinção ou remoção das varas do trabalho, versus acesso à justiça, bem como alguns dados para reflexão.

De início, destaco que o fato do artigo 27 da resolução n. 296/2021 do CSJT ter sido suspenso até dia 30 de junho de 2023, me parece que não prejudica o debate aqui proposto, sobretudo porque o ato n. 134 de 2022, que prorrogou a aplicação do artigo 27 da resolução n. 296 pelo então presidente do CSJT, na época, Ministro Emanuel Pereira, coloca dentre os considerandos a afirmativa de que a referida Resolução n. 296 está em amadurecimento. Portanto, me parece salutar o debate.

Passando para o mérito propriamente dito, importante deixar de logo registrado que o Conselho Federal da OAB já teve oportunidade de se manifestar contrariamente à extinção, e aqui acrescento, remoção de varas do trabalho, considerando apenas estatísticas a respeito de volume de processos.

Parece que a justiça e, mais especificamente, Justiça do Trabalho que é uma Justiça Social, não pode ter o seu alcance medido por números e cifras. A título de exemplo, dentre a listagem das varas do trabalho com movimentação processual de novos casos inferior a 50% da média nacional e, portanto, suscetível de extinção ou remoção, destaco dois municípios: O primeiro município é a vara do trabalho de São Félix do Xingu, no Pará, e o segundo, a vara do trabalho de Açailândia, no Maranhão.

Em relação a São Félix do Xingu, gostaria de resgatar matéria constante do site do próprio CSJT, em que comemora a criação daquela vara do trabalho. Diz a matéria constante do site do CSJT à época:

O Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região realiza nesta quarta-feira, 20 de setembro, às 11 horas, a inauguração das instalações da vara do trabalho de São Félix do Xingu no estado do Pará.

E aqui destaco, apesar do déficit orçamentário e financeiro pelo qual passa a justiça do trabalho, a instalação da vara do trabalho de São Félix do Xingu foi priorizada pelo atual presidente do TRT da 8ª Região, que possui jurisdição

nos estados do Pará e Amapá, Desembargadora Suzy Koury, com a crença de que a vara será indutora do respeito aos direitos sociais¹.

Em outro trecho, diz a matéria do CSJT:

O Pará lidera o ranking nacional com o maior número de resgates e o município de São Félix do Xingu, na chamada Terra do Meio, é uma das localidades do Brasil com maior ocorrência de trabalho escravo e da exploração do trabalhador em condições sub-humanas, com mais de 800 resgates ocorridos.

Trata-se do sexto maior município em extensão do Brasil e, por anos seguidos, foi o município com o maior número de empregados resgatados em trabalho escravo no Brasil.

A vara integra o Plano Nacional de Combate ao Trabalho Escravo e Degradeante aprovado pelo CNJ e tem o objetivo de marcar a presença do Estado na região, acelerando as ações e decisões sobre as questões que envolvem os litígios trabalhistas naquela região, já que a situação dos trabalhadores na região é especialmente dramática com sucessivos casos de assassinatos².

Matéria vinculada em 20 de setembro de 2017. E aí fica a indagação: Passados pouco mais de cinco anos, será que é o caso de se extinguir a vara de São Félix do Xingu? Retirar de lá a presença do Estado, da Justiça do Trabalho? Parece-me que, no caso, há um sério risco de retornarmos àquelas situações fáticas anteriores à criação da referida vara do trabalho.

Passemos agora ao município de Açaílândia, no Maranhão, com notícia da Prefeitura daquele município deste ano de 2022. Diz o site da Prefeitura:

A cidade de Açaílândia recebeu, na quinta-feira (23), a Caravana da Liberdade Itinerante, que é organizada pela Comissão Estadual de Erradicação ao Trabalho Escravo, no Maranhão, em parceria com a Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Participação Popular no auditório da Associação Comercial de Açaílândia³.

Em outro trecho diz a matéria:

O Ministério Público do Trabalho do Maranhão (MPT-MA) participou da iniciativa com o Procurador-Chefe, Luciano Aragão. De acordo com o Observatório do Trabalho Decente (Smart Lab MPT-OIT), o município de Açaílândia lidera os registros de trabalho escravo no Maranhão, com 710 trabalhadores resgatados entre 1995 e 2020⁴.

A matéria é de março de 2022. E novamente me vem a pergunta: Vamos extinguir a vara do trabalho de Açaílândia? Tirar o braço da Justiça do Trabalho de lá? Parece-me que não.

Deixando agora de lado os exemplos mais extremos, como o trabalho escravo, e tratando do acesso à justiça propriamente dito. E aí cito exemplo da vara do trabalho de Guajará-Mirim, que também tem como jurisdição o município de Nova Mamoré, em Rondônia, região de fronteira.

Caso haja a extinção da vara do trabalho de Guajará-Mirim, que também consta na lista das varas que podem ser extintas, os trabalhadores daquela região teriam que se deslocar uma média de 270 km de estrada para chegar a Buritis, o município mais próximo com a vara do trabalho. Poderiam dizer algumas pessoas que não é uma distância tão absurda, e pode não ser.

Ocorre que lá, pelas condições das estradas da região, a viagem pode durar de 5 a 7 horas de carro.

O trabalhador da região de Guajará-Mirim terá que se deslocar 6 horas em média de carro para reclamar verbas rescisórias? Parece-me que não. Ele vai preferir dar por perdido esses direitos

1 - https://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias-novas-e-antigas//asset_publisher/gw4H/content/sao-felix-do-xingu-pa-agora-tem-vara-do-trabalho

2 - Idem, 2023, pág 104

3 - https://www.acailandia.ma.gov.br/midia/ACAILANDIA-RECEBE-CARAVANA-DA-LIBERDADE-DE-COMBATE-AO-TRABALHO-ESCRAVO_1553

4 - Idem, 2023, pág. 105

do que ter que despender tempo e dinheiro para reclamá-los, sobretudo os mais simples e menos favorecidos.

Veja que o próprio constituinte originário idealizou uma Justiça do Trabalho ramificada, presente em todo o país, conforme previa a redação original do artigo 112 da Constituição Federal. Ao contrário, com todas as vêniás, do que disse o professor Nelson Manrich em seu capítulo, em que sugeriu que em algumas situações o Estado deve se ausentar para que tenha meios alternativos de conflito, entendo que em algumas situações a presença do Estado não tem preço, ou pelo menos não deveria ter.

Cito como exemplo a presença do Exército ou da Polícia Federal em região de fronteiras, o acesso às urnas quando das eleições, o acesso à saúde, o acesso à educação, o acesso às correspondências e, por que não, o acesso à Justiça do Trabalho, que sempre se notabilizou por ser o ramo da Justiça mais próximo do cidadão comum.

O ato do CSJT tem como base o programa do CNJ, que trata do processo 4.0. E aqui destaco uma enorme preocupação, porque, se é verdade que o processo 4.0, que incentiva o processo eletrônico, à Justiça virtual, inclui, também é verdade que referidos instrumentos também são capazes de realizar a exclusão digital de alguns trabalhadores.

Encerro aqui, destacando as palavras do Ministro Presidente do TST, Ministro Lélio Bentes Correia, quando do seu discurso de posse. Disse sua excelência:

Precisamos definitivamente ser melhores, mais que isso, precisamos estar presentes nas Varas e Tribunais do Trabalho; precisamos ser acessíveis. Os graves problemas que desafiam a sociedade são concretos, não são virtuais. As respostas, portanto, devem ser dadas de forma presencial e não filtradas pela tela fria do computador. Nada substitui o contato humano, a escuta atenta às partes, o olhar no olho do outro, capaz de gerar conexão e empatia. As juízas e juízes do trabalho são os que atuam mais próximos à realidade social. Para serem efetivos, precisam estar impregnados da realidade que cerca seus jurisdicionados, precisam compreender os problemas que os afligem, as peculiaridades da cultura que os cerca, os desafios dos padrões da desigualdade que imperam as relações sociais em que inseridos⁵.

5 - https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/209133/2022_ata_sessao_solen_posse_direcao_tst_csjt_02.pdf?sequence=2&isAllowed=y, pág 27

Capítulo 14

RELAÇÕES DE TRABALHO, INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E JUSTIÇA SOCIAL

Morgana de Almeida Richa

Ministra do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Doutora e mestre em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Graduada em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

A temática congrega três pilares que vão convergir para o vértice. Se trouxermos como Analogia uma estrada, temos de onde viemos, ou seja, CLT, artigos 2º e 3º, a que consagram a modalidade contratual tão desenvolvida no Judiciário, que é o vínculo empregatício. A partir daí, vivenciamos a atual mudança de paradigma, com o surgimento de fatos sociais que não se subsumem ao contrato tradicional até então conhecido. O primeiro pilar do elemento transformador é, sem dúvidas, uma economia complexa e a globalização. O segundo pilar, que a ele se agrupa, parte das tecnologias e dos eventos disruptivos. E, por fim, o terceiro, os métodos de organização do capital.

A confluência desses três fatores impõe uma releitura do Direito do Trabalho enquanto ciência, num compasso de transição em que direitos absolutos passam a ser relativizados e princípios, então vistos como essenciais, passam, de certo modo, a ser mitigados, equacionados ou mesmo relegados a segundo plano. Nesse contexto, um dos muitos dilemas que se apresentam passa pela reflexão sobre a medida da intervenção do Estado nessa nova realidade. Nesse ponto, são duas as vertentes que se contrapõem.

Lado um, lado outro. De um lado, temos os que veem a necessidade de uma legislação rígida, com amplo intervencionismo de um Estado protetor, viabilizador do bem-estar social, destinado a sanar a hipossuficiência pela correção regulamentada das assimetrias sociais. Do outro, a desregulamentação, o liberalismo econômico, a autonomia privada e a voracidade do capital.

Essa questão é mais pungente no Direito do Trabalho, que é um ramo especializado no qual há e se exige ampla reflexividade do fenômeno social, da vida em sociedade.

O Direito do Trabalho tem essa forte essência que, historicamente, nos permite identificar três fases claras, aqui resumidas, para fim de assentamento. A primeira fase, da institucionalização, com as primeiras normas positivadas e o reconhecimento do Direito do Trabalho como um ramo autônomo. A segunda, promocional, com massiva ampliação dos direitos.

E, agora, vivemos uma fase que é vista academicamente como de adaptação, com retração desse espectro tuitivo. E o Direito, cuja normatividade fixa-se no passado para disciplinar o futuro, ainda não tem figuras jurídicas positivadas para as novas formas de trabalho. É esse o objeto de nosso estudo e pesquisa.

Surgem, então, diversas abordagens para o problema. A que pretende a flexibilização de direitos, inclusive no âmbito do contrato tradicional, do qual são exemplos recentes os artigos 611-A e 611-B da CLT, com a prevalência do negociado sobre o legislado.

A constitucionalidade desse modelo foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no ARE nº 1.121.633, em repercussão geral (Tema 1.046), que fixou no sentido de serem:

Constitucionais acordos e convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos dos direitos trabalhistas, independente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, respeitados os direitos absolutamente indisponíveis¹.

1 - Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numero-Processo=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046>

Está pacificada a questão, embora remanesça discussão sobre alguns desdobramentos.

Para além desse aspecto da flexibilização, há o das novas formas de contratação, ditas atípicas, e a criação de novos institutos necessários à conformação das relações de trabalho da atualidade. O seu maior agente impulsionador, sem dúvidas, é a plataformaização do trabalho, o trabalho realizado em plataformas digitais.

Já em 1974, com a Lei nº 6.019, nos primórdios dessa “adaptação” do Direito do Trabalho, foi positivado o contrato temporário. Com a Reforma Trabalhista de 2017, gestaram-se o contrato a tempo parcial (CLT, art. 58-A) e o contrato intermitente (CLT, caput e § 3º do art. 443), cuja constitucionalidade está submetida a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI Nº 5.826) no Supremo Tribunal Federal, que começou a ser votada em pauta virtual entre os dias 21 e 28 de novembro de 2022, mas foi adiada, com o encaminhamento para a pauta presencial.

Além disso, temos o trabalho terceirizado (*multi-party employment, temporary agency work, ousourced employees, labour subcontracting*), julgado constitucional na ADPF nº 324, e as novas formas alternativas da *gig economy, freelance economy* ou da economia sob demanda, tal como o trabalho em colaboração coletiva (*crowdwork*).

Essa é uma tendência absolutamente irreversível e que nos rememora o “acoplamento estrutural”, a influência da economia, da revolução tecnológica e da transformação do capital pelas revoluções industriais no mundo do trabalho.

Como se sabe, são quatro grandes revoluções industriais. Na primeira delas, há uma descoberta que modifica o curso da humanidade: a energia a vapor. É o início da mecanização.

Na segunda, há a descoberta da eletricidade e o início da utilização do petróleo: surgiram o Fordismo, o Taylorismo e todo o sistema de produção em massa.

A terceira, a revolução digital, com o advento dos computadores e da automação, impulsionou a revolução tecnológica em que nos encontramos.

Vivenciamos a quarta revolução, que muda o próprio comportamento humano, funde o digital, o físico e o biológico, elidindo as fronteiras entre esses elementos. O impacto que isso traz, reitero, é a crise do modelo clássico da contratação trabalhista, com o surgimento de novos modelos, regulamentados ou em situação de anomia.

A busca do meio termo entre o tradicionalismo paralisador e a utopia iconoclasta, em que se destroem os cânones do direito, é o caminho que se vislumbra como solução.

Observe-se que o trabalho no capitalismo digital envolve colaboração coletiva, visibilizada no setor de serviços, no comércio varejista, no e-commerce, na vida humana em sua larga escala. Com efeito, as grandes plataformas têm impacto significativo em nosso cotidiano: no varejo, a Amazon, como exemplo; no transporte, o Uber; na hospitalidade, o Airbnb; na entrega de alimentos, o iFood. Todas se valem da “nuvem humana”, da oferta de trabalho ilimitada. É uma nova forma de pensar serviços em consultoria e a modificação da disseminação do conhecimento e da experiência.

Essa realidade se confirma com dados: levantamento feito pela Universidade Federal do Paraná no ano de 2021, por exemplo, constatou impactantes 1.461.887 trabalhadores ativados em plataformas digitais. Por isso, frente a indefinições jurídicas, o momento é de estudo, e, sobre ele, esta obra traz luzes e enorme contribuição.

O objeto subjacente da controvérsia, qual seja, a contratação e o vínculo empregatício, é questão afeta tanto ao Judiciário como ao Congresso Nacional.

No Judiciário, há entendimentos em que a resposta para a plataformaização do trabalho é o enquadramento no modelo clássico de emprego ou, por outro lado, o enquadramento como trabalho autônomo.

No TST, majoritariamente, entende-se como trabalho autônomo o do motorista de aplicativos, por exemplo. Não obstante, há decisões da Terceira e da Oitava Turmas em que se entendeu pela existência de vínculo empregatício. Estabelecido o dissenso entre os órgãos fracionários, a matéria foi submetida à Subseção de Dissídios Individuais-1 (Processo nº E-RR-100353-02.2017.5.01.0066) e, embora esteja com vista regimental, já há indicação de afetação da matéria ao rito de recursos repetitivos, no qual o Tribunal dará a resposta vinculante para o Judiciário Trabalhista.

Por sua vez, no Congresso Nacional, há trinta e dois Projetos de Lei em tramitação sobre a matéria. O mais expressivo deles, nos meus estudos, é o PL nº 3.748 de 2020, por ser o mais abrangente e trazer como resposta a esses contratos, a natureza de trabalho autônomo.

Como sói acontecer, o fenômeno das plataformas digitais não é uma exclusividade nacional, razão pela qual o mundo se debruça sobre o tema e, especialmente, na Europa, em países desenvolvidos, há inclinação predominante pela flexibilidade contratual.

Ressalto, entretanto, que, aqui como lá, flexibilidade não se confunde com precarização de direitos. Originada na Dinamarca, a denominada flexisegurança implica a conciliação entre flexibilidade do mercado de trabalho e segurança dos trabalhadores, especialmente contra o desemprego. É o meio termo entre a desregulamentação americana e o Estado Social que preconizamos no Brasil.

A União Europeia, em sua diretiva número 21, que visa promover essa flexibilidade combinada com segurança, fixa balizas, dentre as quais destaco o *outplacement*. O que significa? Numa síntese, é o auxílio na recolocação profissional, uma ressignificação do emprego, em que a dispensa vem acompanhada, pari passu, com um novo enquadramento segundo as aptidões do empregado para o mercado de trabalho.

Em relação à interface social, eram essas as ponderações que, rapidamente, gostaria de deixar, mas há outro espaço que nos diz respeito, que é o Poder Judiciário na sociedade da informação.

O Poder Judiciário também se encontra submetido a esse mundo de transformações, ao tempo em que, como sociedade de conflitos, ainda temos a cultura do litígio. São 77 milhões de processos em tramitação e, por certo, essa revolução tecnológica adentra na instituição com elevada importância.

Hoje, fala-se em inteligência artificial como eliminadora de etapas repetitivas. Tem-se o teletrabalho, o trabalho remoto, a justiça 100% digital. Esses fenômenos, inerentes à iniciativa privada, adentraram no Poder Judiciário, não só na gestão processual, como em sua função institucional de concretização da justiça.

Quando se fala em inteligência artificial, há certos estigmas muito fortes, no sentido de que o computador terá a habilidade de executar tarefas que eram normalmente atribuídas a seres humanos. Os algoritmos, ao aprender com experiências passadas, são capazes de fazer previsões. Teríamos uma decisão auxiliada por algoritmos.

Sequer estou me referindo a jurimetria, trato do *machine learning* e do *deep learning*, em que redes neurais passam a trabalhar as próprias configurações decisórias, a partir de um conhecimento originário e um conhecimento agregado. Temos, atualmente, no Poder Judiciário brasileiro, o maior sistema apto à construção de uma inteligência artificial preditiva. Porém, há que se fazer um alerta: até o momento, essa aptidão não se concretizou.

Tenho pesquisa sobre o tema. Há um banco de dados, há ferramentas tecnológicas, sistemas e robôs com capacidades em acentuada ampliação, mas ainda estamos longe de algo que se possa considerar efetivamente preditivo.

Para finalizar, sobre a interconexão entre os novos tempos (complexos, desafiadores, inovadores, acelerados) e a temática, “Relações de Trabalho, Inovações Tecnológicas e Justiça Social”, há três premissas para serem deixadas em reflexão.

A primeira é a importância do valor social do trabalho para a sociedade e para o homem. Essa é a premissa que não pode ser esquecida jamais. Para além da subsistência, o trabalho implica a integração e a vivência plena da pessoa no grupo social. Muitas vezes, é muito comum, nos apresentarmos e perguntarmos: o que você faz? Significa: quem é você? É uma forma de identificação, está atrelada à identidade.

O segundo, a flexibilização ou reestruturação não pode passar pelo desprestígio ou pelo retrocesso do Direito do Trabalho, pois visa à proteção em um contexto mais amplo, com a continuidade dos empregos e das empresas, com a superação da antinomia de classes, em uma economia de colaboração.

Penso que a solução está no equilíbrio. O equilíbrio que não avulta e nem sufoca a liberdade para lidar com problemas fragmentários. E, nesse aspecto, a justiça social e o solidarismo prevalecem como vetores fundamentais.

Capítulo 15

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA LGPD

Evandro Pereira Valadão Lopes

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - MG. Pós-graduação (MBA em Administração Judiciária),

O tema do presente capítulo é a tutela constitucional da intimidade e as relações de trabalho, considerando os impactos da Lei 13.709/2018, isto é, da Lei Geral de Proteção de Dados, nas relações laborais.

Ora, os dados pessoais são o novo “ouro negro” do século XXI, ou, no mínimo, um dos principais ativos do século, atrelados à tecnologia.

Por isso, é preciso lançar luzes sobre o tema e sobre a necessidade de proteção dos dados pessoais, que são muito mais do que uma mera decorrência do direito fundamental à privacidade - entendida como a integridade moral do sujeito - que confere à pessoa natural tutela quanto à injusta divulgação de informações que envolvam aspectos de sua vida íntima ou privada e do desenvolvimento de sua personalidade.

A LGPD (Lei 13.709/2018) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, considera como dado pessoal a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável e como dado pessoal sensível aquele que diga respeito à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. São considerados sensíveis porque importam em riscos ou em vulnerabilidades mais gravosas às liberdades fundamentais de seus titulares, pessoas naturais.

Daí a importância do tema envolvendo a “discriminação algorítmica” e o tratamento abusivo de dados nas relações de trabalho, que já apresentam repercussões em julgados e precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, ressaltando os fundamentos da LGPD no que toca ao respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade.

Nessa senda, penso que a observância dos princípios da LGPD, consagrados no art. 6º, que dizem respeito à finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas no que toca ao tratamento de dados, também são de extrema relevância para o debate. Isso sem contar com os direitos da pessoa natural, titular dos dados pessoais, de obter do controlador a confirmação da existência de tratamento, o acesso aos dados e a correção destes em casos de inexatidão, incompletude ou desatualização, bem como a eliminação de dados excessivos ou tratados em desconformidade com a Lei 13.709/2018.

Nesse contexto, cito a obra “Admirável Mundo Novo” de Aldous Huxley, uma vez que, efetivamente, no mundo de hoje temos redes sociais, mídias e aplicativos que invadem a nossa intimidade cotidianamente.

Existem algumas polêmicas em torno dos capítulos que conduzem a narrativa da referida obra de Huxley, dentre as quais destaco a ditadura da ciência em uma sociedade em que as pessoas são manipuladas a partir do tratamento de seus dados pessoais, quer via comentários proferidos em redes sociais, quer via geolocalização e locais frequentados, quer por meio dos alimentos que consomem, quer por intermédio de suas preferências políticas.

Por isso indago se essa “ditadura da ciência” seria algo socialmente benéfico ou se apenas serviria para o controle das massas e da democracia?

Abordando essa realidade – que hoje já não é mais uma realidade ficcional – menciono um episódio do seriado *Black Mirror* muito interessante, intitulado “Queda Livre”, no qual a atriz Bryce Dallas, consagrada por ter atuado em *Jurassic Park* e em tantos outros filmes, é uma cidadã, uma garota, que pretende ascender socialmente, adquirir um imóvel em uma determinada região, mas, para isso, precisa de determinados pontos, ratings, em um aplicativo que é usado cotidianamente por todos para pontuar os demais de acordo com interações sociais.

Nesse contexto, se você for uma boa pessoa, agradável, se os demais curtirem seus vídeos no Instagram, por exemplo, você irá adquirir mais pontos e ascender socialmente. A título ilustrativo, para adquirir determinadas residências em determinados locais, é necessário que ter uma quantidade suficiente de pontos.

Nesse cenário, ao buscar o imóvel desejado Bryce Dallas descobre, ao chegar no local, que não possui pontos suficientes para comprá-lo. Diante dessa situação, a personagem contrata um profissional que irá cuidar de sua rede social, a fim de que ela adquira pontos suficientes para obter a casa dos sonhos.

Não obstante, a partir disso inicia-se uma série de infortúnios na vida da personagem que, efetivamente, começa a despencar no ranking social. Para quem ainda não assistiu, vale a pena conferir.

E, transportando para a nossa realidade o que foi abordado em *Black Mirror*, penso que isso, na verdade, é o que já existe hoje. Afinal, quando eu entro no Uber e trato bem o motorista é porque sei que ele me avaliará e vice-versa. E existem dados sobre essa realidade? Sem dúvida!

Hoje, na China, há um sistema de *social score* que revela a discriminação algorítmica. O governo chinês realiza o rastreamento do comportamento político e social de seus cidadãos, que são pontuados de forma tal que o acesso a certos cargos e a viabilidade da realização de viagens para determinadas localidades pode vir a ser obstada de acordo com o *social score*.

No artigo *Algorithmic discrimination and transparency in Brazilian Personal Data Protection Law*, de Bruno Freire de Carvalho Calabrich, essa realidade restou estatisticamente evidenciada: “(...) em 2018, 23 milhões de viagens de avião e de trem foram obstadas em virtude de notas atribuídas a cidadãos chineses a partir da coleta massiva de dados pessoais”.¹

Frise-se que os chineses que não puderam realizar as viagens de avião e de trem tinham notas baixas e que essa realidade foi detectada em 23 milhões de viagens.

E esse tema nos leva à obra “1984”, de George Orwell, uma distopia futurista e um dos romances mais influentes do século XX, que impõe uma reflexão ficcional poderosa acerca da essência nefasta de qualquer poder totalitário. Nessa obra, Winston, herói de “1984”, vive aprisionado na engrenagem totalitária de uma sociedade completamente dominada pelo Estado, onde tudo é feito coletivamente, embora se viva só. Na ficção de Orwell, ninguém escapa à vigilância do “Grande Irmão”, que nada mais é do que a personificação de um poder cruel e esvaziado de propósito, poder por puro poder.

E me parece que isso é, infelizmente, muito próximo do que estamos vivendo hoje com relação ao imperialismo das redes sociais e com relação aos nossos dados pessoais.

Ainda no cenário cinematográfico, abordo outro filme, intitulado “Gattaca”, no qual os seres humanos são geneticamente manipulados em laboratórios, selecionados a partir de determinados caracteres e, por isso, considerados superiores aos indivíduos concebidos de forma natural, que não possuem habilidades previamente e geneticamente estabelecidas.

O personagem principal do filme “Gattaca”, Ethan Hawke, é um homem, concebido biologicamente, que desejava participar de um programa que envolvia uma viagem espacial. Sem embargo, o personagem não seria capaz de realizar a viagem porque constava em seu genoma uma predisposição à aquisição de doenças cardíacas, o que o impediria de ser selecionado para a missão.

1 - CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Algorithmic discrimination and transparency. In: Brazilian Personal Data Protection Law. Revista de Direito e as Novas Tecnologias | vol. 8/2020 | Jul - Set / 2020. DTR\2020\10208.

Entretanto, para que pudesse realizar seu propósito, Ethan Hawke troca de identidade com Jude Law, personagem geneticamente manipulado e concebido em laboratório, que possuía as características necessárias e um fenótipo dentro de um genótipo necessário para as viagens espaciais.

No decorrer do filme, ocorre um assassinato e as coisas começam a se complicar. Como sei, há quem ainda não assistiu a esse filme, não darei “spoiler” do final da história, mas direi apenas que essa obra demonstra como a manipulação genética pode ser um elemento complicador e preocupante nas relações humanas.

Note-se que, conforme Pena (1998):

A Medicina evoluiu da fase curativa, para a preventiva, tendo alcançado o estágio atual da Medicina Preditiva, cuja principal característica está para a capacidade de se fazer previsões sobre a possibilidade de o paciente vir a desenvolver algum tipo de doença em nível fenótipo, tendo como base testes feitos através do DNA em nível genótipo.²

Nessa quadra, quais as repercussões da Medicina Preditiva nas relações de Trabalho considerando que os dados genéticos humanos são dados pessoais?

Stela Barbas de Almeida Neves, na obra Direito do Genoma Humano, já discute questões relacionadas às repercussões da análise do genoma humano no contrato de trabalho.

Segundo o escólio do Stela Barbas:

O principal problema jurídico que se coloca, no âmbito das repercussões da análise do genoma humano no contrato de trabalho, é o de saber se o trabalhador tem o dever de revelar a informação que detém sobre a previsibilidade da sua saúde futura e a entidade patronal tem o direito de exigir que o candidato ao emprego ou o trabalhador se submeta a testes genéticos predizentes para efeitos de seleção ou de despedimento ou que divulgue resultados previamente obtidos. A decisão final do empregador teria por base, não uma incapacidade actual (pessoas presentemente aptas), mas uma mera predição de doenças futuras ou predisposições.³

Imaginem, por exemplo, se um empregador pudesse exigir dos seus candidatos a emprego um mapeamento genético do seu genoma. Seria possível? A princípio, penso que não.

De outro giro, e se a situação se apresentasse de forma contrária? E se a iniciativa partisse do próprio empregado que, por opção, desejasse apresentar ao seu futuro empregador o seu mapeamento genético, o qual indicaria que ele não estaria predisposto a determinadas doenças, por exemplo, doenças cardíacas, LER, DORT, fazendo com que esse mesmo empregador o selecionasse em detrimento dos demais.

Sobre o tema, Angelo Galvão Zamorano, Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 1^a Região, elenca diversos exemplos dos reflexos do genoma humano nas relações de trabalho. A saber:

Este novo ambiente pode trazer situações inusitadas, como por exemplo:
A não contratação caso o candidato não se dispusesse a fazer o exame;
A disposição do candidato a se submeter ao exame e em decorrência do resultado ser-lhe negado a contratação ou, ainda, ser-lhe oferecido novo posto de emprego, mais adequado as suas limitações;
A não contratação em função do exame do Genoma sem que houvesse explicação ou, ainda, com a revelação da causa de forma a justificar a negativa do empregador contratante;
A situação em que o empregado (candidato), tendo conhecimento do seu mapeamento genético já ofereça em exame como parte do seu currículo, vez que não revelador de enfermidade; (duvidoso!)

2 - PENA, Sérgio Danilo J. e Azevêdo, Eliane S. O projeto Genoma Humano e a Medicina Preditiva: Avanços técnicos e dilemas éticos. In: COSTA, Sérgio Tibiapina Ferreira. OSELVA, Gabriel. GARRAFA, Volnei (coord.) Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1998.p.143.

3 - BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito do genoma humano. Coimbra, Editora Almedina, 2007 - pág. 580.

A situação em que por uma característica positiva detectada no seu Genoma esteja mais apto que os demais concorrentes;⁴

E quais seriam as vantagens do mapeamento genômico? Para Stela Barbas, tais vantagens consistiriam em:

- Assegurar que o trabalhador está em boas condições de saúde para realizar os seus deveres.
- Prevenir faltas e correlativas consequências.
- Evita encargos que se venham a demonstrar inúteis na especialização do trabalhador.
- Limitar as despesas de saúde e subsídios de invalidez ou morte.
- Impedir que as predisposições genéticas do trabalhador sejam agravadas em virtude de condições específicas da sua actividade profissional.
- Reducir o risco de danos provocados a terceiros, causados por acidentes de trabalho decorrentes do estado de saúde do trabalhador.⁵

Por outro lado, essa ação também traria implicações negativas, uma vez que

(...) o simples interesse da entidade patronal em contratar o candidato mais adequado, não justifica, por si só, a intromissão na vida privada do trabalhador sob a forma compulsiva de um teste genético. Estes exames constituem, sem dúvida, significativa ameaça à nossa privacidade genómica.⁶

Em termos legislativos existem pelo menos dois diplomas na esfera internacional que tratam especificamente da proteção do genoma humano. São eles: a Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, que proíbe a discriminação genética em seu artigo 6º, dispendo que: “Ninguém poderá ser objeto de discriminações fundadas em suas características genéticas, cujo objeto ou efeito seria atentar contra seus direitos humanos e liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade”.

Além disso, estabelece o artigo 7º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, que:

(...) Dever-se-ia fazer todo o possível para garantir que os dados genéticos humanos e os dados proteómicos humanos não se utilizem com fins que discriminem - tendo como consequência a violação dos direitos humanos, das liberdades fundamentais ou da dignidade humana de uma pessoa - ou que provoquem a estigmatização de uma pessoa, uma família, um grupo ou comunidade.

Evidencia-se, portanto, que temos hoje um mundo muito próximo à obra “1984”, de George Orwell, pois, talvez, poder-se-ia pensar na ideia de reprodução de um sistema totalitário – tal qual exposto na obra “1984”, ou, no nazismo, Estado Eugênico, e, ainda, na obra de ficção “Gattaca” – no qual pessoas seriam discriminadas e colocadas à margem de uma sociedade elitizada pelo estudo genômico.

Em outros termos, para além das desigualdades sociais, econômicas, culturais e políticas, teríamos a incorporação em nosso sistema de desigualdade genômica.

E, com isso, vislumbramos a ameaça à privacidade genómica, tema altamente relevante para as relações de trabalho. Prosseguindo na abordagem do assunto e recorrendo a exemplos em outras esferas que extrapolam a discriminação genómica, podemos pensar no Metrô de São Paulo, que, em abril de 2018, instalou na linha 4-amarela sensores nas portas que identificavam as reações dos usuários à publicidade exibida.

4 - Zamorano, Angelo Galvão. Genoma e Direito do Trabalho. Limites da entidade patronal. Artigo da Disciplina Novos Desafios de Tutela da Personalidade da Universidade Autónoma de Lisboa.

5 - BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito do genoma humano. Coimbra, Editora Almedina, 2007 - p. 572 a 573.

6 - BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito do genoma humano. Coimbra, Editora Almedina, 2007 - p. 594.

Nesse sentido, vaticina Bruno Freire de Carvalho Calabrich:

METRÔ DE SÃO PAULO: Sensores instalados em abril de 2018 nas portas da linha 4-Amarela do metrô da cidade de São Paulo passaram a coletar dados biométricos e a emoção dos usuários, identificando suas reações a publicidade ou informes exibidos em telas espalhadas em três estações. A ViaQuatro, concessionária responsável pela operação daquele trecho da linha do metrô, foi processada, via ação civil pública, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), pelo tratamento indevido de dados pessoais. Em decisão liminar, a concessionária foi obrigada pela justiça de São Paulo a retirar os sensores, que foram desligados em setembro de 2018.⁷

Observe-se que o objetivo do Metrô de São Paulo consistia em verificar a reação das pessoas às propagandas que eram passadas nos painéis do metrô de São Paulo, situação de fato que foi combatida pelo Idec, que ingressou com uma ação civil pública que culminou na ordem de desligamento dos sensores biométricos que rastreavam o comportamento humano, as reações às propagandas, a fim de municiar empresas de marketing e de tecnologia.

Um outro exemplo de como os dados pessoais são importantes e impactam as nossas vidas, pode ser observado nas políticas de *geopricing* e *geoblocking*, como no caso envolvendo a *Decolar.com*, que foi condenada a pagar 7 milhões e 500 mil reais pela prática abusiva, como explicita Bruno Freire de Carvalho Calabrich:

O tratamento automatizado de dados pessoais tem sido utilizado mais largamente por empresas, como instrumento para a definição de perfis pessoais. A definição de perfis pessoais é especialmente relevante para as relações de consumo e de crédito – inclusive para práticas eventualmente abusivas. Em julho de 2018, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), do Ministério da Justiça brasileiro, condenou a empresa Decolar.com a uma multa de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), por diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas de acordo com a localização geográfica do consumidor – técnicas (claramente discriminatórias conhecidas como *geopricing* e *geoblocking*).⁸

Significa dizer que, a depender de onde o consumidor estiver localizado, os preços das passagens podem ser maiores ou menores, e certos pacotes e ofertas podem ou não lhes ser oferecidos em virtude da utilização dessas técnicas que possuem nítido caráter discriminatório.

E o que é mais nefasto e discriminatório é que, em determinadas situações, dependendo do local onde a pessoa está, é o *deal blocking*, nem sequer é oferecido o serviço em função da presunção de que se está naquele local é uma pessoa de menor poder econômico. A Decolar.com fazia essa prática de *deal pricing* e foi condenada a pagar 7 milhões e 500 mil reais por isso.

A Amazon, de igual modo, no processo seletivo, utilizava um algoritmo que, descobririam mais tarde, privilegiava a contratação de homens em detrimento de mulheres.

Há, ainda, o caso do algoritmo do programa COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), software utilizado por juízes norte-americanos como ferramenta para auxiliar a avaliação da probabilidade de reincidência para fins de dosimetria da pena.

Pormenorizando os exemplos, o artigo *Algorithmic discrimination and transparency in Brazilian Personal Data Protection Law* registra que:

- (a) o caso do algoritmo de recrutamento da área de recursos humanos da Amazon, que facilitava a contratação de homens em detrimento de mulheres;
- (...) e (c) o caso do algoritmo do programa COMPAS (Correctional Offender

7 - CALABRICH. Bruno Freire de Carvalho. Algorithmic discrimination and transparency in Brazilian Personal Data Protection Law. Revista de Direito e as Novas Tecnologias | vol. 8/2020 | Jul - Set / 2020. DTR\2020\10208.

8 - Algorithmic discrimination and transparency in Brazilian Personal Data Protection Law. Revista de Direito e as Novas Tecnologias | vol. 8/2020 | Jul - Set / 2020. DTR\2020\10208.

Management Profiling for Alternative Sanctions), software de auxílio a juízes norte-americanos na avaliação da probabilidade de reincidência para fins de dosimetria da pena, criticado (i) por errar quase duas vezes mais prognósticos de reincidência ao identificar réus negros como futuros criminosos que quando assim identifica réus brancos, e (ii) por errar com muito mais frequência prognósticos de não reincidência ao rotular réus brancos como de baixo risco do que ao rotular réus negros como de baixo risco de reincidência.⁹

Percebo que a discriminação algorítmica é uma realidade. No caso do COMPAS, por exemplo, descobriu-se que a indicação equivocada da probabilidade de reincidência associada, na maioria das vezes, a homens negros revela que o algoritmo, algumas vezes, aprende, ele é reflexivo, e, por isso, vai aprendendo de acordo com a tarefa que vem desenvolvendo.

E, nos Estados Unidos, há pouquíssimo tempo, um algoritmo identificou que determinadas pessoas com comportamento negacionista gostavam de matérias relacionadas a fake News. O algoritmo fez essa relação e passou a enviar para esse tipo de pessoa, com esse perfil, matérias relacionadas a uma fake News totalmente improvável, que era o *pizzagate*. Só que isso foi se multiplicando, porque, na medida em que as pessoas iam visualizando o *pizzagate*, o algoritmo associava essa notícia a outras pessoas também com o mesmo perfil. E o *pizzagate*, em um determinado momento, passou a ser verdade para um grande número de pessoas nos Estados Unidos.

Vejam que o Facebook, que é a empresa utilizada pelas pessoas normalmente para a visualização dessas fake News, não tinha a intenção de fazer essa ligação entre indivíduos com perfil negacionista e a fake News, no caso *pizzagate*. Não obstante, o algoritmo assim o fez.

O resultado disso foi que algumas pessoas invadiram armadas algumas pizzarias nos Estados Unidos para retirar as crianças, porque a notícia era essa, determinadas crianças estavam sendo sequestradas e levadas para as pizzarias, com um comportamento pedófilo, de abuso sexual.

Isso nos faz perceber o risco que é termos nossos dados lançados na internet, com a possibilidade de determinados algoritmos realizarem esse tipo de atividade.

Nessa quadra, abordo aqui a ideia do panóptico de Foucault, que é essa estrutura que consegue visualizar a vida de todos nós, nos fiscalizar. Vê-se que,

O panóptico nasce como uma arquitetura de maximização da eficiência do poder, na medida em que rege a economia de energia, de recursos humanos, além de aumentar as possibilidades acúmulo de saber sobre os indivíduos vigiados. O panóptico individualiza, faz com que uma massa amorfa se transforme em um grupo ordenado, separado e constantemente inspecionado. A total vigilância, sempre eficiente e constante, é um requisito básico à total disciplina, ao total “assujeitamento” e à construção de condutas.¹⁰

Sobre o assunto, há dois seriados muito interessantes, documentários no Netflix, quais sejam: “Privacidade Hackeada” e “O Dilema das Redes Sociais”.

“Privacidade Hackeada” é um documentário que revela o escândalo da empresa de consultoria Cambridge Analytica e do Facebook, acusadas de riquearem informações pessoais de mais de 50 milhões de pessoas para criar perfis políticos e influenciar as eleições americanas de 2016. Os alvos eram os eleitores indecisos, cujo perfil psicológico era traçado a partir da análise de cerca de 5.000 pontos de dados pessoais dos usuários do Facebook.

“O Dilema das Redes Sociais”, por sua vez, é um documentário que entrevista os ex-trabalhadores das maiores redes sociais, como Twitter, Facebook, YouTube, dentre outros, para falar sobre a sua criação e seu funcionamento. Sua temática central é: “a geração global de pessoas manipuladas pela conexão” e como essas grandes companhias atuam “algoritmamente” para criar um padrão de comportamento que induzem as pessoas a uma dependência psicossocial no uso das respectivas plataformas.

9 - Algorithmic discrimination and transparency in Brazilian Personal Data Protection Law. Revista de Direito e as Novas Tecnologias | vol. 8/2020 | Jul - Set / 2020. DTR\2020\10208.

10 - Disponível em: <https://colunastortas.com.br/o-panoptico-e-o-panoptismo-michel-foucault/>.

O que pretendo dizer aqui é que não há hoje dado irrelevante nas redes sociais, na internet e nas mídias. Todos os dados são relevantes. Se hoje você manuseia um aplicativo e acha que vai consumir um produto de graça, tenha certeza então que “você é o produto a ser consumido”.

Daí a estreita relação entre a lei de processamento de dados, tentando regulamentar essa realidade atual, que é estarrecedora e urgente, para que a nossa intimidade seja resguardada, uma vez que os nossos dados pessoais são, sem sombra de dúvida, direitos fundamentais da personalidade.

Nesse cenário, não me parece possível entender que os dados pessoais de uma pessoa não lhe pertençam, não sejam de sua propriedade e não tenham relação direta com a intimidade e a privacidade.

Meu papel aqui é trazer esse enfoque acerca da necessidade de prestarmos atenção à proteção de dados e seus reflexos nas relações de trabalho e além, destacando a imprescindibilidade da proteção da privacidade e da intimidade do indivíduo em uma época na qual os dados pessoais passaram a ser o petróleo do novo século.

Por fim, são inúmeras as situações envolvendo as relações de trabalho que exigem a proteção de dados, tais como: a captura de imagens no local de trabalho (câmeras em banheiro ou vestiário, por exemplo); a possibilidade de consulta a antecedentes criminais consoante Tema 01 da Tabela de Recursos de Revista Repetitivos em relação a algumas atividades; a impossibilidade de consulta a restrições de crédito, sob pena de violação ao art. 7º, XXXI, da Constituição da República, à Lei 9.029/1995 e à Convenção 111 da OIT, porque, o que se visa proteger é o crédito e não inviabilizar o emprego (art. 7º, X, da Lei 13.709/2018); a questão da geolocalização como meio de prova para desconstituir pretensão de horas extras; o registro de chamadas no âmbito de um serviço de telemarketing; as chamadas em sistema de teleconferência; monitoramento de correspondências eletrônicas; e o registro biométrico para providências de controle de jornada.

Por isso, me parece relevante que, na pré-contratação, a empresa informe ao candidato a destinação de seus dados em caso de não contratação. E, em caso de contratação efetiva, que diga como fará o tratamento dos dados pessoais de seus empregados que envolvem CPF, ficha funcional, ficha de saúde, dentre outros.

Se pensarmos em uma grande empresa, como o Carrefour, que tem cerca de 130 mil funcionários, se não houver a implementação de um forte sistema de tratamento de dados, que impeça o vazamento de informações pessoais e de descarte dos dados após a rescisão, poderá ocorrer uma violação massiva de dados pessoais.

Diante do exposto, constato que toda a legislação deve se pautar na prevenção no que toca à proteção de dados. Afinal, informações porventura divulgadas de forma inadequada e não justificada podem revelar informações sobre a pessoa natural, violando aspectos da sua personalidade, bem como afrontar sua liberdade, privacidade e intimidade, razão pela qual a tutela jurídica, quer da privacidade - compreendida como aquilo que pertence à esfera individual da pessoa que é compartilhada com quem é próximo -, quer da intimidade - que corresponde às informações e questões que o indivíduo guarda para si -, devem ser promovidas com cautela, tendo em vista o respeito à relevância das informações pertinentes aos dados pessoais.

Capítulo 16

O PROCESSO DE ADEQUAÇÃO À LGPD E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Márcio Fernandes

Advogado Digital, CyberSegurança, Crimes Virtuais e Proteção de Dados - Advocacia Criminal e Trabalhista. Pós-graduado em Direito Digital e Proteção de Dados, Lei Geral de Proteção de Dados.

Trataremos neste breve capítulo de alguns aspectos gerais do processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) nas relações de trabalho.

Ao que tudo indica, o “mundo avatar” já começou há muito em nossa empresa, que hoje conta 120 (cento e vinte) anos, operação em mais de 180 (cento e oitenta) países, então quando se fala, por exemplo, numa guerra entre a Ucrânia ou numa “intervenção” na Ucrânia, como mencionado pelo presidente Putin, realmente isso gera impacto para todos, incluindo para nossa empresa.

Trata-se de uma empresa britânica, baseada em Londres, e como nossa primeira experiência, temos a lei geral de proteção de dados, denominada UK Data Protection Act, editada em 2008, ou seja, há mais de quinze anos.

E nosso exercício de adequação da operação aqui no Brasil não foi uma tarefa simples. Com isso, tivemos que voltar no tempo e começar a construir *hubs*. Hoje, por exemplo, um funcionário no Brasil, no Chile, no Japão, se ele quiser consultar sua folha de pagamento, se quiser consultar algum documento, terá que solicitar a departamentos situados na Costa Rica, em Bucarest (Romênia) ou em Singapura. Existe uma evidente complexidade na cadeia de tratamento de dados.

Ou seja, todo esse *bulk*, toda essa gama de dados pessoais, que vão da folha de pagamento a outros documentos contendo dados sensíveis, como férias, licença, maternidade, afastamento por doenças, tudo isso está armazenado em servidores na nuvem, com níveis de segurança diferenciados para cada tipo de dados pessoais que são tratados pela empresa. Estão localizados e armazenados em países diferentes, jurisdições diferentes, línguas diferentes e culturas diferentes. O nível de complexidade é de “saltar os olhos”.

Voltando à realidade da operação no Brasil, a LGPD, editada em 2018, passou por um período de vacância legal, tendo entrado em vigor em 2021, justamente para dar oportunidade às empresas a se adaptarem às novas regras, muitas delas inspiradas no direito estrangeiro.

O propósito primordial da LGPD, como dito anteriormente, inspirada no Direito Europeu, pode-se afirmar que as principais aspirações da LGPD estão voltadas para a proteção de direitos fundamentais, de caráter individual e coletivo, com ênfase nos direitos à liberdade e à privacidade.

A cultura que há muito vigora no Brasil precisa acompanhar as mudanças do mundo moderno. A administração dos dados pessoais não deve ser mais tratada de modo informal, como sempre veio acontecendo. A cultura de obter dados pessoais através da aquisição de “listas frias” contendo nome, CPF e outras informações de terceiros deve ser coibida. E a LGPD veio não só com esse propósito, como também com a proposta de ditar as regras para a organização desses dados pessoas dentro das empresas, sob pena de sanções financeiras.

Na Europa, esse tema é tratado de forma séria. Recordo-me que quando trabalhamos na empresa com a integração de dados dentro do processo de gestão SELPE com os funcionários, não foi simples obter o consentimento para tratamento de dados pessoais por parte de funcionários de origem estrangeira, em especial alemães, belgas, suíços, entre outros europeus. E o motivo é simples, nesses países praticamente não há demissões. Então por qual motivo o funcionário consentiria a transmissão e o tratamento de seus dados pessoais para países estrangeiros, onde a Companhia opera a gestão de setores de RH?

A missão foi conscientizá-los da importância de uma operação integrada, com níveis rígidos de segurança de tratamento de dados pessoais, envolvendo países destinatários desses dados, tais como, Romênia e Costa Rica.

Da cultura estrangeira, de onde partiu a inspiração para a LGPD, percebe-se que inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem, é um assunto que requer maturidade e seriedade.

A título meramente exemplificativo, nossa subsidiária norte-americana lida com o tema de forma extremamente rigorosa, em especial por conta das elevadíssimas sanções pecuniárias decorrentes muitas vezes do *tort law*. Na Europa a mesma coisa. Então nossa escola para o processo de adequação à LGPD no Brasil vem daí, da cultura europeia e norte-americana, rigor, seriedade e maturidade no fluxo do tratamento de dados pessoais de nossos funcionários e parceiros.

Como uma empresa, o pensamento financeiro é uma força motriz natural para o projeto de adequação à LGPD. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a avaliação do custo de adequação ao apetite de se assumir os riscos para enfrentar um eventual vazamento de dados deve ser tratado como uma equação financeira.

A IBM Security, por exemplo, realizou em 2020 um estudo sobre o custo de vazamento de dados pessoais. Empresas que estão adequadas para evitar e enfrentar um incidente de vazamento de dados pessoais podem alcançar um custo individual menor do que aquelas que não possuem um processo de adequação devidamente implementado.

Ou seja, empresas que não observam a necessária adequação à LGPD de seus fluxos de dados pessoais podem sofrer um relevante impacto no *bottom line* e no resultado do exercício. Para todo projeto de adequação à LGPD é indispensável um diagnóstico inicial, com análise profunda dos fluxos de dados pessoais, dos *gaps* de vazamento de dados, das diferentes categorias de responsabilidades e dos níveis de segurança necessários ao adequado armazenamento e tratamento dos dados pessoais.

Existem empresas no Brasil que empregam cerca de 160 mil empregados, o que é impressionante, se passar a analisar os diferentes fluxos de transmissão de dados pessoais, desde o ingresso na empresa até o desligamento do funcionário. A tecnologia, sem dúvida, é uma aliada nesses projetos de adequação.

Estamos falando em processos intensos de gestão de documentos contendo dados pessoais. O volume do fluxo de informações pode ser algo inimaginável. A avaliação desses cenários requer uma dedicação rigorosa, sendo necessária a conscientização de todos os funcionários da empresa, pois no final do dia os dados pessoais passarão por eles.

Nesse cenário complexo, temos uma seção muito detalhada que envolve o *roadmap*, o mapeamento, o *gap analysis*, o planejamento e a execução prática do projeto homologado de tratamento de dados pessoais. Isso sem falar na necessidade constante de revisão desses fluxos e das respectivas ferramentas aplicadas para mitigar os riscos de vazamentos.

É indispensável que essa tarefa seja realizada de forma extremamente coordenada e organizada. Realização de reuniões com as áreas de negócio são indispensáveis. E o cenário que se encontra habitualmente é de pouca preocupação dos funcionários em relação aos impactos da LGPD na rotina, daí a necessidade de conscientização profunda de todos os membros da organização, partindo sempre da alta direção.

É necessário um “raio x” das áreas de negócio, área de vendas, área de pesquisa, área de desenvolvimento, área de produção, dentre outros. Deve-se nomear um *privacy champion*, é preciso ter pessoas que tenham consciência do que está sendo feito e que propaguem essa consciência de forma efetiva. É preciso tomar conhecimento dos fluxos de tratamento de dados pessoais da sua área, os tipos de dados pessoais que são tratados, inclusive de fornecedores, para que haja segurança de ponta a ponta nesse tratamento. Então, toda a cadeia, *bottom up* e *up down* tem que ser monitorada e controlada constantemente.

Identificação e escolha dos sistemas mais adequados ao tratamento dos dados pessoais, a fim de evitar, prever ou ter em mãos alternativas aos possíveis *bugs*, coibir fraudes, dentre outros. Trata-se da necessidade de configuração das melhores e mais adequadas ferramentas de governança

e privacidade. A mensagem é simples e objetiva, a privacidade é algo muito sério e isso tem que ser levado em consideração sempre.

Quantificar os riscos mapeados por fluxos de dados pessoais. Então, os principais riscos que identificamos, transferências externas de dados, ausência de transparência, dados pessoais trocados por e-mail e dados pessoais armazenados em rede. As sanções previstas na LGPD já estão em vigor, razão pela qual o tema deve, sem dúvida, ser tratado com muita seriedade.

No Reino Unido, por exemplo, a *British Airways*, foi multada severamente, tanto que fui beneficiado com uma indenização, que simplesmente foi disponibilizada em virtude do vazamento de dados pessoais, contendo endereço residencial, e-mail, roteiros de viagem dentre outros. Isso gerou uma indenização total aos afetados pelo vazamento de dados que superou a cifra de 250 milhões de libras, no Reino Unido.

Realmente parece que estamos no “mundo avatar”, um verdadeiro “Big Brother”, onde todos acabam sendo monitorados constantemente a partir do compartilhamento de dados pessoais. E como tratar esses dados de forma a preservar a intimidade das pessoas? Essa questão é muito séria.

Voltando ao foco das relações de trabalho aqui no Brasil. O que se fala com relação à proteção constitucional do trabalhador? Esses cuidados se iniciam na seleção do profissional, mediante a coleta de currículos contendo dados pessoais.

Cadastro biométrico de forma consentida e com propósito contratual expresso, são cuidados que devem ser observados no fluxo operacional da empresa brasileira. Estamos falando de regras que são tratadas diretamente por *compliance*. Ao contrário da *General Data Protection (GDPR)* europeia, a LGPD não faz uma abordagem específica no âmbito laboral. Muito ao contrário do que acontece na Europa. O “negociado versus o legislado”, qual será o papel das convenções coletivas no que tange ao tratamento dos dados pessoais? O *compliance* como alternativa ao cenário de indefinição atual? A lei brasileira é nova, essas questões ainda vão proporcionar muitos debates. Nos próximos anos o cenário deve evoluir sobremaneira. Ainda estamos “engatinhando” no tema.

Treinamentos, conscientização de funcionários acerca do tratamento dos dados pessoais, são coisas que devem se tornar uma rotina importante dentro das organizações. Não há como se “tapar o sol com a peneira”, as questões que envolvem LGPD e *compliance* são sérias, demandam tempo, demandam dinheiro e às vezes a empresa não quer ou não consegue alocar recursos para isso naquele momento. Logo, esse é um fato que existe e não deve ser ignorado.

A definição dos papéis e das responsabilidades de forma bem delimitadas através da chamada matriz raci, envolvendo desde a alta direção, o comitê estratégico, o diretor de privacidade, o DPO e os funcionários, são elementos fundamentais ao sucesso prático do projeto de adequação à LGPD.

Isso tudo demanda tempo e dinheiro e se transforma em um grande dilema para o empresário, até que ponto chega o apetite de assumir os riscos de um eventual vazamento de dados pessoais em relação ao impacto financeiro que esse vazamento pode ocasionar?

Enfim, em síntese, acredito que a LGPD brasileira é uma excelente Lei, baseada muito na experiência europeia.

PARTE III

DIREITO PORTUÁRIO

Capítulo 17

A NATUREZA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O DIREITO AO ADICIONAL DE RISCOS NA INTERMEDIAÇÃO DA MÃO DE OBRA DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO

Guilherme Augusto Caputo Bastos

Bacharel em Ciências Econômicas pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB) e em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito do Trabalho pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB) e em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de León, na Espanha. Doutor em Direito Desportivo pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE.

Neste capítulo pretende-se destacar a importância da negociação coletiva nas relações de trabalho no nosso país. Nesse contexto, não devemos esperar que o Estado, no seu inevitável e inafastável papel regulatório das relações jurídicas, venha assumir uma grandeza desmedida em relação àqueles que efetivamente suportarão os efeitos da norma. Por meio da negociação coletiva, podem e devem, os efetivamente interessados, sentarem-se para negociar as bases adequadas que irão reger as condições do trabalho.

Conforme frisou o Ministro Douglas Alencar, o Supremo Tribunal Federal é uma Corte *sui generis*, cuja abrangência de competências conferida pelo constituinte originário o coloca entre uma das mais importantes cortes constitucionais do mundo. De acordo com o Tema 1046 da Sistemática da Repercussão Geral, fixou-se a tese de que, se se tratar de direito trabalhista não assegurando constitucionalmente, a norma coletiva é perfeitamente válida.

É certo, assim, que precisamos aprender a negociar. Ressalto, contudo, minha posição sobre o tema, no sentido de que apenas os temas referentes à segurança e medicina do trabalho, porquanto se tratarem de questões técnicas, não podem ser objeto de negociação coletiva entre empregado e empregador.

A limitação, portanto, do espectro da negociação coletiva deve estar limitado às hipóteses em que se mostra evidente que o acordado entre as partes provoca a precarização da relação do trabalho. Penso que não pode o magistrado, espectador frio dos autos, arvorar-se como censor do que definido, pensado, sopesado e deliberado por aqueles diretamente envolvidos na problemática vivida no cotidiano laboral.

Certa feita, em um importante julgamento na Subseção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, no qual se discutia a validade de cláusula coletiva que fixava em 10 horas a jornada de trabalho em turno ininterrupto de revezamento, em regime 4X4, ou seja, quatro dias de trabalho seguidos de quatro dias de folga, divergi da relatoria para reconhecer a prevalência do princípio da autonomia privada coletiva, por entender evidentes os benefícios trazidos pela norma coletiva, diga-se, amplamente aprovada pela ampla maioria da categoria profissional.

É dizer, apenas quando estiver clara a precarização das condições de trabalho, pode-se afastar a prevalência do negociado frente ao legislado. Não cabe ao juiz, no meu entender, imiscuir-se na decisão tomada na mesa de negociações. Tal necessidade se fez necessária, contudo, no caso em que os operadores portuários negociaram diretamente com os trabalhadores visando à exclusão da intervenção do OGMO na requisição de mão de obra do trabalhador avulso.

As competências, atribuições e responsabilidades assumidas pelo sistema OGMO devem ser interpretadas de forma ampla, ou seja, partindo-se da disciplina trazida pela Lei nº 8.630

até a superveniência da Lei nº 12.815. Assim, o parágrafo único do art. 32, assim, não pode ser interpretado de forma literal.

Penso que as questões inerentes à mão de obra portuária, porquanto específicas, são passíveis de serem negociadas coletivamente. Não se pode permitir, contudo, que sejam burlados os objetivos do legislador ao instituir o OGMO. É justamente nessa intermediação, penso, que está o respeito aos direitos dos trabalhadores portuários.

Não andou bem o legislador ao permitir interpretação no sentido da existência de suposta prevalência das entidades sindicais em relação ao OGMO para atuar na intermediação da mão de obra do trabalhador portuário avulso nos casos de existência de negociação coletiva.

Atrair a responsabilidade dos sindicatos para a gestão da referida mão de obra, subverte o sistema, afastando-se a entidade legalmente instituída com inúmeros deveres para com a categoria – o OGMO. Não se trata, assim, de matéria própria a ser debatida e deliberada em negociação coletiva.

Digo isso, justamente, por ser um entusiasta da negociação coletiva, mas a limitação, no caso, se mostra evidente, mormente em razão das especificidades inerentes à atividade laboral portuária.

Chama atenção, também, os números que revelam o tamanho do setor portuário. Nos nossos 8 (oito) mil quilômetros de costa, existem, em números aproximados, 20 portos organizados, cerca de 350 Terminais de Uso Privado, mais de 500 empresas envolvidas na atividade e 65 mil trabalhadores. Tais números, contudo, se apequenam quando se vê, por exemplo, que só o Bradesco possuía cerca de 140 mil trabalhadores bancários vinculados ao seu negócio.

A importância a ser dada ao setor portuário, diga-se, está diretamente ligada à soberania do nosso país, pois é pelo seu meio que opera todo o comércio exterior, fazendo com que nossa balança comercial se incline para um lado ou para o outro. Trata-se, ao fim e ao cabo, de questão ligada à segurança nacional, pois 95% de tudo que se importa ou exporta no país passa, necessariamente, pelas docas de nossos portos.

O agronegócio, setor pujante de nossas exportações, nossas indústrias siderúrgicas, dependem do sistema portuário para escoar a produção que, ao final, gerará divisas para nosso país. O crescimento nacional, portanto, depende da pujança da atividade portuária.

Daí a importância deste tema, nesta propícia obra para colhermos, da experiência dos autores aqui reunidos, como tem funcionado o sistema e como podemos evoluir para avançarmos em termos de eficiência e condições de trabalho.

Tomo a liberdade de pontuar, mesmo que rapidamente, sobre a abordagem do Ministro Alexandre Ramos, qual seja, o direito do trabalhador portuário avulso ao “adicional de riscos”.

Após longo trâmite processual de ação iniciada em 2001, na qual se pleiteava a concessão de adicional de riscos em substituição ao de insalubridade, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal no ano de 2009.

Julgado o Tema 222 da Tabela de Repercussão Geral, firmou-se o entendimento no sentido de que o adicional de riscos pago aos trabalhadores com vínculo de emprego permanente, na forma do art. 14 da Lei nº 4.860/1965, também é devido aos portuários avulsos que atuam nas mesmas condições.

Ao analisarmos o referido diploma legal, da década de 1960, vê-se que o adicional de riscos ao trabalhador portuário engloba duas situações – de perigo e de insalubridade, o que é repelido pela atual jurisprudência. Caso, infelizmente, o empregado comum trabalhe em local onde coexistam as duas situações, ele terá que optar por um deles.

Pois bem, quando o legislador criou o adicional de riscos, pretendeu dar normatividade à situação absolutamente especial e específica. É dizer, pretendeu-se aglutinar em um só adicional as duas circunstâncias nocivas ao trabalhador.

Ao fixar a referida tese, o Supremo Tribunal Federal, resumidamente, afirmou não ser possível que haja diferenciação entre o trabalhador com vínculo e o trabalhador avulso, caso

submetidos às mesmas condições de trabalho. Tal entendimento se adequa à visão dos magistrados da Justiça do Trabalho, balizados pela disciplina da CLT, nossa bíblia.

Aliás, caso a referida tese fosse aplicada ao Direito Desportivo, estaríamos diante de outra dificuldade, qual seja, o que se entende por atleta profissional, aquele que busca sustento naquela atividade esportiva? Não se verifica, no âmbito da Justiça do Trabalho, número elevado de ações movidas por atletas ligados às modalidades esportivas do basquetebol, de futebol de salão, de voleibol, por quê?

Porque tais atletas não estabeleceram nas respectivas ligas a obrigatoriedade de um contrato de trabalho formal, com vínculo permanente, previsto na CLT. Eles trabalham submetidos a patrocínios, a incentivos e outras modalidades, e nós, da Justiça do Trabalho, não poderíamos enfrentar essas questões, porque não se tratava de relação de emprego.

No que toca ao trabalhador portuário, contudo, tem-se previsão legal específica, regido por regras próprias, fora do sistema engessado da CLT.

Voltando ao nosso tema, quando o legislador criou o adicional de riscos, o fez de forma absolutamente excepcional, ou seja, limitando-se à realidade vivida pelo trabalho portuário à época. Com propriedade, o Ministro Alexandre Ramos afirma que o legislador criou pesos diferenciados aqui, sendo necessário fazer um exercício de comparação.

Caso exista um porto em que o trabalhador permanente receba o adicional de riscos e o trabalhador avulso não, impõe-se a incidência do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Penso que nos dias de hoje é muito difícil nos depararmos com a situação profissional prevista pelo legislador da década de 1960. Não estariam os magistrados trabalhistas que assim interpretam a decisão do STF criando situações embaracosas ou que deem prejuízos aos trabalhadores? A resposta é a esta pergunta é “não”.

O que se está dizendo, apenas, é o seguinte: O direito aos adicionais de insalubridade, periculosidade, ou qualquer outro tipo de benefício legalmente reconhecido às categorias diferenciadas deve ser buscado pela maneira como todo trabalhador busca, ou seja, perante a Justiça do Trabalho.

Os trabalhadores portuários, não obstante vinculados à atividade laboral diferenciada, devem buscar o reconhecimento de seus direitos violados perante a Justiça Especializada criada para esse fim. O direito ao adicional de riscos, previsto na Lei nº 8.630/1965, visava remunerar os riscos relativos à insalubridade, periculosidade e outros porventura existentes na realidade vivida pelo trabalhador portuário.

É certo, contudo, que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é firme no sentido de não admitir a referida cumulação, ou seja, entre os adicionais de insalubridade e periculosidade. Assim, vê-se que o adicional de riscos tinha um direcionamento absolutamente diferenciado, ligado a circunstâncias temporais específicas.

Partindo-se da certeza de que a Justiça do Trabalho sempre permanecerá com o protocolo aberto àqueles que tenham seus direitos trabalhistas violados, é de se perguntar o quão frequente é, nos dias atuais, nos depararmos com a hipótese fática que justifica a concessão do referido adicional em detrimento dos adicionais de insalubridade ou periculosidade.

Eram essas, portanto, as rápidas considerações que me coube compartilhar nesta obra, este tema que é tão específico e imbricado.

Capítulo 18

A IMPORTÂNCIA DO SETOR MARÍTIMO E PORTUÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS

Flávia Veiga Bauer

Procuradora no Ministério Públíco do Trabalho (MPT). Pós-graduanda em Direito Marítimo e Mestranda em Estudos Marítimos pela Escola de Guerra Naval/Marinha do Brasil.

O mundo vem acompanhando um cenário de guerra na Ucrânia e, neste atual contexto geopolítico, aproveito aqui para trazer algumas lições sobre essa guerra para o nosso país.

Quando a Rússia invadiu a Ucrânia em 24 de fevereiro de 2022, imediatamente atacou o sul do país, as cidades de Mariupol (cidade na costa do Mar de Azov, ao leste) e Odessa, onde estão localizados os dois principais portos da Ucrânia. A intenção do Presidente Vladimir Putin era justamente tomar a costa do Mar Negro, a região a leste e a oeste da Crimeia.

A Crimeia, aquela península que se projeta no Mar Negro, já tinha sido anexada pela Rússia em 2014, após um momento de turbulência institucional na Ucrânia, o chamado *Euromaidan*¹. O então presidente ucraniano, antes da eleição, havia prometido integrar o país na União Europeia, mas após assumir a Presidência, mudou de ideia, se aliou à Rússia e não concretizou o prometido, gerando uma grande revolta popular que acabou com a sua fuga. A partir daí, para Putin não restou alternativa senão invadir e tomar a Crimeia, posto que a Rússia possui na região a sua maior frota naval.

E em fevereiro de 2023, com as sinalizações do presidente ucraniano, Zelensky, de integração da Ucrânia à União Europeia e à OTAN, a Rússia então invadiu aquele país e já no primeiro ato de guerra tomou a costa, que garantiria o seu domínio sobre os portos e o acesso às embarcações de transporte de mercadorias. Com isso, a Rússia sufocou completamente a Ucrânia, deixando-a sem acesso ao mar.

Com a invasão, a Ucrânia, um dos maiores países exportadores de grãos para o mundo, não tinha mais à sua disposição os seus portos, para realizar o escoamento da sua produção agrícola, a sua principal fonte de riqueza.

E ao fazer isso, então, a Rússia deixa a Ucrânia numa situação totalmente complicada. Houve inclusive um problema muito sério, porque vários grãos estavam se deteriorando em estoques na Ucrânia, criando uma crise alimentar que gerou inflação no mundo inteiro, inclusive aqui no Brasil. No início da guerra houve um acordo intermediado pela Turquia, para que fosse possível a Ucrânia fazer o escoamento dos grãos nos navios, para seguir para o mundo, mas olha a gravidade desta situação.

Então é perceptível a Rússia, observando uma guinada da Ucrânia para a Europa, não poderia comprometer a sua presença na Crimeia. A Crimeia é justamente aquela península, com vasta extensão e águas profundas, que dá à Rússia o acesso ao Mar Negro, o acesso ao seu único verdadeiro porto de águas mornas.

A Rússia tem também acesso ao Oceano Ártico, mas ali é um mar gelado, não navegável na maior parte do ano. Para conseguir navegar pelo Ártico, é necessário passar um navio quebra-gelo abrindo o caminho para o navio de cargas. Inviável, na prática. Do outro lado, a Rússia tem o porto de Vladivostok, onde está a sua frota do Pacífico, mas é um porto que fica muito longe de Moscou e longe da principal região agrícola do país.

Então, na Crimeia, a Rússia tem o porto de Sebastopol, que é justamente onde os russos estabeleceram a sua principal base naval há mais de 200 anos. Durante o reinado de Catarina, a Grande, a Rússia conquistou do império otomano aquele espaço e colocou ali sua principal base naval. A Crimeia foi parte da Rússia por todo esse período até 1954, quando foi transferida para

1 - *Euromaidan* foi uma onda de manifestações populares na Ucrânia entre 2013 e 2014, causada pela revolta da população que queria que a Ucrânia se integrasse à União Europeia.

a então República Soviética da Ucrânia. Com a União Soviética, a divisão geográfica não era exatamente um problema, mas com a Ucrânia se integrando à União Europeia, a situação muda radicalmente. E muito da história da Rússia está vinculada ao porto de Sebastopol.

Conforme retrata o filme “O Encouraçado Potemkin”, do cineasta Serguei Eisenstein, de 1925, um clássico que conta a história dos tripulantes de um navio, Potemkin, que receberam carne estragada no almoço e, a partir daí, iniciaram um motim no navio. A revolução russa, que marca toda a história desse país, nasceu justamente no porto de Sebastopol.

E quando a Rússia, então, invadiu e tomou os portos ucranianos, também tomou todas as cidades a leste da Ucrânia, que fazem justamente a ligação terrestre entre a Rússia e a Ucrânia e onde inclusive vivem muitos russos.

Ou seja, com o acesso àquela região a Rússia consegue se integrar, por via terrestre, à Crimeia. Há um outro acesso à Crimeia, pela Rússia, por uma ponte no estreito de Kerch, mas não relevante como seria o acesso de fronteira até lá, consolidando a posição geográfica russa.

E isso tudo que está acontecendo, todo esse contexto de guerra representa a importância estratégica que o acesso ao mar tem para um país.

E note-se que o Mar Negro não é um oceano. É um mar pequeno, não é um oceano. Acessando o Mar Negro, o navio ainda precisa alcançar o Mar Mediterrâneo, mas, para chegar lá, é preciso passar pelos estreitos da Turquia (Bósforo e Dardanelos, que separam a Europa da Ásia, ligam o mar Negro ao Mediterrâneo e, dali, aos oceanos). Os estreitos são outro problema, porque pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar² os estreitos são de livre navegação, mas a Turquia não concorda com isso, tanto que não ratificou a Convenção, um dos únicos países do mundo que não ratificaram a Convenção.

E, ao chegar no Mediterrâneo, que ainda não é um oceano, para levar suas mercadorias para os outros continentes é preciso passar pelo Canal de Suez ou pelo Estreito de Gibraltar, para aí sim ter acesso ao Oceano Índico e ao Oceano Atlântico.

Digo isso porque estamos assistindo a praticamente uma terceira guerra mundial, tudo para que a Rússia tenha, mantenha e aumente o seu acesso ao mar.

O que isso significa para o Brasil? Temos 8 mil quilômetros de costa, ou seja, o Atlântico Sul totalmente à disposição. O Atlântico Sul seria o *mare nostrum*, que é como os romanos chamavam o Mar Mediterrâneo. Nossa costa é o sonho de toda a Rússia, possuir um imenso oceano com portos de águas mornas à disposição.

Isso é muito relevante. O desenvolvimento do país está intrinsecamente ligado à possibilidade de acessar o mar. Os países mais pobres da América Latina (Bolívia e Paraguai) são justamente os países que não possuem acesso ao mar.

No entanto, no Brasil, ainda estamos muito longe de nos projetarmos como uma potência marítima. Na minha visão, o Brasil é uma potência continental, pois o povo brasileiro sempre foi muito ligado às riquezas da nossa terra. Desde a busca do ouro até o agronegócio. Mas e a nossa “maritimidade”? No Brasil, damos importância ao mar? Falo do mar não como meio de diversão, mas como uma projeção das nossas potencialidades, como instrumento de ação política e como espaço para desenvolvimento econômico e social.

No Brasil, infelizmente, não temos “mentalidade marítima”, é preciso criá-la no país. Nas faculdades de Direito sequer existem disciplinas de direito marítimo e portuário. A grande verdade é que a maioria dos advogados, juízes, promotores, têm verdadeiro pavor de pegar um processo com um tema desses.

Há uma frase que ouvi outro dia do Juiz Nelson Cavalcante, do Tribunal Marítimo, citando o último Ministro da Marinha antes de tornar-se Ministério da Defesa - Comando da Marinha, que disse: “Brasileiro adora o mar, da cintura para baixo”. Quer dizer, o brasileiro adora a praia, não o mar.

A importância do mar para o desenvolvimento do nosso país, essa percepção o povo brasileiro ainda não tem. A importância estratégica de nos projetarmos nos oceanos, entendendo isso como um fator de desenvolvimento econômico, reforçando nossa marinha mercante, reforçando a

² - ONU. Convenção nas Nações Unidas sobre o Direito do Mar. 1982. Também conhecida como Convenção de Montego Bay. Foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.165, de 12 de março de 1990.

presença de navios de bandeira brasileira nas linhas de comunicação marítimas do mundo, isso nós ainda não percebemos. E o mar nos dá tantas riquezas, como por exemplo o petróleo, que é em sua maioria extraído de plataformas marítimas, não de plataformas terrestres.

O vice-almirante João Caminha escreveu um livro chamado “História Marítima”, no qual ele diz: “São Paulo, principal centro econômico do país, a apenas 80 km do mar, é cidade onde não se cogita de assuntos marítimos, embora toda a prosperidade ali observada esteja na dependência do transporte oceânico”³.

Ora, 95% do comércio mundial é realizado pelo transporte marítimo, através dos portos, mas o comércio exterior brasileiro está na sua quase totalidade nas mãos de armadores estrangeiros.

Há um historiador norte-americano muito conhecido, Alfred Mahan, que escreveu um livro chamado *The influence of sea power upon history*. Ele aponta como a Inglaterra foi a maior potência mundial por mais de 300 anos justamente porque era uma potência marítima, porque controlava as rotas marítimas e instalava bases navais no mundo todo.

E isso se refletiu nos Estados Unidos, que não por coincidência é a maior potência mundial hoje. Antes mesmo da sua independência, os Estados Unidos já possuíam vários estaleiros. Foi e é um país que sempre se projetou como uma potência marítima, com a vantagem que é bioceânico, pois tem acesso ao Atlântico e ao Pacífico.

Considero muito importante também termos a percepção de como o mar é importante para garantia da nossa soberania. A soberania, que é o fundamento da República Federativa, conforme está no artigo 1º, I da Constituição Federal.

Quando tratamos do setor marítimo e portuário, é importante ter em mente a ideia de soberania. E soberania reflete em fortalecer a marinha mercante, em fortalecer o trabalhador marítimo brasileiro, fortalecer a nossa navegação de cabotagem, que é a navegação que se dá entre portos do mesmo país, para que possamos ter navios de bandeira brasileira transportando nossas mercadorias. Se o Brasil não conseguir se projetar para os oceanos e se tornar efetivamente uma potência marítima, que hoje ainda não somos, não conseguiremos acompanhar o desenvolvimento econômico e social que outras nações estão alcançando.

A China, por exemplo, comprou mais de 100 portos em 60 países, para poder consolidar a sua presença nas rotas marítimas do mundo. A Grécia, quando passou por aquela crise, quem a salvou da crise não foi a União Europeia, foi a China. A China praticamente comprou o Porto de Piraeus, na Grécia, que é considerada a principal porta de entrada de produtos asiáticos na Europa.

Acredito que vale refletirmos sobre isso e entender de forma estratégica como a gente vai atuar nesse setor. O Brasil precisa se colocar como uma potência marítima.

Nos Estados Unidos, por exemplo, existe o *Jones Act*, que é uma lei sobre transporte marítimo de mercadorias na navegação de cabotagem (transporte realizado de um porto a outro dentro do país).

Esta lei disciplina o seguinte: só quem pode realizar transporte de mercadorias dentro dos Estados Unidos é navio de bandeira norte-americana. E só quem pode tripular navio na cabotagem é trabalhador norte-americano. Os navios têm que ser de armadores norte-americanos e os navios têm de ser fabricados em estaleiros norte-americanos. E o aço utilizado na fabricação dos navios também tem de ser de empresas norte-americanas.

Isso é soberania. E, aqui no Brasil, não temos essa percepção, da importância do mar para o fortalecimento da nação. Como diz Caminha, “até hoje não se estabeleceram laços efetivos entre o mar e nação brasileira.”⁴

Mas precisamos nos fortalecer, fortalecer as empresas brasileiras de navegação, valorizar os trabalhadores marítimos brasileiros, que são tão qualificados, incentivar a presença de navios de bandeira brasileira para o comércio de nossos produtos.

Aproveito para comentar aqui sobre o caso dos navios Valemax. É algo que merecia um estudo de caso, de forma a mostrar o que o Brasil tem perdido ao não ser se fortalecer através do mar.

3 - CAMINHA, João Carlos “História Marítima”, Ed. Biblioteca do Exército, 1979, p.274.

4 - CAMINHA. Op. cit. p. 258.

Lá pelos anos 2001/2002, quando houve aquele *boom* de commodities no Brasil, a empresa Vale⁵, que exportava o minério para a China, pensando de forma estratégica, resolveu adquirir navios próprios para transportar o minério.

À época, para o transporte do minério, a Vale utilizava navios de armadores estrangeiros, que definiam os fretes. Os valores dos fretes alteravam muito, era imprevisível saber quanto se pagaria no mês seguinte para levar a mesma carga.

Além disso, o minério que saía do Brasil e seguia para a China era transportado em navios cuja viagem durava até 45 dias, bastante tempo. E a Vale concorria diretamente com o minério da Austrália, que também vendia para a China. Só que a Austrália está perto, o navio leva apenas 15 dias até a China, já o Brasil leva 45 dias para chegar lá. Então a Vale pensou assim: “vamos fazer a nossa frota, vamos levar minérios em navios próprios, em navios brasileiros”.

Então a Vale encomendou dezenas de navios em estaleiros asiáticos, reuniu uma equipe de engenheiros navais que projetaram um navio que era o dobro da capacidade do navio utilizado na época para o transporte de minério (o navio *capesize*). O navio projetado, o Valemax, possuía capacidade para transportar o dobro da carga, além de ser muito mais sustentável.

Esse novo e moderno navio, o Valemax⁶, começou então a operar para transportar minério do Brasil. Atracou lá na China um navio imenso, de bandeira brasileira, tripulado com marítimos brasileiros, um divisor de águas na nossa história marítima. Era uma forma magnífica de o Brasil se projetar no oceano, transportando nosso minério. Através do Valemax, o Brasil se projetava como uma potência marítima, empregando marítimos brasileiros e definindo o frete para o transporte. Olha a importância e relevância para o Brasil.

Entretanto, a China quando viu aquilo tomou um susto e embargou o navio Valemax, sob a justificativa de que este era inseguro. A Vale contestou, mostrou que o navio era moderno, tecnológico, sustentável. Mas a China não quis saber. Embargou o navio e disse ao Brasil que se quisesse vender o minério não poderia ser transportado naquele navio, teria que usar os navios antigos, de armadores estrangeiros, inclusive chineses.

Por consequência disso, a Vale foi obrigada a voltar a utilizar navios do tipo *capesize*, de armadores estrangeiros, os quais definiam os fretes. A Vale parou de usar o Valemax, que era o navio de bandeira brasileira, com tripulação brasileira, porque senão não conseguiria vender o minério para seu principal comprador, a China.

Alguns anos depois, a China comprou da Vale todos aqueles magníficos e modernos navios, que afinal eram realmente muito vantajosos e passaram a ostentar a bandeira chinesa. A China retirou o embargo do navio e ainda fez o Brasil assinar um acordo onde se comprometia a só utilizar aqueles navios para o transporte de minério, por dezenas de anos (mas desta vez, ostentando pavilhão chinês).

O Valemax, inclusive, ganhou prêmios de sustentabilidade no mundo inteiro. Navios que foram projetados pelo Brasil.

E com isso, a China passou a controlar o frete e mais do que isso: a China passou a controlar as rotas marítimas do minério. E isso é muito relevante.

Compartilho todos esses temas aqui para dizer que o Brasil não pode perder a oportunidade de se projetar no mundo, fortalecendo os setores estratégicos para o país. Se fortalecermos o nosso setor, se entendermos a importância deste setor para a economia, para o desenvolvimento do nosso país, vamos conseguir nos projetar como uma potência marítima que podemos ser, além da potência continental que já somos. E isto vai impactar e trazer desenvolvimento econômico e social para o povo brasileiro, de uma maneira que até hoje nunca foi compreendida.

É com muito orgulho que faço parte do Ministério Público do Trabalho, que criou há 20 anos uma coordenadoria específica dedicada ao implemento de melhorias no trabalho portuário e aquaviário, que é a CONATPA, Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário.

5 - Vale S.A. é uma mineradora multinacional brasileira, uma das maiores empresas de mineração do mundo e também a maior produtora de minério de ferro.

6 - V. Revista Unificar, ed. 43, 2016 (<https://www.sindmar.org.br/caso-valemax>).

O Ministério Público do Trabalho (MPT) criou uma coordenadoria específica para este setor, marítimo e portuário, porque percebeu a importância estratégica deste para o desenvolvimento do país.

Na CONATPA, existem alguns projetos estratégicos que denotam essa importância. Há alguns anos a CONATPA implementa o Projeto Portos Seguros (que se dedica ao trabalho portuário) e o Projeto Ouro Negro (projeto interinstitucional, que busca soluções para riscos inerentes ao trabalho nas plataformas marítimas de petróleo).

Através da atuação por projetos estratégicos, o MPT passa a atuar antecipadamente, de forma proativa e coordenada, com uma visão ampliada, não aguardando a chegada de denúncias de irregularidades, as quais muitas vezes não chegam, por diversos fatores.

No setor marítimo e portuário é comum a irregularidade não levar a uma investigação eficiente, seja porque o trabalho realizado em embarcações, *offshore* (no mar), dificulta a atuação dos órgãos de fiscalização, seja porque o navio está em constante movimento, dificultando a atuação assertiva para inibir a conduta irregular.

Nos últimos dois anos, foram criados dois novos projetos estratégicos na CONATPA: o Projeto Mar a Mar, que busca a melhoria das condições de trabalho dos marítimos brasileiros, e o Projeto Santiago, que busca um olhar atento às condições de trabalho dos milhares de pescadores do nosso país, em especial o pescador artesanal, que vive e trabalha sob condições precárias e, muitas vezes, degradantes.

Outro fator importante que justifica a existência de uma coordenadoria específica para o setor marítimo e portuário é a importância de termos segurança jurídica para atuar nessas questões, além da necessidade de especializar a atuação dos membros do Ministério Público, membros com *expertise*, com conhecimento da matéria, para evitar atuações contraditórias. Então, a CONATPA ajudar a trazer *mentalidade marítima* para o povo brasileiro.

Para finalizar, deixo aqui a seguinte observação: os trabalhadores do setor, os trabalhadores portuários, os trabalhadores marítimos, são considerados pela Organização Marítima Internacional como *key workers*, são trabalhadores-chave no comércio mundial.

Os trabalhadores marítimos e portuários, na pandemia, foram essenciais. Pois eles garantiam o abastecimento da população mundial e sofreram muito no processo, muitos perderam a vida. O trabalho em navios é realizado em regime de confinamento e o espaço confinado na verdade funciona como um propagador do vírus.

Portanto, é preciso avaliar quais são os imperativos para o Brasil, para que o país se torne uma verdadeira potência marítima. Importante termos segurança jurídica, importante valorizar os trabalhadores brasileiros, valorizar a marinha mercante brasileira para nos projetarmos nos oceanos.

Capítulo 19

O SISTEMA DE ÓRGÃOS DE GESTÃO DE MÃO DE OBRA DO TRABALHO PORTUÁRIO (OGMOS) E A EXCLUSIVIDADE

Lucas Rênio da Silva

Sócio da Advocacia RMM. Pós-graduado em Direito do Trabalho USP e PUCSP. Mestrando em Direito. Professor convidado na EJUD/TRT1, ESMPU, ESA-Santos, UNISANTOS e UNISANTA.

Toda a difusão cultural do trabalho portuário contribui muito para que tenhamos mais segurança jurídica e uma evolução social e econômica. Estudos recentes da OCDE e do Tribunal de Contas da União comprovam que portos bem desenvolvidos são um interesse nacional, difuso e de toda a coletividade.

Quando os portos vão bem, quando as empresas, operadoras e terminais conseguem desenvolver bem o seu papel, todo o país ganha em recolhimento de tributos, geração direta e indireta de empregos, dentre outros. Enfim, o país tem muito a ganhar com o bom fluxo do comércio exterior.

Uma frase já batida, mas que é importante sempre relembrarmos é que: o comércio exterior brasileiro se aproxima cada vez mais do 100% de fluxo através dos portos. Temos mais de 90% do comércio exterior brasileiro passando pelos portos. Somente este dado já identifica de maneira muito clara a essencialidade das operações portuárias; que, aliás, foi reconhecida de forma expressa recentemente pela lei 14.047 de 2020, cujo texto enquadra de forma literal a atividade portuária como essencial.

Mas a relação capital-trabalho no porto está na UTI em razão de um câncer, que é justamente a questão do sistema de vinculação; mais especificamente desse critério de exclusividade. Ora, é mais fácil contratar um piloto de avião, contratar um médico, do que contratar a vínculo empregatício um operador um operador de “CN” (carregador de navios).

Em relação à essa dificuldade, é importante compreendermos, sem o olhar pequeno e míope da literalidade da lei, qual é a raiz histórica, qual o sentido, qual o significado desse câncer da exclusividade.

Vale lembrar que, historicamente, a reserva de mercado no trabalho portuário surgiu de forma natural. Nos primórdios, o trabalho portuário era uma atividade muito artesanal, com a carga sendo embarcada em sacarias, tambores soltos, dentre outros. Antes do contêiner, podemos dizer assim, do período pré-contêiner, o trabalho era artesanal.

Os trabalhadores que tinham aquele capital de conhecimento do “saber fazer”, sobre como embarcar e desembarcar as mercadorias, foram criando aí naturalmente, historicamente, uma reserva de mercado. Em que sentido? Por aproximação, por laços de afinidade étnica e familiar. Sendo assim, aquelas pessoas foram estabelecendo, de forma até mesmo instintiva, grupos fechados de trabalho. Surge, a partir daí, a primeira concepção de reserva de mercado.

Para atuar no porto era necessário ser de uma determinada família, ou de uma determinada origem étnica, e assim foi se formando essa questão da reserva de mercado. Esse é o DNA, a origem da reserva de mercado no contexto internacional geral. Aqui, no Brasil, esse senso coletivo de grupo fechado foi marcado de forma peculiar, pela atuação dos escravos nas atividades portuárias. A solidariedade entre os escravos refletia-se, por exemplo, na soma de esforços para que os rendimentos do trabalho portuário avulso fossem utilizados na compra da liberdade de integrantes do grupo.

Depois, mais à frente, esse capital de conhecimento do “saber fazer” foi se tornando menos relevante porque os processos, as operações portuárias, ficaram mais padronizadas a partir do contêiner. Portanto, esse capital de conhecimento acabou não sendo mais um fator decisivo para a reserva de mercado. Mas esta já estava arraigada aos usos e costumes do trabalho portuário; principalmente com a entrada dos sindicatos no gerenciamento do trabalho avulso, pelo sistema de *closed shop*, modelo organizacional que vigorou internacionalmente e até hoje ainda gera alguns efeitos.

Vale lembrar que, no Brasil, temos um sistema de trabalho portuário inspirado de maneira fortíssima nas experiências de Portugal e da Espanha. Quando olhamos os registros históricos do trabalho portuário em Santos, por exemplo, ao longo do século XX, grande parte dos trabalhadores vinha desses países; alguns italianos também, e isso inclusive explica o porquê do sindicalismo portuário ser tão forte, ser tão diferenciado: se trata de um anarcossindicalismo moderno, que vem justamente dessas origens, desses europeus que vinham experimentados do anarquismo, das lutas europeias, e incorporaram essa cultura ao trabalho portuário brasileiro.

Felizmente, já faz algum tempo que não vemos, mas eram muito comuns as manifestações, greves, invasões a navios e terminais, dentre outros, em razão dessa linha, dessa origem anarcossindicalista.

Passada essa primeira fase da formação da reserva de mercado, vem uma segunda fase, que foi uma fase de proteção social. E quando observamos todo o histórico de formação, de discussão no parlamento brasileiro da lei 8.630 de 1993, que ficou conhecida como a “lei de modernização dos portos”, vemos que a reserva de mercado foi colocada no texto por uma razão de proteção social. Lembrando que as CIAS. DOCAS, operadoras portuárias do período pré-modernização, não tinham que dar nenhum tipo de exclusividade ou preferência para os trabalhadores avulsos ao contratarem os seus trabalhadores de capatazia.

Mas, repito, por uma razão de proteção social, o legislador brasileiro optou por incluir a reserva de mercado na lei n. 8.630 de 1993 devido ao momento de disruptão, de delicada transição no regime de trabalho portuário. É importante recordar que os trabalhadores avulsos deixariam de ser escalados e organizados pelos sindicatos, sistema tradicional; ou seja, uma ruptura muito forte aconteceria ali. Por outro lado, os trabalhadores de capatazia, servidores e empregados das CIAS. DOCAS, perderiam os seus empregos, porque essas estatais deixariam de operar e passariam a exercer um papel gerencial, administrativo, como autoridades portuárias.

Então, o que o legislador fez?

Com base nessa raiz histórica da reserva de mercado, deu um recado para o capital privado, que estava ali entrando no que ficou conhecido também como “privatização das operações portuárias”. Agora estamos falando bastante de privatização dos portos, mas as operações portuárias realizadas pelo capital privado, com arrendamento e autorização de terminais, já vêm acontecendo desde a Lei 8.630. E qual foi, então, esse recado do legislador?

Empresas, capital privado: vocês entrarão aqui, quebraremos o monopólio de operação portuária estatal, mas para a contratação dos empregados, para a formação dos quadros de funcionários, vocês ficarão adstritos ao pessoal do sistema OGMO. E quem era o pessoal do sistema OGMO naquela época?

Justamente aqueles dois grupos: os avulsos, que antes trabalhavam gerenciados pelos sindicatos, e o pessoal de capatazia, que havia perdido o seu emprego nas CIAS. DOCAS e que teve a inscrição no OGMO garantida através da Lei de 1993. A partir daí criou-se uma proteção social para aquele momento, para aquela fase histórica, para aquele grupo de trabalhadores.

Ora, já se passaram quase 30 (trinta) anos desde a publicação da Lei de 1993. Cabe aqui uma reflexão: essa proteção social, essa razão da inserção da reserva de mercado na Lei de 1993, ainda subsiste? Essa proteção social ainda é necessária? Penso que não.

Quando deixamos de lado a visão pequena e míope da interpretação literal, e analisamos a questão sob os prismas histórico, sistemático e teleológico, concluímos que a aplicação da reserva de mercado, principalmente da exclusividade, não se sustenta mais. Aquela fase histórica já se dissipou, ficou superada.

Essa é a conclusão que extraio dos anais do Congresso Nacional, das discussões que ali aconteceram entre partidos de direita, de esquerda, de centro. O legislador buscou inspiração na Convenção OIT 137, na prioridade ali prevista para um momento disruptivo de aumento da mecanização e da automação, e foi além: o legislador brasileiro maximizou a prioridade, transformando-a em exclusividade. E aqui vale destacar: a palavra “exclusivamente” não é novidade da lei de 2013. Ela já estava na lei de 1993. E qual foi a interpretação dada pela SDC do TST quando julgou o primeiro dissídio FENOP, com relação ao texto da lei de 1993?

A interpretação foi de que a melhor análise da lei dos portos não é a literal. É a teleológica, a histórica, a sistemática. Naquela época, vale lembrar que a redação da lei de 1993, pela literalidade, era ruim para os trabalhadores. Os sindicatos de trabalhadores defendiam naquela época que não deveria ser aplicada a literalidade da lei, porque havia ali uma desconexão entre o *caput* e o parágrafo único do artigo 26 da lei, que retirava a capatazia do manto da exclusividade.

Mas, volto a dizer: de maneira muito sábia a SDC do TST decidiu, naquele primeiro dissídio FENOP, que a interpretação da lei deve ser histórica, sistemática e teleológica; não deve ser literal. Então quando observamos, depois de quase 30 (trinta) anos, a palavra exclusivamente na lei de 2013, devemos ter esse olhar histórico.

Ora, essa proteção social, ela é necessária ainda? A resposta à questão é não, pois ela já surtiu o seu efeito. Ela é convencional? Também entendo que não, porque ela vai contra as disposições da Convenção OIT 137. Ela é constitucional, acima de tudo? Também entendo que a resposta seja negativa, porque fere a livre iniciativa de o operador ou terminal contratar aquele trabalhador que entenda ser o mais apto, o mais adequado para a vaga de emprego; inclusive por questões de gênero, por questões de idade, dentre outros. E aqui não faço uma crítica, mas apenas exponho uma constatação. Grande parte dos quadros dos OGMOs pelo Brasil é formada por homens com uma idade mais avançada.

Logo o terminal ou operador, se a concepção for pelo sistema de exclusividade, não consegue aumentar a participação feminina nos seus quadros operacionais. Não consegue, também, dar mais oportunidade para jovens, porque fica adstrito à contratação do pessoal inscrito no OGMO. Existe, ainda, um ponto lógico de ordem prática.

No sistema OGMO, e isso já vem desde a época das DTM - Delegacias de Trabalho Marítimo-, lá na CLT, existe um dimensionamento para o trabalho avulso: equilíbrio entre oferta e demanda, para que não haja muita gente para pouco trabalho, ou pessoal insuficiente para atendimento das requisições. E o trabalho avulso não tem um fim em si mesmo. Este é apenas uma opção contratual que fica à disposição dos terminais e operadores, assim como é a opção pelo vínculo empregatício também.

Repto: o trabalho avulso não tem um fim em si mesmo. Inclusive a Convenção OIT 137 diz, de forma muito clara, que os trabalhadores devem estar preparados para atuar em conformidade com a necessidade das operações portuárias. Então, o dimensionamento dos quadros dos OGMOs é elaborado para quê? Justamente para atender a demanda de trabalho avulso. Não é para atender a demanda de trabalho vinculado, pela CLT.

Para o trabalho avulso existe um dimensionamento, existe a regra de acesso através de seleção pública, mas isso não pode ser transplantado para o vínculo empregatício. Não há lógica nisso, a conta não fecha. Não é razoável misturar essa questão com o vínculo empregatício, porque a demanda por vínculo empregatício é outra.

Essa expressão “exclusivamente”, da lei de 2013, deve ter uma interpretação histórica, sistemática, teleológica e, acima de tudo, conforme a Constituição. Além da livre iniciativa

também deve ser observada a liberdade profissional, porque os trabalhadores avulsos acabam tendo acesso exclusivo, monopolista ao trabalho avulso e também ao trabalho vinculado. E como ficam os milhões de brasileiros e brasileiras que querem ter uma vaga de emprego no porto, e não têm acesso?

É necessário, sob os prismas constitucionais da livre iniciativa e da liberdade profissional, e até mesmo do pleno emprego, dar uma interpretação conforme a Constituição para essa expressão “exclusivamente”. Historicamente, a proteção social que os trabalhadores precisavam naquela época, no início da década de 1990, já não é mais necessária hoje.

A proteção social que os trabalhadores precisam para hoje e para o futuro é outra, e passa principalmente pelo treinamento e pela requalificação; inclusive através de um projeto que é muito promissor, que sintoniza capital e trabalho: o “Sistema S Portuário”, que pode fazer avançar a questão do treinamento dos trabalhadores portuários para lidarem com as questões da automação, do preparo profissional, dentre outros.

É necessário dar uma interpretação conforme a Constituição, porque, caso contrário, os operadores e terminais têm duas opções: deixam de operar, porque não conseguem contratar os seus empregados para as atividades operacionais - principalmente conferência, capatazia e estiva -, ou ficam obrigados, forçados, a requisitar o trabalho avulso, mas a lei dá o direito ao terminal e ao operador de vincular os seus trabalhadores. A contratação pela CLT é um direito dos operadores e terminais.

A reserva de mercado considerado é um direito dos trabalhadores. A liberdade de expressão e a greve também são direitos de envergadura constitucional, portanto não são absolutos. Então, além da interpretação conforme a Constituição, com observância da livre iniciativa, da liberdade profissional e do pleno emprego, deve haver também um olhar atento para essa questão de que a reserva de mercado não é um direito absoluto. E se as vagas foram oferecidas para o pessoal do sistema OGMO, e esse pessoal não aceitou é um direito deles. O TPA que está no OGMO, está lá justamente para isso, para trabalhar como avulso; ele tem o direito de não querer a vaga de emprego, mas o operador ou terminal também tem o direito de vincular alguém, de ter o seu quadro de empregados.

Com base na teoria da derrotabilidade, muito bem defendida pelo nosso ministro do trabalho portuário, ministro Caputo Bastos, aliada à impossibilidade circunstancial e à inviabilidade de se cominar obrigação impossível, abre-se licitamente o caminho para contratação de trabalhadores e trabalhadoras que não pertencem ao sistema OGMO. Essas pessoas serão treinadas em alguma das diversas instituições de ensino existentes, reconhecidas pela Marinha e pelo OGMO, e atuarão como portuários vinculados. Obviamente, não terão o direito de trabalharem como TPAs. É pertinente invocar, ainda, a questão que já ficou sedimentada já no TST sobre a impossibilidade de contratação de PCDs e Reabilitados.

Ficou consolidado na jurisprudência do TST que, se uma empresa tentou, demonstrou que tentou contratar PCDs ou Reabilitados, mas não conseguiu, aquele auto de infração, aquela multa que a ela foi aplicada, deve ser anulada. Isso porque a empresa fez o que era possível, mas não contratou por razões alheias à sua vontade. Esse raciocínio cabe, também, quando um operador ou terminal comprova que tentou vincular o pessoal do OGMO e não conseguiu. Essa é uma questão muito séria.

Temos agora um outro dissídio FENOP, popularmente conhecido, que está tramitando na SDC do TST. É um *leading case* muito preocupante em razão da segurança jurídica, de investimentos, de geração de empregos. É importante que os trabalhadores percebam que a proteção social da qual eles necessitam não é a da exclusividade.

O agronegócio sem o setor portuário naufraga, porque ele depende do setor portuário para escoar sua produção. E se o setor portuário não conseguir nem mesmo formar o seu quadro de empregados, com os trabalhadores que os operadores terminais entendem ser os mais preparados, o setor portuário vai sofrer muito. E o país também, pois perderá competitividade e será prejudicado. Afinal de contas, portos competitivos geram progresso social e econômico.

Capítulo 20

REFLEXOS DO TEMA 1046 DO STF NA RELAÇÃO DE TRABALHO PORTUÁRIO

Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos – Unisantos. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Santa Cecília – Unisanta. Mestre em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília. Doutorando em Direito Empresarial pela Universidade Nove de Julho – Uninove.

É muito importante trazer a discussão de temas de direito portuário dentro desta obra que aborda uma temática voltada para o direito do trabalho. Todo esse envolvimento teve início quando o Min. Caputo Batos criou o grupo de estudos dentro do espaço do TST para a discussão de temas relativo ao direito portuário e marítimo, que culminou com a criação da academia nacional para se discutir o direito portuário e o direito marítimo.

Neste capítulo tratarei da prevalência do negociado sobre o legislado, Tema 1046 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal e os seus reflexos na relação de trabalho portuário.

Sabemos que a negociação coletiva, da qual resultam os acordos e os contratos coletivos, é de suma importância para o direito do trabalho e mais ainda para o trabalho portuário, onde as condições laborais por imposição legal são todas transferidas para a negociação coletiva. Se o direito do trabalho, já tem suas peculiaridades, em face aos outros ramos do direito, com princípios próprios, com fontes próprias, o direito coletivo de trabalho e a negociação coletiva são temas específicos dentro do direito do trabalho.

A grande importância do Tema 1046 foi trazer segurança jurídica, porque havia uma grande discussão sobre o alcance dos acordos e das convenções coletivas, da validade dos acordos e das convenções coletivas. A negociação coletiva ao revés de promover a pacificação dos conflitos acabava estimulando novos conflitos, com grande judicialização, em relação à validade das cláusulas convencionais.

Na questão portuária, temos o tema da excepcionalidade ao intervalo das 11 horas, que é muito discutido na jurisprudência, uma série de ações em que se discute a validade de cláusula tratando do tema em Acordos Coletivos de Trabalho, com reflexos pecuniários e criação de passivos muito grandes dentro dos órgãos gestores de mão de obra, não só deles, mas também abrangendo até um passivo de operadores portuários que negociam acordos direto com os respectivos sindicatos.

O Supremo Tribunal Federal veio tratar da questão e trouxe com a tese do Tema 1046 uma determinada segurança jurídica, declarando a constitucionalidade dos acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação específica de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis. Não foi discutido pelo STF a constitucionalidade dos artigos 611-A e 611-B, da CLT. Foi apreciado o alcance art. 7º, XXVI da Constituição Federal, que reconhece a validade do acordo e convenção coletivos de trabalho.

Isso é importante porque ainda lemos alguns artigos, escutamos alguns atores defendendo a inconvencionalidade do negociado sobre o legislado, mas a partir do momento que o Supremo Tribunal Federal traz a constitucionalidade dos acordos e das convenções, possibilitando a redução sem concessão recíproca específica, ficou ultrapassada a questão da convencionalidade, uma vez que a própria OIT prestigia a negociação coletiva, por meio das Convenções 98 e 154, ambas ratificadas pelo Brasil.

No *leading case*, o STF deixou claro que não há que se falar em dissecação de cláusulas na negociação porque tem que ser analisado com base na teoria do conglobamento, ou seja, como um todo, às vezes um reajuste, às vezes uma equipe, a composição de um terno, isso tudo visa

compensar os trabalhadores e a limitação a um direito estabelecido na fonte heterônoma de direito do trabalho.

É mais vantajoso aos trabalhadores, considerando inclusive a adequação setorial do direito portuário do trabalho, das categorias portuárias. Então tem que se olhar para o direito portuário, não considerando todas as áreas de atividade econômica e sim atividade específica portuária. E ela tem especificidades muito relevantes que, muitas vezes, um direito previsto na legislação geral da CLT pode não ser tão interessante para a categoria profissional, para os trabalhadores, e sim a vantagem de outros direitos que o setor empresarial possa estar concedendo.

Este tema de repercussão geral é muito importante para o setor portuário porque traz segurança jurídica necessária para o desenvolvimento da negociação coletiva, transferindo aos atores sociais o protagonismo no estabelecimento das condições de trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema, deixou muito claro e mandou um recado para o Poder Judiciário no sentido que não via com bons olhos a atuação do Poder Judiciário, anulando cláusulas desvantajosas aos trabalhadores, mas mantendo todas as vantagens atribuídas pelo setor empresarial. Porque não incentivava a negociação coletiva e acabava criando obstáculos à negociação coletiva, o que na prática se verificou.

Os sindicatos representativos das categorias econômicas não tinham mais interesse em negociar com os sindicatos profissionais porque, posteriormente, aquelas negociações, aquelas cláusulas eram todas discutidas em ações individuais, gerando um passivo trabalhista, que acaba não ajudando as negociações entre as categorias profissionais e dos empregadores.

O Supremo, no tema, determinou um balizamento da atuação da Justiça do Trabalho quando da apreciação da negociação coletiva e, nesse balizamento, ele determinou que a Justiça do Trabalho não deve aplicar o princípio da proteção porque no direito na negociação coletiva prevalece o princípio da equivalência das partes, então deve-se prestigiar a autonomia coletiva privada. É diferente a relação do direito coletivo em comparação com a relação individual do trabalho.

Também determinou que não se deve buscar uma análise de concessões recíprocas, aplicar a teoria do conglobamento e, por último, determinou que deve ser respeitado apenas os direitos absolutamente indisponíveis.

O que são direitos absolutamente indisponíveis é o grande tema de discussão, acreditamos que o Min. Gilmar Mendes, quando apresentar seu voto, deve esclarecer esta questão. Lembrando que o voto ainda não foi publicado. Apesar disso, é importante ressaltar que a simples certidão do tema de repercussão geral já traz a sua aplicabilidade imediata, obrigatória por todos os atores sociais e por todo o poder judiciário.

Então, os juízes do trabalho de primeiro grau, os tribunais regionais já devem aplicar o tema de 1946, não há necessidade de esperar a decisão do *leading case*, do processo que deu origem ao tema de repercussão geral. Quais seriam esses direitos absolutamente indisponíveis?

A leitura que faço do voto do Min. Gilmar é que seriam os direitos constitucionalmente garantidos, previstos no artigo 7º, de forma fechada, sem previsão de negociação, uma vez que o próprio artigo 7º já tem direitos constitucionais abertos em que é possível a negociação.

Então, ele traz a possibilidade de redução de salário, traz a possibilidade de redução de jornada, de compensação de jornada, traz a possibilidade de alteração de turnos, de aumento da jornada nos turnos ininterruptos de trabalho, ou seja, cláusulas constitucionais abertas.

Entendemos ainda que a Justiça do Trabalho deve se balizar a sua atuação no respeito aos tratados de direitos humanos, porque esses tratados ratificados pelo Brasil se internalizam no direito interno e devem ser respeitados porque são compromissos assumidos pelo Estado brasileiro.

E por último, mesmo não tratando da reforma trabalhista, esta veio balizar nos artigos 611-A e 611-B, da CLT, estabelecer os limites também da negociação. Então, acredito que a Justiça do Trabalho deve seguir esse caminho.

Ao fazer uma pesquisa nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, constatei que as turmas têm caminhado no sentido de reconhecer a aplicabilidade, inclusive reformando decisões que anulavam cláusulas de norma coletiva relativas à remuneração e à jornada de trabalho, em atendimento ao direcionamento do Supremo Tribunal Federal, acolhendo e aplicando o tema de repercussão geral 1046.

Capítulo 21

A APLICAÇÃO DO TEMA 222 DA REPERCUSSÃO GERAL E O ADICIONAL DE RISCOS PARA O TRABALHADOR PORTUÁRIO

Alexandre Luiz Ramos

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (1993). Mestre e doutor em Direito do Trabalho, ambos pela UFSC.

21.1. Introdução

Em 2002, um grupo de 604 trabalhadores avulsos do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina apresentaram várias ações plúrimas que foram reunidas sob o número 8700-54.2002.5.09.0022 - *leading case* do Tema 222 (RE 597124), postulando o recebimento do adicional de riscos e, sucessivamente, a condenação do operador portuário e do OGMO ao pagamento do adicional de periculosidade ou de insalubridade.

A sentença rejeitou o pedido de adicional de riscos, sob o fundamento de não ser aplicável ao trabalhador avulso. Com fundamento na prova pericial, rejeitou também o pedido de adicional de periculosidade e deferiu o de adicional de insalubridade, em grau médio, e reflexos.

O Tribunal Regional do Paraná, julgando os recursos ordinários das partes, substituiu a condenação do adicional de insalubridade pelo adicional de riscos.

As reclamadas apresentaram recurso de revista, que, julgado pela 6ª Turma do TST, deu-lhes provimento para restabelecer a sentença. Os reclamantes apresentaram recurso de embargos para a SbDI-1. No tema do adicional de riscos, a Subseção conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional.

Houve apresentação de recurso extraordinário pelo OGMO e pelo operador portuário. Nas premissas fáticas consideradas pela SbDI-1, consta a de que os trabalhadores avulsos laboravam ao lado ou muito próximos dos trabalhadores permanentes que recebiam o adicional de riscos, ao assentar que: "...trabalhador avulso que labora ao lado ou muito próximo deste (trabalhador típico ou permanente) que o recebe...":

PONTUAÇÃO. ADICIONAL DE RISCO. EXTENSÃO AO TRABALHADOR AVULSO. POSSIBILIDADE. 1. A questão trazida a debate diz respeito à possibilidade, ou não, de extensão do adicional de risco portuário ao trabalhador avulso. 2. A tese proposta na divergência, que autorizou o conhecimento do Recurso de Embargos, vai de encontro à que foi defendida no tema prescricional, pois a igualdade substancial atribuída ao trabalhador avulso (CF, art. 7º, XXXIV) garante-lhe todos os direitos e vantagens que são deferidas ao trabalhador portuário com vínculo empregatício permanente, nos termos da máxima latina "*ubi eadem ius, ibi idem dispositio*" (onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição legal). 3. Ademais, o simples fato de o art. 14 da Lei 4.860/1965 somente prever o pagamento do adicional de risco para o trabalhador portuário típico, não se mostra como fator impediente para que o direito seja estendido ao trabalhador avulso que labora ao lado ou muito próximo deste que o recebe, por força do aludido preceito, não se tratando de imprimir eficácia geral à norma especial, mas, sim, observância aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que se trata de

trabalho prestado em condições semelhantes de sujeição ao risco portuário, devendo, inclusive, ser lembradas as regras jurídicas estabelecidas nos arts. 4.º e 5.º da L.I.C.C. e 8.º da CLT. 4. Nesse sentido, aliás, é a diretriz abraçada pela Orientação Jurisprudencial 316 desta col. Seção Especializada, segundo a qual “o adicional de risco dos portuários, previsto no art. 14 da Lei nº 4.860/65, deve ser proporcional ao tempo efetivo no serviço considerado sob risco e apenas concedido àqueles que prestam serviços na área portuária.”. **É dizer, para a percepção do adicional de risco, basta prestar serviço na área portuária, independentemente da relação jurídica que une o prestador de serviços, se trabalhador com vínculo empregatício permanente ou avulso.** 5. Assim, deve ser restabelecido o acórdão regional, no particular, que deferiu o adicional de risco portuário ao trabalhador avulso. Recurso de Embargos provido” (E-ED-RR-8700-54.2002.5.09.0022, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 28/03/2008).

No julgamento do recurso extraordinário, o STF negou-lhe provimento, mantendo o entendimento da possibilidade dos trabalhadores avulsos receberem o adicional de riscos, em acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ADICIONAL DE RISCOS. ISONOMIA CONSTITUCIONAL EXPRESSA. ARTIGO 7º, XXXIV, CRFB.

1. A regulação da atividade portuária por meio de legislação específica ocorreu para garantir aos trabalhadores que prestam serviços nas instalações portuárias direitos inerentes ao exercício das atividades que lhe são notoriamente peculiares.
2. O fato de os trabalhadores portuários avulsos sujeitarem-se a um regime de exploração diferenciado daqueles trabalhadores portuários com vínculo permanente não autoriza tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, de modo que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa.
3. Sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente, o adicional de riscos também é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso, considerando o disposto no artigo 7º, XXXIV, da Constituição da República.
4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 597124, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-256 DIVULG 22-10-2020 PUBLIC 23-10-2020)

A dúvida que se apresenta é saber se a tese fixada pelo STF autoriza a extensão automática do adicional de riscos para os trabalhadores portuários avulsos ou, para conceder o pagamento do referido adicional, é preciso haver um trabalhador com vínculo recebendo e desde que ambos trabalhem sob as mesmas condições.

Pois bem. O adicional de riscos foi instituído pelo art. 14 da Lei 4.860, de 26 de novembro de 1965, lei que regulamentou o regime de trabalho de servidores públicos e empregados públicos nos portos organizados. Naquele momento, a operação portuária era explorada diretamente pelo Poder Público (administração portuária). Tal modelo foi alterado pelo advento da Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (Lei de Modernização dos Portos), que determinou a transferência da

operação portuária para a iniciativa privada, e que por sua vez foi revogada pela vigente Lei 12.815, de 5 de junho de 2013.

Dispõe o referido dispositivo da Lei de 1965:

Art. 14. A fim de remunerar os riscos relativos à insalubridade, periculosidade e outras porventura existentes, fica instituído o "adicional de riscos" de 40% (quarenta por cento) que incidirá sobre o valor do salário-hora ordinário do período diurno e substituirá todos aqueles que, com sentido ou caráter idêntico, vinham sendo pagos.

§ 1º Este adicional somente será devido enquanto não forem removidas ou eliminadas as causas de risco.

§ 2º Este adicional somente será devido durante o tempo efetivo no serviço considerado sob risco.

§ 3º As Administrações dos Portos, no prazo de 60 (sessenta) dias, discriminarão, ouvida a autoridade competente, os serviços considerados sob risco.

§ 4º Nenhum outro adicional será devido além do previsto neste artigo.

§ 5º Só será devido uma única vez, na execução da mesma tarefa, o adicional previsto neste artigo, mesmo quando ocorra, simultaneamente, mais de uma causa de risco.

Sob a vigência da Lei 4.860/65, a operação portuária era explorada diretamente pela administração portuária, através de servidores públicos ou empregados públicos, na atividade de CAPATAZIA - sendo aplicada de forma supletiva o Estatuto dos Funcionários Públicos, aos primeiros, e a legislação trabalhista, aos segundos.

A força de trabalho suplementar de capatazia e de estiva, conferência, conserto, vigilância e bloco era intermediada pelo sindicato.

Com o advento da Lei 8.630/93, a administração dos portos ficou com a função de autoridade portuária, passando a operação portuária para a iniciativa privada, mediante licitação, estrutura mantida pela atual Lei 12.815/13.

Até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Tema 222 da repercussão geral (03/06/2020), a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, desde 2009, havia se consolidado no sentido de que o “trabalhador avulso não tinha direito ao adicional de riscos”, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965.

Parece claro na tese fixada no Tema 222 da repercussão geral, que, pela dicção expressa do art. 7º, inc. XXXIV - *isonomia de direitos* -, a natureza do contrato (com vínculo ou avulso) não pode ser impedimento para o recebimento pelo trabalhador avulso do adicional de riscos, sempre que, “...nos mesmos termos...”, “...for pago ao trabalhador com vínculo permanente...”. Ou seja, a tese do Tema 222 não autoriza a aplicação automática do adicional de riscos, exigindo que haja concretamente quebra de isonomia pelo fato de haver um trabalhador com vínculo recebendo o adicional e o avulso, atuando nas mesmas condições de trabalho, não. Nesta hipótese, a natureza avulsa do vínculo não pode ser empecilho para o pagamento do adicional também ao avulso.

Entendo que o Tema 222 da repercussão geral exige duplo requisito para extensão do adicional de riscos aos trabalhadores portuários avulsos, quais sejam: (i) trabalhador com vínculo permanente recebendo o adicional de riscos e (ii) haver atuação do trabalhador avulso nas mesmas condições do primeiro (“...nos mesmos termos...”). Se não há empregado com vínculo permanente recebendo o adicional de riscos, não há paradigma com o qual confrontar eventual desigualdade (quebra da isonomia) e não é possível estender o referido adicional do trabalhador avulso.

Esta é a clara conclusão do eminentíssimo relator no STF, Min. Edson Fachin:

A norma constitucional tem nítido caráter protetivo da igualdade material entre as categorias de trabalhadores com vínculo e os avulsos, de forma que se o adicional de riscos é devido ao trabalhador portuário com vínculo, seja ele servidor ou empregado, também deve ser devido ao trabalhador portuário avulso que esteja laborando nas mesmas condições.

O eminente Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o Relator, Min. Edson Fachin, aduzindo - para deixar claro o cabimento do referido adicional que:

O que se afigura como critério ensejador do recebimento do adicional é a verificação da condição de prestação de serviço, seja pelo trabalhador com vínculo permanente, seja o avulso; se está sendo realizado nas mesmas funções e sob as mesmas condições. A partir dessas constatações, com base nos princípios e preceitos constitucionais trabalhados no presente recurso ordinário, princípio da legalidade, isonomia de direitos entre todos os trabalhadores - não só o art. 5º, na sua fórmula genérica, mas o art. 7º, inciso XXIII, a meu ver, não há como negar o direito de percepção do adicional de risco, independentemente do vínculo. Acompanho o Ministro-Relator, fazendo apenas uma complementação para que não haja nenhuma dúvida com relação ao meu posicionamento. O eminente Relator diz: Sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente o adicional de riscos, é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso que exercer as mesmas funções e sob as mesmas condições. É importante salientar isso, porque, da tribuna, foi dito por alguns dos Advogados que eventualmente há essa contratação para serviços administrativos, onde não existe nenhum risco. Portanto, há a necessidade de deixarmos bem claro quem terá os mesmos direitos. O vínculo não será um requisito impeditivo para percepção desse adicional, desde que exerça as mesmas funções e sob as mesmas condições.

Na mesma linha de argumentação, acompanhando o voto-condutor do Relator, o Min. Roberto Barroso acentua que:

Entendo da mesma forma, com este acréscimo feito pelo Ministro Alexandre de Moraes, não é uma benesse, exige-se que os avulsos estejam no desempenho das mesmas funções e sob as mesmas condições para que façam jus ao adicional. Penso que esse também seja o entendimento do eminente Relator, de modo que eu o estou acompanhando.

Também o Min. Luiz Fux assevera que:

Mas, se estão exatamente nas mesmas condições, a moldura do art. 7º evita que haja esse tratamento diferenciado de gratificar uns e não gratificar outros, muito embora o Tribunal Superior do Trabalho não estenda ao trabalhador avulso o pagamento em dobro de remuneração das férias concedidas. A própria Justiça do Trabalho faz essa distinção.

O Min. Ricardo Lewandowski aduz, na mesma linha:

No entanto, sensível ao adendo que fez o Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que o princípio da isonomia previsto na Constituição, aliás, universalmente reconhecido, pode e deve, sim, aplicar-se àqueles

A aplicação do tema 222 da repercussão geral e
o adicional de riscos para o trabalhador portuário

que trabalham exatamente nas mesmas condições. Acompanho o Relator, com as achegas agora trazidas pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O adicional de riscos pressupõe, assim, que haja constatação (comprovação) de que empregado com vínculo permanente esteja recebendo o adicional, que “...também deve ser devido ao trabalhador portuário avulso que esteja laborando nas mesmas condições”, caso em que, a natureza do vínculo (permanente ou avulso) não poderá ser empecilho (requisito impeditivo) ao pagamento - também - do adicional ao avulso.

O adicional de riscos não será devido com fundamento em perícia constatando condições de periculosidade, insalubridade ou penosidade, mas sim quando houver prova do recebimento pelo trabalhador com vínculo do referido adicional e o trabalhador avulso atuar nas mesmas condições de trabalho.

A adoção do critério de perícia contraria frontalmente a Tese com efeito vinculante e eficácia “erga omnes” do STF, pois estaria passando ao largo dos pressupostos fixados pela tese (isonomia entre permanente e avulso).

Observo que essa concepção foi expressamente rejeitada pelo STF. A revelar tal compreensão, dos 5 embargos de declaração apresentados, dois deles postularam a alteração da tese para fixar tese no sentido de aplicação automática do mencionado adicional.

A Federação Nacional dos Estivadores - FNE apresentou embargos de declaração e postulou a alteração da tese, para que passasse a ter a seguinte redação: “Sempre que exposto a atividade portuária de risco, o adicional de riscos é devido ao trabalhador portuário avulso, assim como ao trabalhador contratado com vínculo permanente”, ou seja, para que extensão automática aos trabalhadores avulsos, sem necessidade de comprovação da existência de trabalhador com vínculo permanente recebendo e trabalhando nas mesmas condições.

Tais embargos de declaração foram rejeitados. No voto vencedor do eminentíssimo Relator, Min. Edson Fachin, restou assentado que:

Neste ponto, é relevante ressaltar que o aresto foi bem conclusivo ao afirmar que:

“A norma constitucional tem nítido caráter protetivo da igualdade material entre as categorias de trabalhadores com vínculo e os avulsos, de forma que se o adicional de riscos é devido ao trabalhador portuário com vínculo, seja ela servidor ou empregado, também deve ser devido ao trabalhador portuário avulso que esteja laborando nas mesmas condições.”

Reafirmando a compreensão fixada na tese, o relator esclarece que:

Basta a leitura do que foi assentado ao longo do julgamento para compreender-se que a Lei 4.860/1965 não autoriza, de forma direta e expressa, extrair-se proibição de reconhecer-se, presentes as condições fáticas necessárias, o direito ao adicional de riscos aos trabalhadores portuários avulsos.

Para que não haja dúvida do que restou julgado pelo STF, os embargos declaratórios foram julgados em voto assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 222. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ADICIONAL DE RISCOS. ISONOMIA CONSTITUCIONAL EXPRESSA. ARTIGO 7º, XXXIV, CRFB. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CASO.

EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Sessão Virtual realizada em 03.06.2020, de minha relatoria, ao analisar o mérito dos autos do recurso extraordinário, por meio da sistemática da repercussão geral (Tema 222), fixou a seguinte tese: "Sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente, o adicional de riscos é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso". 2. Conforme assentado no julgamento, a leitura adequada do dispositivo legal à luz do regime inaugurado expressamente pelo art. 7º, XXXIV da Constituição Federal de 1988, impõe que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos. 3. Nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente nos casos de obscuridade, contradição ou omissão da decisão impugnada, bem como para corrigir eventual erro material. 4. Merece ser acolhido o pedido para a correção do erro material apontado, visto que houve no acórdão a citação, em trechos, da Lei 4.830/65, ao invés da Lei 4.860/65. 5. Os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão do assentado em paradigma de repercussão geral, com pretensão de efeitos infringentes, mesmo que a título de reparar equívocos fáticos e normativos, os quais foram suscitados no curso do processo e devidamente enfrentados e valorados pela corrente majoritária do STF. 6. Além disso, não ficou demonstrada a ocorrência de motivos excepcionais de interesse social ou de segurança jurídica que ensejariam à pretendida modulação de efeitos da decisão proferida sob a sistemática da repercussão geral. 7. Embargos de declaração acolhidos parcialmente apenas para sanar erro material apontado, sem a atribuição de efeitos modificativos. (RE 597124-ED, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-111 DIVULG 09-06-2021 PUBLIC 10-06-2021).

Da mesma forma, o STF rejeitou o pedido de modulação (efeito *ex nunc*) formulado pela Associação Brasileira dos Terminais Portuários – ABTP, pelo Órgão de Gestão de Mão de Obra do Serviço Portuário Avulso do Porto Organizado de Paranaguá – OGMO/PR.

Novos embargos de declaração foram opostos pelo OGMO e rejeitados, em 05/12/2022. Por ora, a tese fixada no Tema 222 da repercussão geral encontra-se estabilizada e vem sendo aplicada por todos os órgãos do Poder Judiciário.

21.2. A aplicação do Tema 222 pelo TST

Após a fixação da tese no Tema 222 da repercussão geral, a primeira decisão do TST que enfrentou sua aplicação foi proferida pela 3ª Turma, no sentido de "condenar os reclamados ao pagamento de adicional de risco estabelecido no art. 14, da Lei. 4.860/1965 ao autor, conforme se apurar em regular liquidação de sentença", em voto assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ADICIONAL DE RISCO. EXTENSÃO. ISONOMIA. ADEQUAÇÃO AO ENTENDIMENTO CONSAGRADO PELO C. STF - TEMA 222 DE REPERCUSSÃO GERAL NO C. STF - RE 597124/PR. O posicionamento desta Corte era no sentido de que o adicional de risco portuário não seria extensivo aos trabalhadores avulsos (caso do autor), considerando que não são empregados ligados à administração do porto, uma vez que o adicional de risco previsto pela Lei nº 4.860/65 seria devido exclusivamente aos portuários, assim considerados os trabalhadores com vínculo de emprego com a "Administração do Porto", para repetir a expressão do artigo 19 daquele diploma legal. Entretanto, o C. Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no julgamento do RE 597124/PR - Tema nº 222, fixou o entendimento de

que "O fato de os trabalhadores portuários avulsos sujeitarem-se a um regime de exploração diferenciado daqueles trabalhadores portuários com vínculo permanente não autoriza tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, de modo que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa" (destacado). Desse modo, a decisão recorrida viola o art. 7º, XXXIV, da CF. Recurso de revista conhecido por violação do art. 7º, XXXIV, da CF, e provido. Conclusão: Agravo conhecido e provido; agravo de instrumento conhecido e provido e recurso de revista conhecido por violação do art. 7º, XXXIV, e provido" (RR-1284-80.2017.5.09.0322, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19/03/2021).

Este processo (1284-80.2017.5.09.0322) encontra-se para julgamento do agravo interno em face da decisão da Presidência da 3ª Turma que denegou seguimento ao recurso de embargos, sob minha relatoria.

A segunda decisão que analisou o Tema 222 foi da 6ª Turma, que, a partir da decisão do STF reconhecendo isonomia de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o avulso e da inexistência de análise das premissas fáticas no caso concreto, deu provimento ao recurso de revista “*para reformar o acórdão do TRT, que determinava a impossibilidade da extensão do adicional de risco ao portuário, e determinar o retorno dos autos àquela Corte para que julgue o tema em debate analisando os fatos e provas do caso concreto, sob a perspectiva do novo entendimento do STF quanto à questão.*”, em voto assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. LEI. 13.467/2017. ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. EXTENSÃO. POSSIBILIDADE. TEMA 222 DE REPERCUSSÃO GERAL NO C. STF - RE 597124/PR. 1 - O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no julgamento do RE 597124/PR - Tema nº 222, em 03/06/2020, fixou o novo entendimento de que "O fato de os trabalhadores portuários avulsos sujeitarem-se a um regime de exploração diferenciado daqueles trabalhadores portuários com vínculo permanente não autoriza tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, de modo que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa". 2 - A tese vinculante do STF reconhece a isonomia quando o trabalhador portuário avulso implementa as condições legais específicas. No caso concreto, nas instâncias ordinárias não foram examinadas as condições probatórias relativas ao reclamante em razão da aplicação do entendimento em tese de que não haveria direito à isonomia. Logo, é necessário determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho para seguir no exame do tema. 3 - Recurso de revista a que se dá provimento" (RR-1595-95.2017.5.09.0411, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 06/08/2021).

No caso em tela, o TRT da 9ª Região rejugando a questão como determinado pela 6ª Turma, rejeitou o pedido de adicional de riscos, sob o argumento de que “Não tendo o empregado, contudo, comprovado que, no seu local de trabalho, laborava nas mesmas condições de empregado portuário

que recebia o adicional de risco (arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC), não faz jus ao percebimento da parcela.”

O reclamante apresentou recurso de revista, que não foi conhecido por decisão monocrática, de 22/09/2022, sob o fundamento de que “não há como se aplicar ao reclamante o entendimento do STF porquanto não foi demonstrado o pagamento do adicional de risco aos trabalhadores portuários com vínculo permanente.” Houve apresentação de agravo interno, pendente de julgamento.

Contudo, foi 4^a Turma do TST que, pela primeira vez (em 08/09/2021), abraçou o entendimento da exigência do duplo requisitos para extensão do adicional de riscos ao trabalhador avulso, quais sejam: (i) demonstração de trabalhador com vínculo permanente recebendo o adicional e (ii) demonstração de trabalhador avulso laborando nas mesmas condições:

"ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. ISONOMIA. TEMA 222 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DOSTF(RE 597124/PR). EFEITO VINCULANTE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. I. O adicional de risco foi instituído por força do art. 14 da Lei nº 4.860/65, com destinação exclusiva aos empregados pertencentes às administrações dos portos organizados, nos termos do art. 19 da referida lei. Sucede que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.124/PR, apreciando o tema 222 da Tabela de Repercussão Geral, com efeito vinculante e erga omnes, fixou a seguinte tese: ... "Sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente, o adicional de risco é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso". II. Em face dos termos da tese definida pelo STF, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de risco previsto no art. 14 da Lei nº 4.860/65, em virtude do princípio da isonomia inscrito no art. 7º inciso XXXIV, da Constituição Federal. III. No caso em exame, para que o trabalhador portuário avulso tenha direito ao adicional de risco é necessário que exista trabalhador portuário com vínculo empregatício percebendo o respectivo adicional. Entretanto, no exame das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, em momento algum, há referência à existência de empregados permanentes, vinculados aos operadores portuários e à administração do porto, que recebem adicional de risco, exercendo atividades coincidentes com as do autor. Assim, não comprovados os requisitos necessários para o recebimento do adicional de risco, previsto no art. 14 da Lei nº 4.860/65, a improcedente do pedido de adicional de risco é medida que se impõe. IV. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento" (**RR-1268-53.2017.5.09.0411**, 4^a Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 10/09/2021, votação unânime e com a participação dos Ministros Ives Gandra Martins e Guilherme Caputo Bastos).

Em seguida, a 4^a Turma reafirma tal compreensão, nos seguintes termos:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.467/2017. 1. ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. ISONOMIA. TEMA 222 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Tema 222 da Repercussão Geral, decidiu que: " 1. A regulação da

atividade portuária por meio de legislação específica ocorreu para garantir aos trabalhadores que prestam serviços nas instalações portuárias direitos inerentes ao exercício das atividades que lhe são notoriamente peculiares. 2. O fato de os trabalhadores portuários avulsos sujeitarem-se a um regime de exploração diferenciado daqueles trabalhadores portuários com vínculo permanente não autoriza tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, de modo que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa. 3. Sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente, o adicional de riscos também é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso, considerando o disposto no artigo 7º, XXXIV, da Constituição da República" (RE 597124, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-256 DIVULG 22-10-2020 PUBLIC 23-10-2020). II. Segundo a tese acima aludida é possível constatar que são dois os pressupostos para o pagamento do adicional de risco ao trabalhador portuário avulso: (a) existência de trabalhador com vínculo permanente recebendo o adicional em comento; e (b) que o sujeito em questão trabalhe nas mesmas condições que o trabalhador avulso. Por evidente, se não há empregado com vínculo permanente recebendo o adicional de risco, não há paradigma com o qual confrontar eventual desigualdade. III. Não consta do acórdão regional nenhuma menção à existência de empregados permanentes, que recebem adicional de risco e exercem atividades coincidentes com as do Autor. IV. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-363-72.2020.5.17.0006, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 25/03/2022, votação unânime e com a participação dos Ministros Ives Gandra Martins e Guilherme Caputo Bastos).

Seguindo tal compreensão, de que o Tema 222 da repercussão geral não concede extensão automática do adicional de riscos aos trabalhadores avulsos, exigindo a comprovação de pagamento a trabalhador com vínculo permanente atuando nas mesmas condições do avulso, apresentam-se os seguintes julgados:

1ª Turma

"AGRAVO DO RECLAMANTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ADICIONAL DE RISCO. ISONOMIA. TEMA 222 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL RE-597124/PR. INAPLICÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDIÇÃO DE RISCO E DE PAGAMENTO DO ADICIONAL DE RISCO A EMPREGADOS COM VÍNCULO PERMANENTE QUE LABORASSEM NAS MESMAS CONDIÇÕES DO RECLAMANTE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. ÓBICE PROCESSUAL QUE IMPEDE A ANÁLISE DA MATÉRIA, A TORNAR INÓCUA A MANIFESTAÇÃO DESTA CORTE SOBRE EVENTUAL TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA. Impõe-se confirmar a decisão monocrática, mediante a qual se denegou seguimento ao agravo de instrumento da parte. Agravo conhecido e não provido" (Ag-AIRR-1266-15.2019.5.09.0411, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 18/11/2022).

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ADICIONAL DE RISCO. ISONOMIA COM EMPREGADOS PERMANENTES. TEMA 222 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF. NÃO COMPROVADA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDIÇÃO DE RISCO OU A EXISTÊNCIA DE EMPREGADOS COM VÍNCULO PERMANENTE QUE TRABALHEM NAS MESMAS CONDIÇÕES QUE O AUTOR. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126 DO TST. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA NÃO RECONHECIDA. 1. Confirma-se a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento, ainda que por outros fundamentos. 2. Embora o recorrente afirme ser "incontroverso o pagamento do adicional de risco aos trabalhadores com vínculo de emprego, bem como, o trabalho do autor no porto, e não em setor administrativo", não é possível extrair tal informação do quadro fático delineado pelo Tribunal Regional. 3. Na hipótese, o pedido de pagamento do adicional de risco foi indeferido diante da não comprovação de risco, haja vista não ter sido realizada perícia no ambiente de trabalho, bem como pela inexistência de provas de pagamento de adicional de risco a empregado com vínculo permanente que trabalhasse nas mesmas condições ou até mesmo na mesma localidade em que o autor. Logo, o indeferimento do adicional não decorreu da condição de trabalhador avulso do recorrente . 4. Inviável, portanto, aferir a violação dos dispositivos legais e/ou Constitucionais indicados pelo agravante, tampouco estabelecer dissenso pretoriano, visto que o acórdão recorrido foi proferido nos limites do julgamento proferido pelo STF no julgamento Recurso Extraordinário 597.124 (Tema 222 da Tabela de Repercussão Geral). 5. Decisão em sentido contrário demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento inadmissível nesta fase recursal de natureza extraordinária, a teor da Súmula n.º 126 do TST. Agravo a que se nega provimento" (Ag-AIRR-1261-90.2019.5.09.0411, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 21/10/2022).

2ª Turma

"RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE RISCO. TRABALHADOR AVULSO. O STF, no julgamento do RE 597124/PR - Tema nº 222 da Tabela de Repercussão Geral, fixou o entendimento de que "o fato de os trabalhadores portuários avulsos sujeitarem-se a um regime de exploração diferenciado daqueles trabalhadores portuários com vínculo permanente não autoriza tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, de modo que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa", o que suplantou a jurisprudência desta Corte Superior, consubstanciada na OJ 402 da SbDI-1. Desta forma, resta devido o adicional de risco também ao trabalhador avulso, se cumpridas as disposições legais específicas para tanto. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1126-25.2017.5.09.0322, 2ª Turma, Relator Ministro Sergio Pinto Martins, DEJT 19/12/2022). "...dar-lhe provimento para reconhecer a viabilidade de percepção do adicional de risco por trabalhador portuário avulso e determinar o retorno ao Juízo do Trabalho de origem para que julgue o tema em debate analisando os fatos e provas do caso concreto, sob a perspectiva do novo entendimento do STF quanto à questão."

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEIS Nº 13.015/2014 E 13.467/2017. IN 40. ADICIONAL DE RISCO. TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE.

EXTENSÃO AO TRABALHADOR AVULSO. TEMA 222 DA REPERCUSSÃO GERAL. ÓBICES DAS SÚMULAS 126 E 333 DO TST. Na hipótese, pelo contexto fático delineado no acórdão regional, este se mostra em consonância com a atual e notória jurisprudência desta Corte Superior, uma vez que, para aplicação do tema 222 da tabela de repercussão geral, há que se preencherem os seguintes requisitos: I. Existência de trabalhador permanente que aufira o adicional de risco; II. Mesmas condições de trabalho entre o trabalhador avulso e o trabalhador permanente. Em sede de agravo, o reclamante reitera o argumento da extensão do adicional de risco aos portuários avulsos. Destarte, observa-se que a parte agravante não obteve êxito em desconstituir os fundamentos da decisão ora agravada, uma vez que, na situação, não há registro de trabalhador que aufira o adicional, bem como não são as mesmas condições de trabalho entre avulso e permanente. A revisão de tal conclusão esbarra no óbice previsto na Súmula 126 do TST. Ademais, a decisão regional está de acordo com a atual, notória e iterativa jurisprudência desta Corte Superior, o que inviabiliza o prosseguimento do recurso com base na Súmula 333 do TST. Precedentes. Agravo conhecido e não provido " (Ag-RRAG-1345-92.2019.5.12.0028, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 21/10/2022).

3ª Turma

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. LEIS N°S 13.015/2014 E 13.467/2017 ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. TRANSCENDÊNCIA RECONHECIDA. 1. A discussão dos autos gira em torno da aplicabilidade do adicional de risco, previsto no art. 14 da Lei 4.860/65, aos trabalhadores avulsos portuários. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 597.124/PR - Tema 222 da Tabela de Repercussão Geral -, fixou a seguinte tese jurídica: " Sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente, o adicional de risco é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso " (Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, publicado em 23/10/2020). 3. Assim, nos termos da tese definida pelo STF, a extensão do adicional de risco portuário ao trabalhador avulso não é automática, mas pressupõe a concomitância de dois requisitos: i) existência de outro trabalhador com vínculo permanente que aufira o adicional de risco; e ii) que exerce as mesmas funções e esteja nas mesmas condições de trabalho do trabalhador avulso, caso em que a natureza do vínculo (permanente ou avulso) não poderá ser requisito impeditivo ao pagamento do adicional ao avulso. 4. Desse modo, diante da ausência de demonstração dos requisitos necessários para o recebimento do adicional de risco previsto no art. 14 da Lei 4.860/65, porquanto não demonstrada a existência de empregados permanentes, que recebam adicional de risco e exercem atividades coincidentes com as do reclamante, a Corte de Origem decidiu em conformidade com entendimento fixado no Tema 222 da Tabela de Repercussão Geral do STF. Recurso de revista de que não se conhece." (RR-1254-69.2017.5.09.0411, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 10/06/2022, votação unânime e com a participação dos Ministros Maurício Godinho Delgado e José Roberto Freire Pimenta).

4^a Turma

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. 1. ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. ISONOMIA. TEMA 222 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF (RE 597124/PR). EFEITO VINCULANTE. AUSÊNCIA DE NOTÍCIA DA EXISTÊNCIA DE TRABALHADOR COM VÍNCULO PERMANENTE RECEBENDO O ADICIONAL EM COMENTO, NA HIPÓTESE. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE DENEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. I. Fundamentos da decisão agravada não desconstituídos. II. Agravo de que se conhece e a que se nega provimento, com aplicação da multa de 5% sobre o valor da causa atualizado, em favor da parte Agravada, com fundamento no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015" (Ag-AIRR-1276-30.2017.5.09.0411, **4^a Turma**, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 28/10/2022).

5^a Turma

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.467/2017. ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. TEMA 222 DE REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA 126/TST. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA NA DECISÃO AGRAVADA. Caso em que o Tribunal Regional manteve a sentença, na qual julgado improcedente o pedido de pagamento do adicional de risco ao fundamento de que " as normas coletivas que fixam as regras e repercussões pecuniárias da categoria profissional, nada mencionam a respeito do adicional de risco. " O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 597124/PR (tema 222), em sede de repercussão geral, firmou novo entendimento no sentido de que " o fato de os trabalhadores portuários avulsos sujeitarem-se a um regime de exploração diferenciado daqueles trabalhadores portuários com vínculo permanente não autoriza tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, de modo que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa ". Na hipótese presente, contudo, não há como aplicar o entendimento do STF, porquanto não é possível extrair do acórdão regional que havia, de fato, o pagamento do adicional de risco aos trabalhadores portuários com vínculo permanente, premissa fática necessária para se aplicar a decisão do STF. Incidência da Súmula 126/TST ao processamento do recurso de revista. Arrestos inespecíficos não autorizam o processamento do recurso de revista (Súmula 296/TST). Nesse contexto, não afastados os fundamentos da decisão agravada, nenhum reparo enseja a decisão. Agravo não provido, com acréscimo de fundamentação" (Ag-AIRR-58-28.2019.5.12.0050, 5^a Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 09/12/2022).

6ª Turma

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. PREJUDICADO O EXAME DOS CRITÉRIOS DE TRANSCENDÊNCIA. ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. ISONOMIA. TEMA 222 DE REPERCUSSÃO GERAL FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO RE 597 . 124/PR. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST . Esta Corte Superior possuía o entendimento de que o adicional de risco, previsto na Lei 4.860/65, era devido exclusivamente aos portuários, assim considerados os trabalhadores com vínculo de emprego com a "Administração do Porto", consoante prevê o artigo 19, não sendo devido aos trabalhadores portuários avulsos. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no julgamento do RE 597 . 124/PR - Tema 222, em 03/06/2020, fixou o novo entendimento de que "o fato de os trabalhadores portuários avulsos sujeitarem-se a um regime de exploração diferenciado daqueles trabalhadores portuários com vínculo permanente não autoriza tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, de modo que, uma vez implementadas as condições legais específicas, ao trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa". Porém, in casu , não há como se aplicar ao autor o entendimento do STF , porquanto não foi demonstrado o pagamento do adicional de risco aos trabalhadores portuários com vínculo permanente. Note-se que o TRT entendeu que o reclamante não demonstrou que no seu local de trabalho (Porto de Antonina) trabalhasse portuário na categoria de arrumador (capatazia) da APPA que recebesse o adicional de risco. O Regional consignou que não ficou "demonstrado o pagamento de adicional de risco a empregados com vínculo permanente que laborem nas mesmas condições em que o autor." Precedente da Sexta Turma em caso semelhante. Destaque-se, por fim, que esta Corte Superior apenas pode valorar os dados fáticos delineados de forma expressa no acórdão regional. Assim, se a pretensão recursal está frontalmente contrária às afirmações do Tribunal Regional acerca das questões probatórias, o recurso apenas se viabilizaria mediante o revolvimento de fatos e provas, circunstância que atrai o óbice da Súmula 126 do TST. Não ficou demonstrado o desacerto da decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento. Agravo não provido, sem incidência de multa, ante os esclarecimentos prestados" (Ag-AIRR-1268-82.2019.5.09.0411, **6ª Turma**, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 06/05/2022, votação unânime e com a participação dos Ministros Lelio Bentes Corrêa e Katia Magalhães Arruda).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. LEI N° 13.467/2017. ADICIONAL DE RISCO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS. TEMA 222 DE REPERCUSSÃO GERAL NO C. STF - RE 597124/PR. 1 - O reclamante requer manifestação desta Turma no que tange à temática de ser incontroverso que os empregados com vínculo permanente da Administração portuária ao qual o reclamante estava vinculado (APPA), recebiam o adicional de risco, mesmo que não tenha sido indicado um paradigma que desempenhasse a mesma função que ele. 2 - Há manifestação expressa desta Turma no sentido de que os trabalhadores portuários avulsos tem o mesmo direito que os trabalhadores portuários com vínculo permanente, não sendo autorizado

tratamento diferenciado entre eles, pois há norma constitucional explícita e específica de igualdade de direitos, conforme o entendimento do STF, todavia, no caso dos autos não foi demonstrado o pagamento do adicional de risco aos trabalhadores portuários com vínculo permanente.

3 - Ficou registrado no acórdão desta Turma que o reclamante não demonstrou a existência de empregado com vínculo de emprego desempenhando as mesmas funções e sob as mesmas condições e que receba o adicional de risco. Desta forma não há como se considerar que a questão é incontroversa, visto que cabia ao reclamante o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito. 4 - Não constatados os vícios de procedimento previstos nos arts. 1.022 do CPC e 897-A da CLT. 5 - Embargos de declaração que se rejeitam" (ED-Ag-AIRR-1379-69.2019.5.09.0022, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda, DEJT 19/08/2022, votação unânime e com a participação dos Ministros Lelio Bentes Corrêa e Augusto César Leite de Carvalho).

7ª Turma

"TRABALHADOR DE PORTO PRIVATIVO. ADICIONAL DE RISCO PORTUÁRIO INDEVIDO. I. A parte reclamada alega que o reclamante não tem direito ao adicional de risco previsto pela Lei nº 4.860/65, uma vez que a parcela" somente foi dirigida à categoria dos portuários " e o autor não pertencia à administração do porto e sim a uma empresa privada, não pertencia à categoria profissional dos portuários nem à dos operadores portuários e dos empregados dos terminais privativos e atividades afins. II. O Tribunal Regional entendeu que o adicional de risco deve ser pago a todos que trabalham em área portuária, independentemente de ser em porto organizado ou terminal privativo, ou de realizar atividade diversa daquelas do trabalhador portuário, posto que o empregado que exerce atividades em áreas portuárias e corre os mesmos riscos que os " ' portuários' em sentido estrito " " não pode deixar de receber os benefícios somente por questões formais ". III. O entendimento do eg. TRT, de que mesmo o reclamante não exerce atividade em porto organizado, ainda assim faz jus ao adicional de risco portuário, contraria o disposto na OJ nº 402 da SBDI-1 do TST. IV. Ressalte-se que o presente caso não se enquadra na tese do Tema nº 222 da Tabela de Repercussão geral do e. STF, segundo a qual " sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente, o adicional de riscos é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso ", pois a distinção da tese proferida no Tema nº 222 com o caso vertente diz respeito à existência de norma constitucional expressa assegurar o direito de isonomia ao trabalhador avulso, o que não é o caso do autor. Deve, portanto, o recurso de revista ser provido para excluir da condenação o pagamento do adicional de risco portuário. V. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento...." (ARR-72500-70.2011.5.17.0005, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes, DEJT 19/12/2022).

"DECISÃO REGIONAL PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO (TPA). EXTENSÃO DODIREITO AO ADICIONAL DE RISCO. ISONOMIA COM OS EMPREGADOS PERMANENTES VINCULADOS À ADMINISTRAÇÃO DO PORTO. MATÉRIA PACIFICADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TEMA Nº 222 DE REPERCUSSÃO GERAL. REGISTRO FÁTICO NO ACÓRDÃO REGIONAL DE QUE O AUTOR NÃO COMPROVOU A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDIÇÃO DE RISCO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA CONSTATADA. O Tribunal Superior do Trabalho possuía

entendimento no sentido de que o adicional de risco não seria extensível aos trabalhadores avulsos que operavam nas instalações portuárias (caso do autor), em razão da interpretação conferida aos artigos 14 e 19 da Lei nº 4.860/65 (Orientação Jurisprudencial nº 402 da SbDI-1 do TST). Contudo, tal debate não comporta maiores digressões, considerando a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 597.124, que culminou com a tese do Tema nº 222, de observância obrigatória. No caso, porém, denota-se que o direito postulado foi afastado, em vista de discussão probatória. O TRT foi enfático ao afirmar que, "na hipótese dos autos, o Reclamante não logrou comprovar a prestação de serviços em condição de risco, porquanto não realizada perícia técnica com tal intuito, tampouco demonstrado o pagamento de adicional de risco a empregados com vínculo permanente que laborem nas mesmas condições em que o Autor". Em assim sendo, por aplicação da Súmula nº 126 desta Corte, o apelo não logra êxito. Agravo conhecido e não provido" (Ag-AIRR-1256-39.2017.5.09.0411, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 13/05/2022).

8ª Turma

"RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ADICIONAL DE RISCO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA CONFIGURADA. A causa cinge-se acerca da possibilidade, ou não, de extensão do adicional de risco portuário previsto no art. 14 da Lei nº 4.860/65, pago ao trabalhador portuário com vínculo de emprego permanente, ao trabalhador portuário avulso. A matéria foi objeto de decisão vinculante do STF no Tema 222 da Repercussão Geral, o que autoriza o reconhecimento da transcendência jurídica da causa (896-A, §1º, IV, da CLT. Esta Corte tinha entendimento consolidado na OJ nº 402 da SDI-1, no sentido de ser indevido aos trabalhadores avulsos o percepimento do adicional de risco, por isonomia com os trabalhadores portuários, tendo em vista a ausência de exposição às condições de risco na Administração do Porto. No entanto, o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 597.124/PR, de relatoria do Ministro Edson Fachin, analisando o tema 1.022 da Repercussão Geral, firmou a seguinte tese jurídica: " EXTENSÃO DO ADICIONAL DE RISCO PORTUÁRIO AO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. 'Sempre que for pago ao trabalhador com vínculo permanente, o adicional de risco é devido, nos mesmos termos, ao trabalhador portuário avulso '. Extrai-se do julgado que a extensão do adicional de risco portuário não é aplicável de forma indistinta a todos os trabalhadores avulsos, mas apenas àqueles que atenderem, simultaneamente, aos seguintes critérios: i) existência de trabalhador permanente que receba o adicional de risco; ii) mesmas condições de trabalho entre o trabalhador avulso e o trabalhador permanente. No caso, contudo, o Tribunal Regional do Trabalho não consignou tal premissa fática em seu acórdão a fim de que se possa examinar a incidência da tese jurídica proferida pelo e. STF. Logo, à míngua do quadro fático necessário para o enquadramento da tese, não há como identificar violação ou contrariedade aos dispositivos, tampouco havendo falar em dissenso jurisprudencial. Precedentes. Recurso de revista não conhecido" (RR-1267-44.2017.5.09.0322, 8ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 16/08/2022, votação unânime e com a participação dos Ministros Delaíde Alves Miranda Arantes e Alexandre de Souza Agra Belmonte).

Em suma, o Tema 222 da Repercussão Geral não concede direito automático ao adicional de riscos aos trabalhadores avulsos, mas sim pelo duplo requisito: (i) trabalhador portuário permanente recebendo o adicional de riscos e (ii) trabalhador avulso trabalhando nas mesmas condições de trabalho.

Pode-se dizer, contudo, que o tema está sacramentado no âmbito do TST? *Infelizmente, a resposta é negativa*, pois há pelo menos três casos pendentes de julgamento na SbDI-1.

- E-ED-RR-113300-92.2006.5.05.0121, Rel. Min. Augusto Cesar
- E-ED-ARR-85600-10.2007.5.05.0121, Rel. Min. Cristina Peduzzi
- Ag-E-ED-RR 1284-80.2017.5.09.0322, Rel. Min. Alexandre Ramos
- TODOS COM VISTA REGIMENTAL AO Min. José Roberto Pimenta

A conclusão então vigente no TST, contudo, não deixa o trabalhador portuário avulso sem proteção quanto aos agentes de risco da atividade portuária, como agentes insalubres e perigosos, pois o TPA tem direito à percepção de adicional de insalubridade e periculosidade, nos termos da legislação, normas regulamentares e de acordo com a perícia técnica a ser realizada no caso específico.

Ademais, o trabalhador avulso também é destinatário da proteção decorrente da responsabilidade civil do operador portuário por acidente de trabalho (acidente típico e doenças ocupacionais), com responsabilidade solidária do OGMO, nos termos do art. 33, § 2º da Lei 12.815/2013.

Capítulo 22

SEGURANÇA JURÍDICA E REGULAÇÃO DO TRABALHO PORTUÁRIO

Roberta Carvalhal

Diretora Jurídica e de Relações Institucionais na Wilson Sons. Advogada graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense e com MBA em Direito da Economia e da empresa pela FGV.

22.1. Introdução

O objetivo deste capítulo é abordar os desafios enfrentados pelas empresas atuantes no setor de portos, diante do atual ambiente de negócios, regulação e relações de trabalho. O intuito é complementar os conhecimentos jurídicos do jurista ou operador do direito, com um olhar atento a outros aspectos que afetam a atuação das empresas e a vida das pessoas, em especial às que trabalham no porto.

Aportar uma análise abrangente sobre os casos concretos é fundamental para solucionar, de forma decisiva, problemas reais ou mesmo para promover a transformação necessária para a superação de barreiras que entravam a sociedade.

Na minha vivência nos segmentos de portos, navegação, logística, observo que muitos problemas se repetem ou continuam, ano após ano, algumas vezes com roupagens diferentes e acabam sendo levados ao judiciário, repetidamente, em busca de soluções definitivas. Estou convencida de que somente quando tratados de forma holística, sendo a análise jurídica complementada com uma compreensão abrangente do contexto externo, que os casos serão efetivamente solucionados e findos, proporcionando transformação e evolução reais.

Por esta razão, procuro trazer aqui algumas informações sobre o contexto externo atual que afetam o desenvolvimento dos negócios das empresas e as relações que decorrem destes negócios. Procuro destacar a importância da segurança jurídica para fortalecer investimentos no país, enfatizando as operações portuárias dos terminais de contêineres.

A apresentação está organizada em 3 seções: Ambiente de Negócios, Segurança Jurídica e Operações portuárias em terminais de contêineres.

22.2. Ambiente de Negócios

Para melhor analisar contexto externo em que nos inserimos, abordo quatro vertentes, que a meu ver, são as que mais fortemente afetam o nosso ambiente de negócios: globalização; riscos crescentes; novos modelos de negócios e ESG.

22.2.1. Globalização

Estamos inseridos no mundo globalizado. Cada organização, indivíduo ou ente público precisa reconhecer que é parte integrante de um sistema global. Pode parecer datada essa assertiva “estamos inseridos em um mundo globalizado”, mas não há definição melhor para a compreensão de que qualquer evento relevante que acontece em qualquer lugar do planeta, afeta o restante. E é preciso levar isto verdadeiramente em conta.

Os negócios e atividades realizados aqui no Brasil são diretamente e muitas vezes quase que imediatamente afetados por eventos ocorridos na Ásia, Europa, ou qualquer outra parte do globo.

E o que fazemos aqui, também afeta os negócios e as pessoas de lá. Os exemplos recentes são inúmeros e na área de comércio exterior, em que atuo, saltam aos olhos. Destaco a crise logística desencadeada pela pandemia da Covid-19, em que houve falta de suprimentos em vários países da América por conta dos navios que não conseguiam ser carregados com as mercadorias nos portos da Ásia ou dos Estados Unidos.

O lockdown da China parou muitos portos e houve um caos logístico por mais de dois anos, que só está se recuperando agora. O que aconteceu lá afetou as prateleiras dos supermercados, preços de produtos comprados pelas famílias, e no âmbito dos negócios, gerou uma mudança radical na dinâmica das operações dos navios, trazendo à tona uma série de decisões de negócios por milhares de empresas que integram as cadeias de logística globais, como passar a fazer estoque de produtos ou comprar insumos relevantes para sua produção e fornecedores locais.

A pandemia deixou absolutamente claro que o que acontece na China reflete diretamente o que vivemos aqui. Um vírus que apareceu por lá, mas poderia ter aparecido em qualquer outro lugar, contaminou a população do mundo inteiro. E a crise logística nos fez compreender verdadeiramente que estamos completamente interconectados no mundo todo. E o setor de portos é a fronteira disso. É a principal conexão do Brasil com o resto do mundo.

Assim, qualquer empresa, empreendedor, profissional, em especial no setor de portos, que se fechar para o contexto externo, está deixando de considerar um componente crítico para o seu negócio. E o país que não enxergar que precisa apoiar o seu empreendedor a se relacionar com o restante do mundo da melhor forma, está prejudicando o seu próprio desenvolvimento.

22.2.2.Riscos Crescentes

Quando avaliamos o cenário externo pela ótica de riscos, devem ser sempre considerados os eventos disruptivos de guerras, pandemias, crises econômicas ou humanitárias. Embora estejamos em um canto do mundo, geralmente distantes de guerras e crises humanitárias, precisamos levar em conta os efeitos de todos estes eventos relevantes para tomar decisões de negócios, investimentos, onde gastar, como economizar, como se proteger.

Há um novo risco crescente que vem sendo apontado pelos mais diversos rankings ou mapas de risco que afeta fortemente os negócios e, portanto, não posso deixar de mencionar: o risco cibernético.

O risco cibernético aparece em notícias de imprensa e parece até algo futurista e distante. Porém, para quem trabalha dentro das empresas, sabe que o risco cibernético é realidade. Não é raro nem eventual. A maioria das empresas sofre tentativas de ataques cibernéticos diariamente. E por isso investem cada vez mais em sistemas, muita tecnologia, seguros e principalmente orientação aos seus profissionais para não serem alvos de ataque ou para reagirem rápido e assertivamente, garantindo a continuidade das operações.

Imaginem o impacto de um vírus acessar um computador de um funcionário de um terminal portuário no Brasil? Um funcionário que no seu computador acesse sistemas da Receita Federal ou de controle de cargas ou gates de acesso aos portos. Isto pode parar as redes e operações de terminais que recebem e exportam cargas no Brasil. Isto pode gerar danos imensuráveis não só para a empresa como para clientes e o próprio interesse público. Por isso, o cuidado e tratamento de riscos externos e globais é tão importante e o custo de se empreender nos dias de hoje é tão significativo.

22.2.3. Novos modelos de negócios

O terceiro pilar que destaco neste contexto externo são os novos modelos de negócio. É premente estarmos atentos e abertos às transformações que acontecem na sociedade. Como representante de uma empresa que tem 185 anos, sei que o empreendedor que não comprehende as tendências e não se antecipa às mudanças na sociedade, não consegue sobreviver a elas e não consegue garantir a longevidade da sua operação.

O grande objetivo das empresas é a longevidade. É continuar existindo e crescendo. O maior foco das empresas é perenizar e realizar longos ciclos de investimentos e prosperidade. E prosperidade só funciona se for para todos, se viabilizar mais negócios, se multiplicar a geração de valor envolvendo sua cadeia de clientes e fornecedores, gerando maior contribuição para o país seja por meio de impostos ou outras ações interesse público. O crescimento das empresas significa maior geração de empregos e mais prosperidade para as famílias.

Por isso, é foco das empresas se prepararem para lidar com as transformações sociais. Porque isto é vital para sua sobrevivência. E nos deparamos recentemente com um novo modelo de negócios que afeta as empresas, os negócios digitais. E não falo apenas dos negócios que ocorrem nos ambientes virtuais, que são realidade como os *e-commerce*.

Os setores de logística, portos e navegação também são altamente digitais. As contratações de frete, que antigamente eram feitas via conhecimento de embarque com dezenas de páginas de papel, são hoje totalmente online. As mercadorias são completamente rastreáveis desde a fábrica até o seu destino final. O setor marítimo e portuário é altamente digitalizado e automatizado. As pessoas precisam se conectar com as máquinas trabalhar em ambientes virtuais e lidar com os equipamentos para trabalhar nos portos.

Muitos trabalhadores portuários usam os tablets como ferramenta de trabalho. Por isso é inadiável a inclusão digital. É preciso manter as pessoas dentro do ambiente de trabalho, de inserção no mundo em que vivemos. Precisamos reconhecer a mudança no ambiente de trabalho para que os trabalhadores se adaptam também. Como fazer isso se a nossa legislação e o nosso judiciário reforçam categorias de trabalhadores em extinção?

Hoje em dia, grande parte das relações de trabalho são completamente diferentes do que conhecíamos até uma década atrás e regidas pela CLT. É preciso que o meio jurídico esteja atento à vanguarda das relações de trabalho. Que esteja atento à mudança na forma das pessoas contribuírem com o valor do seu trabalho e conhecimento. Compreender as atividades dos desenvolvedores de sistemas, startups de tecnologia, observar *in loco* (porque não) como trabalham, como são remunerados, como querem ser recompensados pelo seu trabalho e que tipo de flexibilidade querem para suas vidas.

Não cabe mais tratar apenas da relação entre empregado e empregador. Muitas relações mudaram, não são mais de emprego, mas sim, de trabalho. Por diversas vezes as contratações são feitas por meio de parceria, acordos de cooperação, modelos bem diferentes do tradicional contrato de trabalho descrito na lei. Isto é importante para investirmos nos melhores profissionais, para evitarmos que nossos trabalhadores sejam excluídos, para evoluirmos como sociedade e sermos competitivos como país.

22.2.4. ESG (

É uma sigla em inglês que significa *Environmental, Social and Governance*. Meio Ambiente, Social e Governança.

A sigla está em voga recentemente, mas o conceito e o compromisso com os valores de meio ambiente, sociedade e governança são bem antigos, seculares.

A diferença é que hoje, as empresas são demandadas a desenvolver ações concretas para reduzir seu impacto negativo no meio ambiente, a promover a inclusão social de todos, respeitando a diversidade, e a fazer a coisa certa, porque governança nada mais é do que fazer o que é certo e ter responsabilidade e compromisso empresarial.

Fiz questão de chamar atenção para o ESG porque é um movimento muito forte promovido pela sociedade mundial. É a forma como as empresas estão respondendo às demandas da sociedade e à necessidade premente de busca por um futuro melhor. A força crescente da sigla ESG na imprensa, nas mídias sociais, nas bolsas de valores, nos fundos de investimentos, significa que o setor empresarial e produtivo está colocando esses valores no centro das suas atividades.

Estamos vivendo um momento transformador nesta geração e é necessário reconhecer que o ESG é um exemplo de transformação social. Então, seja no setor privado, seja no setor público, cabe a nós agirmos para fortalecer e continuar impulsionando todas as iniciativas genuinamente direcionadas ao meio ambiente, sociedade e governança.

22.3. Segurança Jurídica

Passando agora para o cenário no Brasil. Segundo o *The Global Business Complexity Index Ranking 2022* promovido pelo TMF Group - GBCI 2022, um índice global que compara o nível de complexidade dos países, o Brasil é líder em complexidade. O Brasil é o país mais complexo do mundo.

Conforme o relatório da Justiça em Números emitido pelo CNJ em 2022, haviam 77,3 milhões de processos em tramitação no judiciário brasileiro ao final de 2021. Vejam a seguir painéis estatísticos do STF com outros dados que demonstram a complexidade do nosso judiciário.



Apenas a título de referência, a Suprema Corte da Nova Zelândia admitiu 157 recursos em 2021 e julgou 15 apelações segundo o Ministry's electronic Appeal Management System (AMS), <https://www.courtsofnz.govt.nz/the-courts/supreme-court/annual-statistics/>.

Estamos extremamente distantes da realidade da Nova Zelândia em diversos sentidos, mas a distância entre os números de processos nas respectivas supremas cortes é um alerta para a urgência de deixarmos de ser o país mais complexo do mundo, com um judiciário altamente sobrecarregado. Nossa cenário é destrutivo para os negócios no país e para a sociedade brasileira. O que podemos fazer para simplificar?

No que diz respeito ao ecossistema portuário, mais especificamente, temos ainda uma complexidade de atores, reguladores, intervenientes, leis próprias, normas e regulamentos.

Quem observa o porto de longe não imagina quantas atividades são desenvolvidas ali. Terminais de contêineres, terminais de granéis sólidos e líquidos, terminais de carga geral e carros

(Ro-ro). Terminais de passageiros. Agências marítimas, despachantes aduaneiros, agentes de carga, usuários (embarcadores ou donos de cargas), armadores (empresas de navegação de logo curso ou cabotagem), praticagem, rebocadores, dragas, transportadores e motoristas, recintos alfandegados, armazéns. OGMO (órgão gestor de mão de obra).

Dentre os reguladores e intervenientes das atividades portuárias, são mais de 15: Ministério dos Portos e Aeroportos, na qualidade de poder concedente de serviços portuários, Ministério dos Transportes, na qualidade de poder concedente de acessos terrestres ferroviários e rodoviários, Antaq - Agência Nacional de Transportes Aquaviários, ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres, IBAMA e órgãos ambientais estaduais e municipais, Marinha do Brasil, Capitanias dos Portos (autoridade marítima), Companhias docas (autoridades portuárias que podem ser nacionais, estaduais ou municipais), Receita Federal, Anvisa, Polícia Federal, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho, entre outros. Até, mesmo CGU e TCU, embora com competência indireta, ambos acabam afetando diretamente os serviços portuários.

Não é fácil lidar neste ambiente de alta complexidade. As interações com todos estes atores são diárias. Em muitos casos, somente um destes reguladores, apresenta duas, três opiniões ou recomendações diferentes, dependendo da jurisdição onde atua ou mesmo de posições ou interpretações pessoais. Falta uniformidade e padrão dentro do mesmo órgão.

Há ainda casos com conflitos de competência no sentido mais concreto. Há situações fáticas dirimidas pela agência legalmente competente para regulá-las em que o particular, após se submeter e atender a determinação da agência regulador, se surpreende com decisões diversas do órgão da concorrência (CADE) ou mesmo do TCU, suspendendo ou alterando a anterior.

São exemplos cabais da insegurança jurídica. Insegurança jurídica é isso, é se sentir inseguro. É não saber o que fazer. Como o empreendedor privado deve agir nestas situações? Como prosseguir quando o mesmo regulador emite posicionamentos diversos? Ou quando a orientação do regulador está sujeita a alterações externas? Será que as decisões tomadas com base no posicionamento inicial foram corretas? É seguro seguir o que determinou inicialmente o regulador?

No âmbito trabalhista também temos um universo de leis, de normas, que muitas vezes divergem entre si. E há inúmeros conflitos de interpretação, conflitos nos julgamentos. Nas relações de trabalho portuário, ora vemos uma posição, ora outra para teses relevantes. A falta de certeza causa bastante dificuldade tanto para o empregador quanto, principalmente, para o trabalhador portuário, que fica anos esperando uma solução para sua demanda.

Diante disso, a proposição que se faz para quem atua neste ambiente de alta complexidade, seja no porto ou em qualquer outro setor da economia do Brasil, é que adotemos uma posturaativa para a simplificação e redução da complexidade.

Por sermos agentes sociais nesse ambiente, vivemos e trabalhamos em meio a estas redes de entes públicos e privados, temos o dever e a possibilidade de fazer a nossa parte, e tentar, em todas as nossas ações, refletir sobre como é possível fazer de forma mais simples e objetiva, e efetivamente colocar a simplificação em prática, sempre buscando diminuir os efeitos negativos da complexidade e conferir mais segurança para a nossa sociedade.

E os representantes do setor empresarial também possuem um papel importante, que é o de promover conhecimento, trazer informação para as autoridades, para o judiciário, para o legislativo, para o executivo, enfim, demonstrar o que acontece na prática, para que as decisões e as normas realmente levem em conta o que acontece no dia a dia e sejam mais seguras e eficazes.

Na prática, o que pode ser feito para aumentar a segurança jurídica? Vou relacionar duas iniciativas práticas para a melhoria da segurança jurídica no setor de portos. A primeira delas é

o Relatório de Avaliação Concorrencial no setor de portos e aeroportos do Brasil emitido pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)¹ em 2022.

É uma iniciativa de Estado. Diversos governos que passaram, inclusive este último governo, então, independente de questões políticas, todos entendem a importância da adesão do Brasil à OCDE.

Em setembro de 2022, o CADE e OCDE promoveram o evento *National Competition Day*, que debateu leis e regulações setoriais relacionadas aos setores de aviação civil e portos no Brasil e contou com o lançamento do “Relatório de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil”, publicação focada nos setores de aviação civil e portos. Esse Relatório se originou de um estudo entre CADE e OCDE, no qual se buscou identificar barreiras regulatórias à concorrência e eficiência nos setores aéreo e portuário, e contou com a colaboração da ANAC, ANTAQ e Ministério da Infraestrutura.

O relatório, que contém diversas recomendações às autoridades brasileiras, afirma que o setor de Portos tem papel fundamental no comércio exterior do Brasil e no seu desenvolvimento econômico. Além disso, conta com um fluxo de mais de 98% das exportações brasileiras e mais de 92% das importações em termos de volume.

Dentre as diversas recomendações práticas para a melhoria do ambiente regulatório no setor de portos, destaco as seguintes:

- Considerar reduzir o número de órgãos envolvidos no processo de autorização para construir e operar instalações portuárias.
- Revisar os regulamentos e implementar processos mais eficientes e céleres para mudanças contratuais.
- Abolir o monopólio do Órgão de Gestão de Mão de Obra (OGMO) sobre o registro e fornecimento de trabalhadores portuários.
- Extinguir a exclusividade do OGMO na gestão do treinamento de trabalhadores portuários.

É preciso que se busque conhecimento sobre as políticas públicas que vem sendo discutidas para o desenvolvimento do país, e que se divulgue o que está sendo feito e discutido. É preciso que se desperte o interesse de acompanhar, discutir as proposições e caminhar no sentido de implantar o que for possível para termos um ambiente regulatório mais simples e adequado.

A segunda iniciativa que destaco é o fortalecimento de fóruns de discussão e acadêmicos com o intuito de promover conhecimento e integração entre os setores público e privado. Um deles, recém-criado em outubro de 2022 é a ABDPM - Academia Brasileira de Direito Portuário e Marítimo, que tem como objetivo promover o estudo do Direito portuário e marítimo e todas as suas intersecções com os demais ramos do Direito, através de eventos, artigos científicos, incentivo do seu estudo, sendo destinado a pessoas, autoridades e entidades públicas e privadas relacionadas ao Direito Portuário e Marítimo, por meio de colóquios, palestras, encontros, seminários, congressos e afins, além de outras atividades educacionais e de educação continuada de interesse de profissionais dessa área do Direito.

Iniciativas como esta são fundamentais para reduzir o distanciamento entre a teoria e a prática e garantir que as leis, os regulamentos, os julgamentos levem em consideração os fatores externos e as circunstâncias que mencionei anteriormente neste capítulo.

22.4. Operações portuárias em terminais de contêineres

Para finalizar, com o intuito de contribuir com maior informação sobre o porto, sobre as atividades portuárias, para que se possa ter mais dados para avaliar e dirimir conflitos e questões

1 - Disponível em: (https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/relatorios-de-avaliacao-concorrencial-da-ocde-brasil_283dc7c1-pt#page1).

envolvendo operações portuárias, me proponho a compartilhar algumas informações sobre os terminais de contêineres.

O surgimento do contêiner é um marco importante para os portos. O comércio exterior se transformou e evoluiu absurdamente a partir da invenção do contêiner na década de 1960.

O contêiner padronizou toda a logística global. O mundo inteiro utiliza as mesmas medidas, as mesmas dimensões para o transporte de mercadorias e isso foi uma revolução no mundo, tanto no ponto de vista de logística quanto no ponto de vista de trabalho. Mudou tudo.

Antes dele, as cargas eram soltas, transportadas por unidade, uma a uma. Os trabalhadores portuários levavam as mercadorias em sacas, nas suas costas, entravam enfileirados dentro dos porões dos navios, soltavam as sacas e voltavam para buscar outras.

A partir dos anos 1980, quando o contêiner entrou em franca produção, os navios mudaram de forma para se adaptarem aos contêineres, os caminhões também mudaram, todas as mercadorias “conteinerizadas”, ou seja, que possam ser acondicionadas em contêineres, passaram a ser “estufadas” nas próprias fábricas.

Os terminais portuários passaram a contar com empilhadeiras e grandes guindastes para movimentar os contêineres trazidos por caminhões dentro do pátio, nas pilhas, até o navio. Os trabalhadores portuários não são mais carregadores de sacos, estivadores, mas sim operadores de grandes equipamentos e sistemas.

Inúmeras novas tecnologias foram desenvolvidas para a melhoria e eficiência do terminal de contêineres, para aumentar o ritmo da movimentação de cargas, para que os navios embarquem e desembarquem com mais agilidade e segurança, para que as cargas fiquem melhor acondicionadas e seguras, para que os trabalhadores sejam cada vez menos expostos a riscos de acidentes ou segurança ocupacional.

Como estamos falando de operações padronizadas, os terminais do Brasil contam com os mesmos equipamentos, sistemas de informática e processos de trabalho do que qualquer outro terminal do mundo. Isto porque os navios que transitam por aqui são os mesmos que transitam em outros continentes e um contêiner que sai daqui vai para portos de qualquer lugar. A eficiência logística de toda a cadeia depende de cada porto, de cada elo desta cadeia.

Os terminais são altamente tecnológicos e sistematizados, portanto os profissionais de TI são fundamentais para a gestão dos mais de 50 sistemas necessários para o pleno funcionamento do terminal, assim como os operadores portuários precisam lidar com equipamentos tecnológicos para a conferência e controle dos contêineres, bem como os equipamentos de grande porte que movimentam os contêineres (STS – ship-to-shore; RTG – rubber tired gantry crane; TT – terminal tractors).

Quando confrontamos esta realidade de alta tecnologia e automação com o nosso arcabouço legal, temos um profundo descasamento. Hoje temos centenas de processos tramitando na justiça do trabalho acerca do adicional de risco portuário, um adicional instituído em 1965 quando ainda não haviam contêineres, terminais privados ou arrendados e a dinâmica de trabalho nos portos públicos era completamente diferente da existente hoje. Também encontramos na atual legislação portuária categorias de trabalhadores defasadas, como consertadores de carga, vigilantes de embarcações ou bloco.

Diante de tanta inovação e da enorme lacuna entre a realidade e o que está na lei, são as empresas que precisam preparar sua força de trabalho para a evolução. As empresas criam novas funções, trilhas de carreira. No caso da empresa em que atuo, chamamos de Escola de Operações. Assim, contrata-se, por exemplo, um conferente ou um auxiliar de operações, e daí ele vai construindo sua carreira no porto, vai se especializando, sendo preparado para operar equipamentos avançados e crescendo na profissão. É no terminal que um operador de trator aprende a ler os manuais, aprende a sinalização, é diariamente treinado para manejar aqueles

equipamentos de forma segura aprende a lidar com conceitos de segurança, proteção pessoal. Ele cria sua visão de carreira, de crescimento e um orgulho de galgar outras etapas da carreira operacional.

22.5. Considerações

A proposta deste capítulo foi demonstrar para um público mais afeto aos temas de natureza jurídica e dialética, um pouco dos desafios do setor empresarial nas áreas de logística portuária e navegação.

São múltiplos os fatores que afetam as decisões diárias dos empresários acerca de se fazer negócios e investir em determinada atividade, em determinado país. Os fatores externos, globais, como crises econômicas, guerras e pandemias são reais e relevantes. É preciso preparação e investimento significativos para a mitigação de riscos externos crescentes como cyber ataques.

As constantes mudanças no ambiente de negócios também são fatores externos que afetam a sobrevivência das organizações, na medida em que a sociedade vem se transformando em ritmo bastante acelerado e a forma de se fazer negócios muda também de forma dinâmica e acelerada. Veja-se o exemplo dos negócios digitais. O ESG também vem impulsionando mudanças sociais e das empresas, que passam a ser fortemente demandadas a priorizar o meio ambiente a sociedade e as melhores práticas de governança. Não basta apenas cumprir a lei, mas sim tomar uma postura proativa nestas três frentes do E, S e G.

No Brasil, as empresas enfrentam a dificuldade de investir e operar num ambiente altamente complexo, litigioso e incerto. A insegurança jurídica é um fato. Lamentavelmente, o tema da segurança jurídica ainda é pauta de tantos congressos, notícias e artigos.

Encontramos exemplos de complexidade jurídica e regulatória e de dificuldades nesta seara no setor de portos. Mas há iniciativas positivas para reverter este cenário. A OCDE fez um importante estudo dedicado ao segmento. E há outras iniciativas acadêmicas e setoriais de se fomentar o debate, a integração e a convergência de ações em prol da melhoria do setor, como é o caso da recém-criada ABDPM.

Uma forma importante de melhorar o ambiente regulatório e difundindo o que acontece na prática, buscando reduzir o “gap” entre a aplicação das normas e a realidade das operações e das pessoas. Considerando que uma visão holística sobre o contexto externo e a realidade fática é essencial para decisões jurídicas, compartilhei algumas informações sobre as atividades portuárias. Informações que reconheço insuficientes para uma completa compreensão sobre a realidade do porto, razão pela qual deixo o convite e a sugestão para que aqueles que se interessarem, procurem vídeos na internet, nas redes sociais, sites das empresas, associações de classe ou *think tanks*, como a ABDM.

Finalizo aqui com uma mensagem da Wilson Sons:

“O porto sempre foi um artigo de contas entre a terra e o mar, entre histórias e pessoas, entre o comércio exterior e o desenvolvimento. Pelos portos brasileiros, passam aproximadamente 95% das cargas que nos conectam ao mundo e impulsionam o desenvolvimento sustentável a partir da nossa potente Amazônia Azul.

Containers cruzam oceanos para abastecer a população global. Transportados por rodovias, adentram os portos brasileiros para seguirem seus destinos.

Seus embarques são agendados em terminais de containers. Asseguram a performance das operações logísticas.

Embarquem e desembarquem de cargas, movimentam e conectam culturas, negócios e vidas.

Entre mares e continentes, a mola propulsora e de maior valor para o desenvolvimento sustentável são as pessoas.

Rumo à ascensão da economia azul para transformar realidades e entregar futuros melhores.”

Capítulo 23

UM BALANÇO DOS 30 ANOS DA LEI DE MODERNIZAÇÃO DOS PORTOS

Flavia Bigi Maya Monteiro

Advogada especializada em direito empresarial, especialidade em Contratos, Societário, Project & Corporate Finance, de start-ups a grandes multinacionais. Palestrante. Preside a Women's International Shipping and Trading Association - WISTA Brazil - Associação do Setor de Shipping e Trade Internacional com foco na promoção da diversidade e inclusão.

Sobre o tema deste capítulo, quero enfatizar a abordagem do doutor Lucas Rênio¹ que também mencionou um pouco sobre a legislação relativa ao Porto, especificamente falando da regulamentação do trabalho portuário.

Foi mencionada a Lei de Modernização dos Portos de 1993, a Lei 8.630, que dentre outras coisas possibilitou ao Estado abrir mão de sua atuação privativa no setor, autorizando o arrendamento de área para a atividade portuária, ou seja, a atuação privada dentro da área do porto organizado. Essa mudança possibilitou novos investimentos e fomentou o aumento da produtividade do setor portuário.

Em virtude dessa mudança, o Estado buscou proteger o trabalhador portuário, criando a figura do OGMO, o Órgão Gestor de Mão de Obra, que passou a ter um papel relevante de registro, organização, treinamento dos trabalhadores portuários autônomos, além de intermediar as relações entre estes e os operadores portuários.

No marco temporal de 20 anos da Lei de Modernização dos Portos houve a promulgação da chamada Nova Lei dos Portos, a Lei 12.815 de 2013. O nosso porto 2.0.

Embora benéfica em muitos aspectos, a Nova Lei dos Portos apresentou um retrocesso para os terminais arrendados, que vinham podendo contratar para o seu quadro fixo trabalhadores fora do sistema OGMO, por força de súmula. A Lei 12.815, no entanto, reforçou a necessidade de requisição via OGMO em qualquer caso, o que levou a uma onda de judicialização – notadamente em circunstâncias em que haja a dificuldade de identificação do profissional adequado pela companhia.

E esse contexto acaba por gerar um ambiente de insegurança jurídica, decorrente da dependência de um entendimento do judiciário para a solução de questões de ordem prática não abordadas pela lei. Além desse aspecto, vale ressaltar a discussão concorrencial em torno de uma inovação da Lei 12.815.

A nova lei permitiu a movimentação de cargas de terceiros por terminais privado, criando um patamar novo para o porto, ampliando portanto a capacidade total de movimentação de carga no Brasil sem, contudo, vincular a contratação de trabalhadores portuários através de OGMO.

Essa mudança legislativa, embora sem dúvida benéfica para a logística do país, criou uma assimetria concorrencial entre os terminais privados e os arrendados, em razão da obrigatoriedade de requisição de trabalhadores portuários via OGMO, aplicável apenas para os terminais arrendados.

Existem opiniões distintas acerca desse ponto, mas vale mencionar o relatório da OCDE, elaborado a partir de um acordo com o CADE, que abordou bem diretamente essa questão do OGMO, usando termos bem afetos às análises concorrenenciais, tais monopólio, entraves a novos entrantes, entre outros. Dentre as suas conclusões, o relatório foi taxativo em relação à sua recomendação de extinção do OGMO.

Compartilhando minha opinião, entendo que, antes de se pensar na extinção do OGMO – um ente que tem sua função de relevância – é preciso refletirmos e discutirmos acerca do futuro

1 - Sócio da Advocacia RMM. Pós-graduado em Direito do Trabalho USP e PUC-SP. Mestrando em Direito. Professor convidado na EJUD-TRT1, ESMPU, ESA-Santos, UNISANTOS e UNISANTA. Santos, São Paulo, Brasil

dessa entidade. Devemos pensar conjuntamente, como setor, em como essa entidade pode trazer mais valor para o ecossistema portuário, notadamente as partes envolvidas nas intermediações por ela promovidas - os operadores e os trabalhadores portuários.

É preciso também refletirmos em como o formato atual impede, a contramão dos demais setores, que os operadores portuários realizem ações afirmativas para a contratação de profissionais de grupos minorizados, seja para a contratação de mulheres, seja para a contratação de pessoas com deficiência.

Caso o operador portuário fique sempre restrito aos profissionais que são registrados no OGMO, podemos ter sérios entraves no avanço de ações de diversidade, equidade, atendimento a critérios de ESG – elementos extremamente necessários para uma efetiva modernização dos Portos e para a atração de capital.

Portanto, temos mais um marco temporal se aproximando no ano de 2023, quando a Lei de Modernização dos Portos completará 30 anos, podendo então refletir sobre um Porto ainda mais inovador, o Porto 3.0.

Para finalizar, quero destacar um ponto interessante sobre a associação que represento: a WISTA Brazil. Além de Sócia da Maya Consultoria Jurídica, sou presidente da WISTA Brazil, que é uma associação de mulheres no setor marítimo portuário e de comércio exterior.

A WISTA Brazil tem o propósito de ser um *hub* de mulheres que atuam no setor e que contribuem de forma técnica para o seu crescimento. Além disso, a WISTA Brazil serve também ao propósito de acelerar a equidade de gênero no setor.

Atendendo esse propósito, aqui no Brasil, a WISTA firmou um protocolo de intenções com a ANTAQ para a coleta de informações públicas sobre o setor, para diagnosticar o contexto de equidade no Brasil. Em 2023, certamente contribuirão grandemente para a modernização do setor. Basta que saibamos aproveitar.

Capítulo 24

IMPACTOS DA TECNOLOGIA NAS RELAÇÕES PORTUÁRIAS DE TRABALHO

Breno Medeiros

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduação em Engenharia da Qualidade - MBA – Master Business Administration – pela Universidade de São Paulo- USP. Doutorado em Direito Empresarial pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE.

No tema deste capítulo, farei uma abordagem sobre a questão dos impactos da tecnologia nas relações portuárias do trabalho. Mas antes quero iniciar com uma frase de Shakespeare que sempre gosto de utilizar: “assim como não existem pessoas pequenas na vida, sem importância, também não existe trabalho insignificante”¹.

Explorarei um pouco sobre o que é trabalho redundante. Esse termo “redundante” vem da Quarta Revolução Industrial, expressão mencionada pela primeira vez por Klaus Schwab, o criador do Fórum Econômico Mundial, conforme pode-se confirmar, “acredito que hoje estamos no início de uma quarta revolução industrial”². Esta teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital.

É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel: temos um celular, com sensores menores e mais poderosos que se tornam mais baratos, e vemos a inteligência artificial e aprendizagem automática, assim como os algoritmos.

As tecnologias digitais fundamentadas no computador, softwares e redes não são novas, mas estão causando rupturas em relação à Terceira Revolução Industrial. Estão se tornando mais sofisticadas, integradas, e consequentemente transformando a sociedade e a economia global.

E o que acontece nessa Quarta Revolução Industrial?

Existe o conceito do trabalho redundante na Quarta Revolução Industrial: é aquele trabalho, aquela função que se torna dispensável, que sua ausência não interfere na produção.

Os números dos TUPs (Terminais de Uso Privado) mostram que não temos mais consertadores (de carga e descarga) em alguns TUPs; esse é um exemplo de uma atividade que não interfere na produção e foi substituída por outro modelo de atividade, decorrente das transformações inerentes ao desenvolvimento tecnológico, quando as tarefas vão sendo absorvidas pela inteligência artificial.

Basicamente, tínhamos um ser humano fazendo determinada atividade – cito isso lá no Tribunal Superior de Trabalho: quando os autos eram físicos, tínhamos sempre aqueles carregadores de processos, que pegavam um carrinho e colocavam os autos todos dentro, e os levavam de um gabinete para o outro ou para uma sala de sessão; essa função acabou, porque hoje ou o processo é eletrônico ou ele é digitalizado e, para sua movimentação, você apenas clica, você mesmo manda para a sala de sessão, e você, chegando lá, os autos já estão no computador – então, com a tecnologia, essa função se tornou redundante.

É claro que nas revoluções industriais anteriores, algumas funções também se tornaram redundantes: os cavalos foram substituídos pelos carros, o cocheiro e o cuidador de cavalos foram substituídos pelos motoristas e os mecânicos de automóveis. Da mesma forma, as lâmpadas a óleo, que antigamente, antes do surgimento da eletricidade, necessitavam de um trabalhador, cuja função era de acendedor de lâmpada a óleo. Depois do advento da eletricidade, esses acendedores

1 - Disponível em: <https://frases.tube/autor/william-shakespeare?page=6> . Acesso em: 07/03/2023.

2 - SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019 (ebook), p. 22.

se tornaram redundantes também, enquanto o mercado passou a demandar um outro profissional, que é o eletricista.

Isso mostra que todas as Revoluções Industriais anteriores também geraram trabalhos redundantes. O que gera esse trabalho redundante na Quarta Revolução Industrial?

O principal responsável é a inteligência artificial, é a tecnologia, é o uso avançado da internet, dominando essas tarefas comuns, computação em nuvem, internet das coisas.

Essa é uma questão bem interessante: a internet das coisas veio para promover uma interação homem-máquina, mas hoje a máquina tem uma interação com a própria máquina. Cito um exemplo aqui: lá atrás no analógico, tirávamos uma fotografia com aqueles rolos, 36 poses, 12 poses, 24 poses, mandávamos para revelar, passavam-se dois dias, pegávamos as fotos, não ficavam nem tão boas assim, mas esse era o analógico; então chegou aquela máquina fotográfica digital: a gente tirava a foto, olhava na telinha, mas ela ainda precisava da interação do ser humano quando, pois você queria passar isso para o seu computador, pois era necessário tirar aquele chip ou o cabo, selecionar todas aquelas fotos e inserir dentro do seu computador, como uma forma de guardar e abrir espaço naquele chip que existia dentro da máquina.

Qual é a diferença na internet das coisas?

Você tira uma foto no seu celular, ela vai direto para a nuvem, na nuvem ela já está no seu computador, se você simplesmente autorizar esse tipo de atividade. Criou-se uma comunicação da máquina com a própria máquina sem o contato do ser humano. Essa é uma modificação importante, pois o ser humano não é mais necessário para esse tipo de atividade.

Alguns trabalhos tradicionais estão sendo modificados, serviços de entregas por drones, substituição de caixas ou vendedores por *check-outs* automáticos, robótica na medicina e na indústria, com reflexos, e é claro, no trabalho portuário, podendo-se prever um comprometimento da empregabilidade nesses setores. Não há dúvidas de que o uso de ferramentas e soluções digitais traz menos custo e maior produtividade. Qual é o principal receio em tudo isso? É uma preocupação que ocorre desde a Primeira Revolução Industrial: haverá substituição do trabalho humano pelas máquinas?

É preciso entender o fenômeno que se segue ao trabalho redundante: ao mesmo tempo em que algumas profissões se extinguem, outras surgem em seu lugar. E aí existem novas demandas e novos postos de trabalho.

Há uma previsão de que até 2030 teremos a criação de muitos empregos novos em substituição àqueles redundantes. O Fórum Econômico Mundial de 2022 concluiu que ainda haverá um incremento no mercado de trabalho.

Em relação ao trabalho portuário redundante, na segunda metade do século XX, começou a ser introduzido o uso de contêineres nos Portos, utilizado para carregar materiais sólidos e até a granel, como minério de ferro e carvão, tecnologia que substituiu a mão de obra de milhares de trabalhadores, à época.

Já tive a oportunidade, em palestras, de mostrar fotografias desse serviço, mas é possível olhar na internet, e encontrar o Porto de Santos com várias sacas de 300 quilos nas costas dos trabalhadores, um deles se tornou uma lenda, o Jacinto, apelidado de Sansão. Essa é uma situação que não vemos mais, não é mais vista em portos, não é mais uma realidade portuária.

A modernização das atividades portuárias implica escassez das vagas de trabalho braçal, mas, ao mesmo tempo, o aumento de oportunidades de natureza técnica, como operação e manutenção de equipamentos.

Veja: lá no Porto onde se tem todo aquele aparato, mas as pessoas que estão lá não estão fazendo força nenhuma; isso cria o quê? Inclusão do trabalho feminino, inclusão do trabalho de pessoa com deficiência. É uma dicotomia; por um lado existe uma dificuldade, porque acabam

sendo encerrados vários postos de trabalho, mas, por outro lado, há espaço para uma maior inclusão, pela acessibilidade de gênero e de limitações físicas.

Essa modernização é um fenômeno irreversível, mas traz benefícios ligados à saúde e à segurança do trabalhador que, no Porto de Santos, por exemplo, com 30 anos de serviço, o trabalhador deveria ter desenvolvido problemas de hérnia na coluna ou amparo cervical. Ou seja, claro que é importante para saúde a segurança do trabalho, sobretudo quando existem algumas cargas perigosas e é aí que a automação mais facilita.

E, como mencionei, há uma maior acessibilidade de gênero e de pessoas com limitação física. Falando da evolução do trabalho portuário, temos Roterdã, não vou detalhar aqui, que foi pioneira nesse tipo de terminal.

A OIT, através de sua Convenção 137 e da Recomendação 145, estabelece medidas para atenuar os efeitos da automação, tais como antecipação de aposentadorias, plano de desligamento e readaptação funcional. O qual tratarei logo mais à frente.

No Brasil, temos a direção de carretas, os *terminal tractors*, que ainda representam significativa parcela de trabalhadores portuários. Onde se descarrega a carga num terminal e nesse terminal já estão aqueles que dirigem essas carretas que colocam ao lado do navio para serem içadas as cargas até o navio.

Há um vídeo da PortoCel, que foi mostrado no ano de 2022, em que há um veículo autônomo, num patamar diferente daquele de Roterdã. O veículo de que falo agora, não; trata-se de um veículo autônomo mesmo, inclusive desenvolvido pela Universidade do Espírito Santo em parceria com a PortoCel. E nesse veículo, sem motorista, a carreta anda dentro do terminal, inclusive desviando de pessoas, com a mesma tecnologia da Google e da Tesla, que estão à frente nesse segmento. Veja: eles já estão pensando recentemente, em adquirir duas carretas nesse modelo, dois *terminal tractors*, e assim aquele trabalho que pertence ao ser humano vai se tornando redundante.

Por que é importante nós pensarmos nisso? O que a Constituição Federal de 1988 traz?

Os princípios da ordem econômica são: livre concorrência e pleno emprego. Essa é uma questão que incomoda. Equalização entre valorização do trabalho humano e livre iniciativa. Então, é preciso agregar à livre iniciativa também a valorização do trabalho humano, porque uma coisa não anda sem a outra. São fundamentos da ordem econômica. Dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do país. Esses são os pilares.

Tem-se que imaginar a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, em contrapartida à livre iniciativa, buscando um equilíbrio desses dois pilares. Digo que a livre iniciativa é o cérebro que move a sociedade, e o trabalho é o coração da sociedade.

E para onde vai essa mão de obra redundante?

Há necessidade da criação de políticas públicas para a reinclusão desses trabalhadores portuários. Um trabalhador que não faz nada ou que não tem uma utilidade para o porto é um trabalhador desnecessário.

Nesse ponto, menciono um livro do Milan Kundera, intitulado “A Brincadeira”. Ele diz que a pior coisa que existia na época da ditadura – ele sofreu dentro dos campos do comunismo, esteve preso – todos os dias de manhã ele tinha que levar uma quantidade de toras para um determinado local e de tarde ele tinha que trazer tudo de volta. Era um trabalho inútil.

O trabalho inútil é a mesma coisa daquele trabalho que não existe. A pessoa fica ali, ela está recebendo; às vezes o operador portuário está pagando por um serviço que o trabalhador não está mais executando. Por quê? Porque existe já a automação naquela atividade.

É importante reincluir essa mão de obra obsoleta através da promoção de treinamentos adequados, atualização profissional desses trabalhadores. Em outras palavras, é preciso investimento em capital humano para a garantia de um desenvolvimento sustentável.

Tudo isso vem desde 1987, no Relatório Brundtland, que foi assinado por 168 países, sobre o qual se assentaram muitas inovações legislativas daí em diante, inclusive inspirando o nosso Legislador Constituinte quanto aos fundamentos da ordem econômica de que já falei aqui. Nesse relatório, conhecido no Brasil como “Nosso Futuro Comum”, já se concebia a noção de emprego como sendo uma necessidade básica do ser humano, que precisa ser atendida como qualquer outra necessidade básica.

O que penso a respeito é que nem todos vão concordar.

O cancelamento de inscrição de trabalhadores portuários, colocação de um limite de idade, tudo isso não se traduz em uma solução ideal, pois o Supremo Tribunal Federal já nos disse que não podemos ter esse tipo de pensamento ou esse tipo de preconceito. Aposentadoria compulsória, impedimento de participação de trabalhadores jubilados no rodízio de avulsos. Não penso que essa seja a diretriz do Supremo Tribunal Federal.

Teremos que pensar em algo verdadeiramente atrativo para esse pessoal. No meu entendimento, as empresas, em parceria com o Governo, devem desenvolver uma política mais atrativa para que a pessoa tenha condições de ficar porque absorveu as mudanças através de treinamentos eficazes ou queira sair, porque adquiriu um outro propósito a nível profissional, sem sofrer uma ruptura em sua dignidade.

Na tese de doutorado, refiro-me sobre a dignidade da pessoa humana, sob a ótica desse trabalho que vai se tornando redundante. É que, às vezes, ele não é ainda claramente redundante hoje; pois sabemos que, no Porto de Santos, ainda não se tem uma capacidade para automatizar tudo. Por quê? Porque é caro, eles não têm toda essa necessidade para fazer a automação que já está disponível. Logo, automação também não é algo tão simples de se implantar; exigem tempo, gastos, investimentos de alta monta.

Hoje, nos Estados Unidos, já existem robôs que fazem a função do anestesista. Mas por que todas as anestesias não são administradas por robôs, já que existe essa tecnologia? Porque é cara essa tecnologia, então ainda se utiliza do ser humano. Mas a tendência é que esses trabalhos se tornem redundantes e, quanto mais barato o valor da tecnologia, mais teremos a perda de postos de trabalho.

É preciso buscar postos de trabalho que garantam o “4S”: saúde, sustento, segurança e *status*. Não podemos pensar somente em saúde, segurança e sustento; isso tudo tínhamos no Benefício Brasil, e agora está voltando o Bolsa Família: sustento, renda, saúde pública, segurança pública.

Mas o que é importante para a dignidade da pessoa humana é o *status*. Com ele, o trabalhador diz que faz parte daquela atividade, que contribuiu para a sociedade. É como a letra da música que diz: “você está construindo uma parede e você está construindo uma igreja”.

Então, é essa a situação desejada: que a pessoa pense “eu estou contribuindo para a sociedade”. Esse status é importante para a dignidade da pessoa humana.

Por isso que um treinamento novo, uma recolocação no mercado, talvez não na área portuária, possa estimular esses trabalhadores redundantes ao reingresso dentro da sociedade, tendo essa possibilidade, esse *status* de dizer: “eu sou um trabalhador”.

E, para finalizar, trago uma anedota para se refletir, que envolve uma conversa entre Henry Ford II, presidente da montadora Ford, e Walter Reuter, líder do sindicato, que se deu próximo a uma linha de montagem automatizada. Ele fala assim: “Walter, como você vai conseguir que esses robôs paguem as suas contribuições sindicais?” E o Walter respondeu, sem titubear: “Henry, como você vai levá-los a comprar os seus carros?”

Capítulo 25

A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA AS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS DE USO PRIVADO

Murillo Barbosa

Diretor-presidente da Associação de Terminais Portuários Privados Lago Sul/DF. Exerceu comando no mar, Corveta Inhaúma, primeiro navio de guerra de alta tecnologia projetado e construído no Brasil. Diretor da Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

25.1. A ATP e a Lei dos Portos

Início este capítulo falando um pouco sobre a associação em que atuo. A ATP foi criada como um fruto direto da Lei 12.815, pois até a Lei 8.630 não poderíamos movimentar nenhum tipo de carga de terceiros. Toda a movimentação tinha que ser de proveito próprio daquele seguimento, principalmente de cadeias verticalizadas.

Em 1993, houve uma primeira flexibilização da operação portuária, mas, mesmo assim, muitos conflitos aconteceram entre 1993 até 2013. No governo da presidente Dilma, houve uma alteração na referida lei, deu-se um tratamento único para qualquer tipo de terminal portuário que fosse arrendado ou privado, seja por arrendamento, seja por autorização.

Hoje, os associados da ATP movimentam mais de 60% da carga portuária brasileira.

A nossa maior representação é no setor do agronegócio, soja, milho e celulose, mas temos também representantes na movimentação de minérios, ferro e bauxita, nos conteineiros, na logística, na siderurgia e nos granéis líquidos.

Então, estamos praticamente representando todos os envolvidos na movimentação portuária. Na última vez que eu fiz uma apresentação para os ministros, mencionei que o decreto-lei 5 de 66 era o início deles, porque aí é que veio uma conceituação de operação portuária livre, sem nenhuma imposição em termos de movimentação e de abrangência. Mas, em realidade, em 1944, o decreto-lei 6460 traz o embrião do TUP, com uma classificação de terminais rudimentares, onde eles tinham uma limitação de movimentação de carga e um tamanho também limitado, que é o início dos terminais de uso privado.

Em 1966, no início dos governos militares, apareceu pelo decreto-lei 5 um conceito público de terminal de uso privativo para tentar se contrapor a ineficiência dos nossos portos públicos. Naquela ocasião, trazer principalmente para as estatais, Companhia Vale do Rio Doce, Siderúrgicas, Petrobras, a movimentação de granéis principalmente e de insumos para a indústria siderúrgica, trazer esse conceito novo de terminal de uso privado.

Quais eram as condicionantes? Sem ônus para o poder público, sem prejuízo para a segurança nacional e que a exploração se fizesse pelos seus próprios recursos, que é o mesmo conceito do TUP hoje.

Em 1993, a lei 8.630 trouxe uma flexibilização desse modelo, criando uma categoria de terminal de uso privativo misto, que permitia a operação tanto de carga de terceiro quanto cargas próprias. E foi aí que o conflito surgiu. Principalmente na área dos contêineres, porque o contêiner não tem um dono de carga. Então pretendia se fazer uma operação como se fosse livre.

E houve um movimento contrário a essa proliferação de terminal de uso privado, que nem aconteceu, mas houve o receio de que acontecesse.

Foi uma época de conflito. Nessa ocasião, eu atuava como diretor da ANTAQ, e foi uma época muito conflituosa, muito difícil de ser gerida.

A Secretaria de Portos tentou regulamentar isso através de um decreto, o famoso decreto 6.620. E, finalmente, no governo da presidente Dilma, a MP 595 trouxe uma proposta de liberdade de operação plena para incentivar a concorrência entre arrendatários e autorizatários.

25.2. Diferenciação entre regimes

O Terminal privado é uma área privada, explorada mediante autorização precedida de um anúncio público. Na minha opinião, totalmente desnecessário este anúncio público e sua instalação deveria acontecer fora da poligonal dos portos organizados.

Os arrendamentos são seção onerosa de um bem público, localizado dentro de um porto organizado, o arrendamento, precedido por licitação, é dentro da poligonal. Tem outra diferença que é a contratação de trabalhadores. O arrendamento é uma contratação via OGMO com custo variável. O TUP tem uma livre contratação, com custos fixos, embora uns poucos TUPs façam uso da mão de obra avulsa no Brasil,

Terminal de uso privado tem 100% do risco e 100% do investimento, é próprio, não usa recursos públicos e tem uma livre precificação. Essas eram vantagens que ele tinha antes, mas ano passado, por um aperfeiçoamento da legislação, os arrendatários também têm essa livre precificação. Então hoje estamos todos iguais e a propriedade, como já mencionei, é 100% privada.

25.3. Relevância dos TUPs para o sistema portuário brasileiro

Desde a criação da Lei nº 12.815, tivemos mais 138 contratos de adesão assinados, uma expansão em 20 dos já existentes, e uma carteira de investimento de quase R\$ 57 bilhões. Mas aquilo que falei antes, dos 60% dos associados e dos 2 terços da movimentação sendo feita por TUP, isso acontece desde 1966, quando os primeiros terminais começaram.

Nessa época, a movimentação feita em TUPs era superior a 70%, e depois ela foi mais ou menos se estabilizando em torno dos 65, 66%. Também temos 16 anúncios públicos em análise, que vão representar mais R\$ 19 bilhões em investimentos, aproximadamente.

A evolução começa em 2010, mas se fôssemos buscar lá em 1970, quando as primeiras instalações portuárias de uso privativo apareceram, essa curva praticamente se mantém estável, sem alterações.

Cerca de dois terços da movimentação portuária brasileira é feita em terminais de uso privado. E isso tem uma explicação muito clara. Embora em valor FOB haja uma tendência, um equilíbrio entre arrendatários e autorizatários, em função do valor agregado das cargas que são movimentadas pelos arrendamentos, os TUPs nasceram com a vocação da movimentação de cargas muito pesadas, minério de ferro, petróleo e tudo mais.

Embora não tenha tanto valor agregado, quando há movimentação por contêineres, que é uma predominância dos terminais arrendados.

Na vocação dos terminais há um predomínio dos terminais de uso privado: minério, combustível, ferro fundido, pasta de madeira e outras. Quando se fala em sementes e cereais, ainda há um predomínio dos arrendamentos. Produtos químicos, contêineres, adubos e açúcares ainda têm uma preferência muito grande por movimentação dentro dos portos públicos, por meio dos seus arrendamentos.

25.4. Futuro do trabalho portuário

Defendo aqui o conceito de que o terminal de uso privado tem total liberdade de contratação de mão de obra. Isso foi hoje praticamente uma unanimidade. E hoje estamos vivendo sobre uma incerteza em função de um processo que está dentro do TST, que pode conduzir os TUPs a serem obrigados a fazer a sua requisição de mão de obra, até por prazo indeterminado, via OGMO.

Então, a primeira definição que eu trouxe foi a do OGMO. “Entidades sem fins lucrativos criadas por operadores portuários em portos públicos. Então é dentro do porto organizado”.

O operador portuário, por sua vez, também tem uma definição. Sendo este, a pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação de carga, ou movimentação e armazenamento de mercadorias destinadas ou provenientes do transporte aquaviário dentro da área do porto organizado.

Então nós, que por definição só podemos existir fora da área do porto organizado, não nos sentimos abrangidos por essas duas definições. Portanto, qualquer vinculação da nossa requisição via OGMO para nós, não atende à legislação na nossa opinião.

25.5. A lei dos portos

A lei 8.630 tem no artigo 56, que é o mesmo artigo 44 da nova, que diz:

É facultado aos titulares de instalações portuárias de uso privativo a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato de convenção ou acordo coletivo de trabalho das respectivas categorias econômicas preponderantes.

E no parágrafo único que julgo de extremamente importante, que dizia o seguinte: “para os efeitos do disposto neste artigo, as atuais instalações portuárias de uso privativo devem manter em caráter permanente a atual proporção entre trabalhadores com vínculo empregatício e trabalhadores avulsos.”

Então, importante aí, antes da lei 8.630, antes da criação dos OGMOs, os terminais de uso privativo já tinham trabalhadores com vínculo. Eles nasceram já com essa liberdade, desde 1966. Alguns, por conveniência empresarial, de sazonalidade, de produtividade, fizeram uso de trabalhadores portuários avulsos.

Então, a lei quando veio tentando proteger esses avulsos, que já trabalhavam em alguns terminais de uso privativo naquela ocasião, veio protegendo-os, determinando que esses terminais mantivessem a proporcionalidade. A lei 12.815 não manteve isso.

Na lei atual, 12.815, é facultada aos titulares de instalações portuárias sujeitos ao regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Os TUPs, por definição da lei de portos, não estão obrigados a utilizar a mão de obra do OGMO, nem para os TPAs, nem para os trabalhadores de prazo indeterminado.

A lei 12.815 é clara ao estabelecer que a operação portuária em instalações localizadas fora da área do porto organizado será disciplinada pelo titular da respectiva autorização. E aí vem uma coisa bastante interessante. O artigo 45 dessa lei, que foi vetada, praticamente justifica isso. O artigo 45 dizia que: “É necessária a inscrição do trabalhador portuário avulso em cadastro de trabalhadores portuários avulsos, que ateste a qualificação profissional para o desempenho das atividades previstas.”

E ele foi vetado pela seguinte justificativa: o texto não deixava claro qual o alcance desse novo cadastro. Se for voltado aos trabalhadores que atuam em um porto organizado, está em conflito com as competências do órgão gestor da mão de obra. E se for o caso de ser para os trabalhadores que atuam fora do porto organizado, trata como obrigatória a inscrição dos trabalhadores portuários avulsos no cadastro criado.

Dessa forma, o dispositivo violaria um dos principais itens do acordo negociado entre o Poder Executivo, os representantes do Congresso Nacional e as entidades representativas dos trabalhadores portuários, ao estender a lógica do OGMO para os terminais localizados fora da área do porto organizado.

Isso para mim é muito claro de que o legislador não quis envolver em nenhum momento a requisição de trabalhadores, sejam eles por prazo indeterminado, com vínculo empregatício, ou pelos TPAs, passando a requisição a ser feita através do órgão gestor da mão de obra.

Conforme mencionado pela Roberta, em seu capítulo, as recomendações do CAD e da OCDE, naquele trabalho que foi feito em conjunto, onde ele propõe abolir o monopólio do OGMO sobre o registro e fornecimento de trabalhadores portuários. O monopólio restringe o nível de concorrência, aumentando os custos da mão de obra e, possivelmente, levando a menos oportunidades de emprego para os trabalhadores portuários. Isso é o que está escrito no documento.

Então, se o próprio CAD e a OCDE já indicam abolir o monopólio do OGMO no fornecimento de trabalhadores portuários dos portos públicos. Qual o sentido de fazer o oposto, ao obrigar os TUPs a fazerem suas requisições via OGMO?

Então, o que defendemos, como TUP, no futuro do trabalho portuário, é que a situação se mantenha como acontece hoje. Uma liberdade plena de contratação para os terminais de uso privado, creio que seja o mesmo objetivo dos nossos arrendamentos nos portos públicos.

E o uso da mão de obra avulsa, que é importante para vários terminais, continue dentro de uma requisição voluntária por eles com produtividade, assiduidade, qualificação, que é extremamente importante. O TPA é um importante instrumento na atividade portuária. O trabalhador portuário avulso é muito importante. Mas não pelas regras que são estabelecidas hoje.

Capítulo 26

AS RELAÇÕES DE TRABALHO NOS TERMÍNAIS DE CONTAINERS

Caio Morel

Diretor Executivo da Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres – ABRATEC. Graduado em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e MBA em Finanças pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

AABRATEC representa exclusivamente os terminais especializados na movimentação de containers no Brasil. Os terminais de containers são os terminais portuários que mais demandam emprego de mão de obra, porque toda a operação é feita através de equipamentos mecanizados que demandam a utilização de operadores.

Possuem equipamentos muito sofisticados e que exigem, uma qualificação muito grande do trabalhador e uma quantidade muito grande de trabalhadores, para tripular uma grande quantidade de equipamentos, que são empregados de forma ininterrupta ao longo de todo o ano.

Esses terminais trabalham 24 horas por dia, 7 dias por semana, 365 dias por ano. Então, temos um grande problema hoje com essa questão do fornecimento da mão de obra. O trabalho dos terminais de containers, conforme disse, é muito especializado e se compõe no manuseio de máquinas de alta tecnologia, portanto o treinamento desses trabalhadores precisa ser constante.

Para trabalhar numa máquina sofisticada, é preciso conhecer a máquina, ter um treinamento completo antes de se qualificar para a operação. E esse treinamento geralmente é feito *in house*, ou seja, dentro dos próprios terminais, com utilização de simuladores, com manuais de treinamento, palestras específicos e treinamento *on the job*, onde o postulante à função trabalha acompanhado de um trabalhador portuário experiente em determinado equipamento.

Os terminais de contêineres oferecem ainda uma importante mobilidade vertical, porque são empregados vários tipos de equipamentos e cada equipamento tem uma função e cada categoria de operador tem uma remuneração, sendo que conforme a sofisticação do equipamento, maior a remuneração do operador. O equipamento mais sofisticado e que o operador comanda a maior remuneração é o portainer, aquele grande equipamento que movimenta o container do navio para o cais.

Então, tipicamente, o terminal de contêiner contrata trabalhadores para o equipamento mais básico, o “terminal tractor”, que são os veículos que movimentam o container no pátio dos terminais, basicamente um caminhão reforçado e dotado de instrumentos eletrônicos para informação das atividades a serem executadas.

Esses motoristas depois vão concorrer a vagas para a operação de uma *reach stacker* ou um “RTG”, e, finalmente, um portainer, ascendendo em sua carreira profissional e percebendo melhor remuneração. Será necessária uma reforma na atual legislação para que essa condição permaneça.

A operação de portainer, que é a operação mais complexa, exige um trabalhador altamente qualificado, sendo que muitos deles são treinados no exterior, na instalação do fabricante, e eles têm que entregar produtividade, pois são o coração do terminal, eles têm que entregar uma alta produtividade.

A contratação destes trabalhadores não se torna possível pela contratação de trabalhadores avulsos em sistema de rodízio, como seria necessário caso prevaleça a interpretação literal da Lei 12.815/13. Os equipamentos requerem conhecimento do seu sistema operacional, o operador precisa saber qual é a posição de cada contêiner no pátio do terminal, o motorista do *terminal tractor* deve saber para onde ele vai se dirigir, então são trabalhadores que precisam ter grande familiaridade com o terminal e sua operação, têm que ter conhecimento da língua inglesa, porque todos os manuais do equipamento e as telas de direcionamento da operação são fornecidas na língua inglesa.

Portanto, o trabalhador portuário hoje é um trabalhador altamente qualificado, o futuro já chegou nos terminais de containers, mas precisamos agora de mudança na legislação, porque a legislação atual, que veio com a 12.815/13, está sufocando os terminais de containers que não conseguem contratar novos operadores em função da interpretação literal da legislação.

Importante notar que no terminal de container, existem dois tipos de operação que são muito distintos, a operação de cais e a operação de pátio. Na operação de cais, o trabalho é retirar o container do navio e colocar no cais, adjacente ao pátio. Uma vez no pátio do terminal o container está sujeito a uma quantidade enorme de funções e de atividades que são desempenhadas. As operações de pátio são as chamadas capatazias.

E aqui há a grande dicotomia, trabalho a vínculo empregatício e trabalho avulso. O trabalho avulso, geralmente é feito na operação de cais, e o trabalho a vínculo empregatício é feito no pátio. E não podemos confundir esses dois sistemas, porque eles não se falam, não se comunicam.

O trabalhador de cais é o de muito menor especialização, e essa é uma operação que se coaduna com o trabalho avulso. O trabalho avulso se presta a esse tipo de atividade. Já o trabalho de capatazia precisa ser efetuado com trabalhadores a vínculo empregatício. Porque o trabalhador tem que conhecer o terminal, a máquina, e o trabalho avulso, ele é feito através do sistema de rodízio, que não permite que o trabalhador se familiarize com a sua atividade e com as máquinas que serão operadas.

Em uma discussão com um ministro do TST, expliquei a ele essa questão que o trabalho avulso é realizado por meio de rodízio, e que este sistema não se presta para a operação de um equipamento que é sofisticado. E o ministro disse assim: eu entendo muito bem isso, porque o meu motorista é terceirizado, eu não quero todo dia um motorista diferente aqui me servindo, porque o motorista que me serve, sabe o que eu faço, sabe aonde vou, conhece os meus hábitos. Então não funciona o trabalho de rodízio, pois cada dia estaria sujeito a receber um motorista diferente, que não estivesse familiarizado com a minha rotina.

No nosso caso, terminais de contêineres, a operação de cais que é tirar o contêiner do navio e colocar no pátio, esta atividade pode ser realizada por trabalhadores em sistema de rodízio, mas o trabalho de pátio é uma gama maior de atividades realizadas com equipamentos sofisticados, este trabalho requer que a contratação seja feita em vínculo empregatício.

A modernização deve ser acompanhada pela legislação, então antes da lei 8.630/93, as operações portuárias de movimentação de contêineres eram bastante rudimentares. E na questão trabalhista agora, estamos precisando de uma mudança na legislação, porque o sistema não conseguirá evoluir do jeito que ele está. Porque agora há uma situação que estamos trazendo o trabalho vinculado para ser requisitado dentro de um sindicato de trabalhadores avulsos, o que não faz o menor sentido.

A lei 8.630/93 foi bastante razoável, porque ela determinou que somente a estiva, a conferência e o concerto de carga fossem requisitados junto aos sindicatos de trabalhadores avulsos. Para as operações de capatazia, facultou à contratação de trabalhadores à vínculo empregatício contratados fora do sistema OGMO, porque ela reconheceu que a operação de capatazia não se presta ao trabalho avulso.

Não faz sentido, haver um sindicato de trabalhador avulso fornecendo trabalhadores a vínculo empregatício para operações de capatazia. A lei 12.815 trouxe um grande retrocesso. Ela estabelece aquilo que no Brasil somos mestres em fazer, criamos um gargalo.

Hoje, a requisição do trabalho está totalmente prejudicada, porque o OGMO tem que suprir os trabalhadores avulsos, eles têm que suprir os trabalhadores vinculados e ele tem que garantir que exista, vamos dizer, trabalho para todo mundo. E esses dois sistemas simplesmente não falam.

Então, a situação que temos hoje é uma situação que está equilibrada. Os trabalhadores avulsos do OGMO têm um quantitativo que garante a todos eles uma remuneração, uma quantidade de engajamento que lhes traga o seu sustento.

E os trabalhadores a vínculo é um contingente muito maior, não faz sentido em querer aumentar o contingente dos trabalhadores avulsos para poder suprir o trabalhador a vínculo, pois

causa um desequilíbrio. Então, por exemplo, quando se precisa de um substituto trabalhador, precisa-se dele naquele momento, pois não se pode deixar a máquina parada.

Para que esse sistema funcione, os sindicatos de trabalhadores avulsos deveriam inchar os seus quadros, diminuindo em muito o que ganha hoje cada um trabalhador avulso que está lá dentro do mercado que está equilibrado. Isso desequilibrará o sistema, o que é ruim para todo mundo. Então, torna -se necessário um diálogo com o governo e mudança nessa lei, pois ela não faz o menor sentido.

Aí, todo mundo já falou, essa questão da OCDE, que fez o estudo e detectou essa anomalia.

Um dos feitos mais importante que a OCDE mencionou é o seguinte, o governo, os sindicatos e os tomadores de serviço precisam discutir uma solução para o problema, porque ele existe e está prejudicando muito o desenvolvimento do futuro do trabalho nos terminais de contêineres brasileiros.

PARTE IV

DIREITO DESPORTIVO

Capítulo 27

A LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DO FUTEBOL

Mauricio Corrêa da Veiga

Advogado, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL); Professor à contrata do Master Diritto & Sport da Universidade La Sapienza de Roma. Autor de 9 livros; Sócio do escritório Corrêa da Veiga advogados.

Neste capítulo, quero tratar sobre sociedade anônima do futebol, a SAF, não na visão dos atletas, muito menos não apaixonada, mas uma visão aqui de quem atua em favor dos clubes de futebol.

Hoje o nosso escritório, Corrêa da Veiga de Advogados, presta serviços para o Vasco, para o Santos, para o Bahia, para o Paraná Clube e outros, que não vou nem citar porque são vários clubes e sempre com aquela mesma toada, na busca de uma consolidação, de uma jurisprudência, de uma interpretação razoável do diploma legal brasileiro.

Os temas que dizem respeito aos clubes são os mais variados como, por exemplo, o reconhecimento da natureza indenizatória do direito de arena, ausência de bilateralidade na época da cláusula penal, enfim, temas que são ali caros ao direito desportivo. E fiz esse intróito justamente para poder contextualizar, a lei da SAF, que vem para poder dar um auxílio, um fôlego para a sobrevivência dos clubes de futebol.

Clubes de futebol que ao contrário do que acontece com uma empresa comum, não são adversários fora dos campos, eles não têm ali aquele espírito de um querer acabar com o outro, não existe essa concorrência, vivem em harmonia, são adversários e não concorrentes. Mas ninguém quer que o seu time adversário acabe, ao contrário de uma empresa, se, por exemplo, a Coca-Cola fechar as portas hoje, a Pepsi vai adorar porque vai invadir o mercado que a concorrente dominava.

O clube de futebol não, porque se o Flamengo acabar, por exemplo, os torcedores não vão migrar para outro clube. Então é necessário que haja essa sobrevivência dos clubes de futebol, não só em razão da própria essência do clube, da sua natureza, da sua atividade, a sua função social, mas também porque ele é um gerador de empregos.

Portanto, essa origem é importante e fundamental, porque acaba que aparece ali como algo corrente, que as dívidas dos clubes de futebol são culpa de uma má gestão dos dirigentes e eventual má gestão não pode ser depositada unicamente como a origem dos débitos dos clubes de futebol.

A origem das dívidas dos clubes vai muito mais além, inclusive com a interpretação equivocada dada pelos jogadores, e interpretação equivocada dos dispositivos legais. Cito, por exemplo, até o ano de 2011, não havia a dicotomia de cláusula indenizatória e cláusula compensatória desportiva, havia a presença apenas da “cláusula penal”. Esta era devida pelo atleta, quando ele optava por rescindir o contrato de trabalho esportivo antes daquele prazo estabelecido pela lei. Portanto, essa era a interpretação e ele tinha que pagar uma multa.

Parte da jurisprudência passou a interpretar que essa cláusula penal seria bilateral, também devida pelo clube ao atleta quando o clube optava por rescindir o contrato antes do prazo. E não era essa a intenção do legislador, esse não era o espírito da lei, mas assim acabou por acontecer. E as dívidas dos clubes foram ali aumentando de uma forma exponencial. Isso é culpa do dirigente? Não, não é. Isso é culpa de uma interpretação equivocada do dispositivo legal.

Então é importante fazer esse balizamento porque, claro, existem exemplos de má gestão feitas por determinados dirigentes de clubes, mas não pode ser imputado somente a eles a origem das dívidas, portanto, é algo que vai muito mais além. Se fizermos aqui um resgate histórico, conforme o exemplo dado mais recente, falando ali da cláusula penal. Mas existem inúmeros

outros exemplos de uma interpretação equivocada da lei que faz com que essa dívida aumente de forma exponencial.

Em relação ao regime centralizado, tais execuções que agora estão presentes na Lei da SAF, a 14.193; que é uma lei muito nova. É um diploma legal que está no nosso ordenamento jurídico desde agosto de 2021. Portanto, ainda existe inclusive uma adaptação da própria jurisprudência em razão da interpretação.

E esse regime centralizado das execuções, num primeiro momento, defendia de forma ali muito firme que ele era devido também para o clube e pessoa jurídica original, mesmo que não se transformasse em SAF. E foi com esse entendimento que conseguimos a aplicação e instauração do RCEA para o Vasco, que foi ali fundamental para o Vasco se transformar em SAF.

Foi essencial e primordial para que, a partir do momento que o Vasco conseguisse organizar as suas dívidas, sanar as suas dívidas, os investidores aparecessem. Se não fosse isso, se não fosse o regime centralizado de execuções, não haveria investidor que se atraísse pelo Vasco.

E hoje a realidade é que o Vasco pertence ali a 777 Partners, uma parte, uma proporção. O Vasco subiu da Série B para a Série A com muito esforço e agora pode fazer contratações, pode honrar com pagamento de suas dívidas. Portanto, foi essencial que o TRT da primeira região fosse firme na interpretação da lei e fizesse uma interpretação razoável. Houve vários percalços.

O TST precisou intervir com a decisão do ministro Vieira de Mello Filho, a fim de que colocasse uma ordem, um freio de arrumação para que a presidência do TRT da primeira região assumisse o protagonismo que o legislador lhe outorgou, que não era da corregedoria do TRT-1, mas sim da presidência daquele tribunal. E essa é a história.

Hoje essa *via crucis*, todo esse caminho, entra para a história como uma história de glórias e títulos para o futuro e de pagamento das dívidas para todos os credores. E é o que se espera, mas foi isso o que aconteceu. Agora a lei da SAF, por si só, é suficiente para organizar os clubes? Claro que não. Endosso e concordo, a lei da SAF não é a tábua de salvação.

É preciso uma mudança de mentalidade, uma mudança de cultura. Se não houver profissionalismo da gestão, não adianta o legislador vir com fórmula mágica, porque sabemos que isso já aconteceu em outras oportunidades. É preciso que haja a mudança de cultura. Isso vai ser fundamental.

A lei da SAF é algo inovador e diferenciado, porque há possibilidade de transformação em clube empresa já existe no Brasil, pelo menos desde 1993 com a Lei Zico. Já existia essa possibilidade, pois estamos falando de 30 anos, ou seja, três décadas.

Porém os clubes se transformaram em empresa?

Em 1998, a Lei Pelé, em março de 1998, a lei Pelé trazia um artigo que dizia que “os clubes obrigatoriamente deveriam se transformar em empresa”. Esse dispositivo legal não durou muito tempo, pois qualquer imposição feita pelo legislador dentro de uma entidade de prática desportiva, uma entidade de administração do desporto, esbarra no princípio da autonomia desportiva consagrada no artigo 217 da Constituição Federal.

O artigo 217 fez com que o legislador mudasse, pois não pode obrigar o clube a se transformar em uma outra personalidade jurídica. Isso deve ser por livre e espontânea vontade da assembleia, enfim, dentro daquele processo democrático sem intervenção de um terceiro, sem a intervenção do Estado.

Então, a Lei Pelé passa a proporcionar ali uma faculdade para o clube se transformar em empresa. E isso não adiantou, porque pouquíssimos clubes se transformaram em empresa. Como exemplos, o Red Bull, o Cuiabá, clubes que agora, apesar de serem clubes empresa, eles podem se transformar em SAF, pois a lei fala, tanto a associação civil quanto a pessoa jurídica originária podem se transformar em SAF. Agora, então já havia possibilidade de transformação em clube empresa. Essa lei trouxe algo que atraiu os clubes a se transformarem e ela traz um regime diferenciado de tributação, que é o grande diferencial.

E pagar uma alíquota única, incidente sobre uma base de cálculo, até sobre transação de jogadores e o pagamento, então, dessa alíquota, que é uma alíquota única. Isso sim é o grande diferencial para os clubes se transformarem em sociedade anônima do futebol e a lei brasileira é

uma lei muito avançada. É uma lei que pode aprender com os erros de outros modelos, inclusive com o modelo de Portugal.

Desde 2013, em Portugal, a, Sociedades Anônimas Desportivas,(SAD's) que possui vários erros, inclusive o legislador português sempre está com a intenção, com o intuito de alterar a lei, a fim de que haja uma fiscalização maior dos investidores, para que não chegue o empresário chinês, compre o clube e no ano seguinte desapareça, como já aconteceu com o Deportivo das Aves, que foi campeão da Taça de Portugal ali, por volta de 2015, e depois o investidor sumiu.

O chinês desapareceu, inclusive hoje, a taça é o símbolo da maior conquista desse clube está sendo penhorada, é objeto de penhora; veja que situação mais emblemática, o maior trunfo daquele clube é ali hoje a tábua de salvação para o pagamento das dívidas.

E o Brasil pôde então aprender com esses erros; por exemplo, quando o clube se transforma em SAF, Sociedade Anônima do Futebol, a prática do futebol é prerrogativa exclusiva da Sociedade Anônima do Futebol, o clube não pode participar do campeonato, essa é uma prerrogativa, pois o Brasil foi tão de vanguarda nesse sentido, porque viu o erro de Portugal. O tradicional clube Belenenses se transforma em SAD e há uma briga societária, então tem-se ali o Belenenses clube, o Belenenses SAD disputando a mesma competição, algo inimaginável, então o senador Carlos Portinho coloca ali, com base nesses exemplos, um dispositivo que fala então da prerrogativa da disputa pela SAF.

E hoje o que temos ainda é um amadurecimento da jurisprudência trabalhista brasileira em razão da própria interpretação e a questão talvez mais emblemática seja verificar ali qual é o grau de responsabilidade do clube e da SAF, isso é fundamental.

A SAF é sucessora, e não pode ser responsabilizada solidariamente com o clube pelos débitos daqueles jogadores, pois o legislador foi muito específico, só haverá essa responsabilidade subsidiária quando a SAF deixar de fazer o repasse para o clube.

Esse repasse representa 20% da receita corrente e 50% dos dividendos e ainda existe uma discussão acadêmica e doutrinária do que é receita corrente. Receita corrente não é extraordinária, então não se pode colocar ali os valores, por exemplo, que são auferidos com transação de jogadores em receita corrente. Receita corrente é receita corrente, temos aqui inclusive uma interpretação, uma análise contextual tributária para chegarmos a essa definição.

Portanto, essa será a hipótese da responsabilidade solidária ou subsidiária da SAF. Do contrário, não pode colocar a sociedade anônima do futebol para responder sobre débitos ali oriundos do clube. Agora evidentemente que, se o atleta migrou para a SAF, ela vai ter a responsabilidade naquele período, do contrário não tem.

Para se operar a sucessão clássica, aquela do artigo 10 e 443 da CLT, é preciso que o sucedido deixe de existir. O clube não deixa de existir, ele continua existindo inclusive com possibilidade de exploração da piscina, da quadra de vôlei, do handball e terá a sua receita, própria e receita advinda da própria SAF.

Portanto, não se trata aqui da figura clássica da sucessão trabalhista, temos uma diferenciação muito grande e o que estamos vendo é que o Tribunal do Trabalho da Terceira Região tem jurisprudência ali de todo o sentido.

Por conta do Cruzeiro, fizemos uma pesquisa ali e vimos que o que não falta é tese, mas precisamos dar tempo ao tempo para que a jurisprudência amadureça e que possamos então ter ali uma paz, uma segurança jurídica. Por enquanto, cabe a nós, profissionais do direito, provocar essas discussões.

Capítulo 28

A LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DO FUTEBOL, A GOVERNANÇA E O COMPLIANCE

Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira

Advogado, Árbitro do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS/CAS). Doutorando em Direito do Trabalho pela Sapienza Università degli Studi di Roma I (2022), Mestre em Direito Desportivo pela Universitat de Lleida e Institut Nacional d'Educació Física de Catalunya/Espanha, pós-graduado em Direito Contratual pela Escola Paulista de Direito (EPD) e em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Vale iniciar este capítulo com a reflexão acerca da efetiva existência da governança, do compliance, da transparência e da integridade no contexto atual, elementos que ainda são, de certa forma, inovadores e atuais, mas sempre foram tratados de forma superficial e muitas vezes de forma a cumprir mera formalidade, tendo sido sempre vistos como nomes bonitos, que no papel são realmente glamurosos, mas que nem sempre encontraram aderência na realidade da gestão de entidades desportivas, salvo raras exceções. Aliás, entidades desportivas em sentido amplo, tanto as entidades de prática desportiva, como as entidades de administração do desporto regionais ou nacionais.

O fato é que com a Lei das Sociedades Anônimas do Futebol, a governança e o compliance encontram agora uma aderência praticamente obrigatória, e entenderemos o motivo dessa obrigatoriedade, não sem antes entender um pouco do histórico que nos trouxe até este momento, um momento de grande reflexão, mas, principalmente, um momento propício para se efetivar a tão clamada profissionalização da gestão e do esporte brasileiro.

Percebe-se, de forma clara, que ao longo do tempo tivemos várias atividades legislativas, sempre no intuito de salvar, entre aspas, as entidades esportivas, independentemente do fracasso, da temeridade, e sobretudo da forma como as gestões eram conduzidas por essas entidades e respectivos gestores. Sobre os clubes, a título de exemplo, a ordem sempre foi salvá-los, sob o pretexto de que são um patrimônio nacional, que se ligam intimamente à paixão do brasileiro, resultando naquela máxima de que o clube não quebra. Imaginem como um clube de futebol poderia quebrar. É algo impensável.

Isso não viria a funcionar aqui e nem em outro lugar, mas, de fato, funcionou em outro lugar e funcionará aqui, porque o clube de futebol certamente quebra, até porque claramente desenvolve uma atividade econômica.

Aliás, salienta-se, a atividade é de fato importantíssima para a sociedade, mas deve ser gerida de uma forma coerente e responsável. As gestões anteriores, como se tem notícia, até porque é público e notório o colapso que se verificou o esporte nacional, não exerceram essa função de forma adequada, afundando as entidades em dívidas, esperando o salvamento legislativo.

E nesse sentido, vê-se que a atividade legislativa, no contexto histórico e cronológico mencionado, sempre foi inadequada e ineficaz, na minha opinião, porquanto sempre se limitou a salvar entes, sem a preocupação efetiva de melhoria e aprimoramento do sistema.

A Lei da Sociedade Anônima do Futebol, legislação atualíssima, que tem pouco mais de um ano, não parece ser sobre salvar o clube. Parece diferenciar-se de outras iniciativas que tiveram quase que exclusivamente finalidade de renegociação e refinanciamento de dívidas no futebol.

É mais do que isso. É propiciar a essas entidades esportivas elementos concretos, parâmetros adequados e ferramentas de aprimoramento de gestão. E dentro desse cenário é que a governança e o compliance entram como ferramentas extraordinárias no contexto de boas práticas, pois temos exemplos exitosos de aprimoramento desse sistema.

E a palavra é sistema, não apenas o clube em si. O clube é um protagonista dentre tantos outros, a se incluir os atletas, as federações, as ligas, os oficiais de partida, os árbitros e os torcedores, aliás o futebol interessa também aos torcedores.

O futebol também interessa à sociedade e é por isso que o aprimoramento da gestão significa o aprimoramento do próprio sistema e, evidentemente, os benefícios que esse sistema traz à sociedade como um todo.

E é por isso que a governança é sinônimo de cultura, na medida em que a Lei traz elementos técnicos de transmutação societária, mas a simples transmutação, a simples transformação, ela não é, por si só, suficiente para o aprimoramento do sistema, porque a governança, como já dito por outros autores, vem com a adequação da cultura e nós, infelizmente, ainda não temos a cultura da profissionalização.

Muito se fala em profissionalização, muito se clama por ela, mas a profissionalização não está na Lei, a profissionalização está na cultura da gestão adequada, da gestão eficiente, para me valer aqui das palavras do Eminente Ministro Jorge Oliveira, ministro do TCU, pois, como já dito por William McGregor há algum tempo atrás, não é de hoje, aliás citado em um evento jus desportivo pelo jurista Luiz Felipe Guimarães Santoro, “o futebol é um grande negócio”, e como negócio, como atividade econômica, e suas funções sociais, precisa ser gerido de forma adequada e responsável.

Portanto, a Lei da SAF traz elementos no papel, mas que devem ser aprimorados dentro de uma mudança de cultura, para que o sistema tenha também o seu aprimoramento. E muito se fala, até como pretexto de justificativa para a implementação da Lei, em terreno seguro para investimentos, sobretudo estrangeiros. Esse foi o discurso para a busca da aprovação da Lei da SAF.

E esse terreno seguro para investimentos, evidentemente, traz como necessidade um aprimoramento do sistema com relação à transparência, à equidade, à prestação de contas adequada, *accountability*, à integridade, tanto na gestão administrativa quanto na gestão finalística, para que o investimento seja aportado de forma segura pelo investidor.

E essa segurança, evidentemente, encontra na Lei elementos e ferramentas muito adequados a exemplo do controle, a exemplo da obrigatoriedade de um clube que se transforma em sociedade anônima do futebol ter ali o seu conselho de administração, uma estrutura moderna, um conselho fiscal como órgão de controle interno daquela entidade, para que do ponto de vista fiscal possa, de fato, fiscalizar e controlar a gestão dos seus administradores, dentre outros.

E a Lei traz essa obrigatoriedade. Claro, que se isso vai funcionar ou não, vai depender sempre da mudança de cultura e da efetiva profissionalização que se busca com esse cenário novo, adequado e inovador no âmbito legislativo brasileiro.

E evidentemente que esse cenário e essa mudança de cultura vêm de uma forma muito efetiva com o controle do próprio investidor, que, ao aportar o seu recurso, buscará o atendimento obrigatório desses elementos disponibilizados pela Lei.

Mas o mais importante, dentre tantas outras coisas importantes que a Lei nos traz, é a integridade. É preciso ter um Programa de Integridade adequado. E algo efetivo, não aqueles para “inglês ver”, numa expressão popular, até porque a integridade tem pelo menos dois vieses no que se refere à atividade esportiva.

O primeiro é a integridade do ponto de vista administrativo, do ponto de vista da gestão. E aí precisamos combater a corrupção que sempre assolou as modalidades esportivas, e isso não é um “privilegio” exclusivo brasileiro. A corrupção, evidentemente, tira dinheiro da sua parte finalística e, por meios escusos, ilícitos, desvia o recurso que poderia ser utilizado na sustentabilidade da própria atividade, portanto precisa ser estancada.

O segundo é a integridade do ponto de vista finalístico, até porque o clube se transforma em SAF e busca investimentos não só para a sua atividade interna, mas para aquilo que se propõe a fazer dentro de um sistema como um todo. E a sustentabilidade do sistema interessa àquele clube, interessa àquela SAF, e certamente interessa às outras SAFs, cujo conjunto busca, evidentemente, a integridade das competições.

Aliás, tudo o que fazemos no âmbito do direito do desporto é justificado pela necessidade de salvaguarda da competição esportiva. A paridade de armas, o equilíbrio financeiro e técnico das competições e o financial *fair play*, que é uma decorrência de tudo aquilo que se busca em termos deste equilíbrio.

E, principalmente, tudo isso é garantido a partir da salvaguarda do conceito da integridade das competições, que podemos dividir em combate ao doping, combate à violência no desporto, combate à manipulação de resultados, combate ao assédio moral, assédio sexual e abuso, aliás principalmente do jovem praticante desportivo, tendo em vista que ele é a própria representação da sustentabilidade do sistema.

E tudo isso está dentro do contexto da avaliação do sistema, avaliação do cenário, do monitoramento e do controle propriamente dito, que são elementos próprios da governança que todos conhecemos.

Vale trazer uma reflexão, no sentido de que temos uma questão ainda maior no plano de fundo de todo esse cenário, de todo esse sistema, que é a função social prestada pelo sistema e pela entidade de prática desportiva que se transforma em sociedade anônima do futebol.

E essa função social é traduzida, a título de exemplo, na valorização do futebol feminino, que é uma obrigatoriedade no âmbito da legislação, na valorização de programas que tenham finalidade educacional, justamente para que tenhamos uma maior e melhor formação do jovem praticante desportivo, que, volto a dizer, será a sustentabilidade do próprio sistema, até porque tudo isso vai gerar a sustentabilidade e que vai gerar um terreno não só seguro para o investidor, mas seguro para o sistema em geral. E é por isso que o pensamento não deve parar na sociedade anônima do futebol, no clube em si, mas no sistema.

Isso deságua, necessariamente, como conclusão, no pensamento de uma possível melhor estruturação do sistema, principalmente competitivo, a partir da criação de ligas, que por definição são basicamente agrupamento de clubes que gerem a sua própria competição.

Então, o interesse da SAF e o interesse do sistema deve ser convergente e essa convergência talvez se encontre de forma muito mais adequada dentro de um contexto de uma liga organizada e chancelada pela respectiva confederação desportiva. São muitas as questões que podem ser trazidas, que podem ser debatidas. Esse tempo de exposição e debate nos permite meramente uma reflexão que merece muitos outros desdobramentos.

Os desdobramentos ainda serão sentidos no médio e longo prazo. E como um bom elemento de governança, o planejamento pode se dar na perspectiva de médio prazo, nada tem que ser imediato. Não podemos buscar o imediatismo. Pois a solidez do sistema só se atinge com maturidade que demanda debates, demanda discussões, demanda muito estudo, principalmente por parte do jurista do trabalho e do jurista desportivo.

Capítulo 29

O RECONHECIMENTO DOS E-SPORTS COMO DESPORTO OLÍMPICO E SEUS EFEITOS SOCIAIS E JURÍDICOS

Ricardo Georges Affonso Miguel

Juiz do Trabalho. Doutorando em Direito Desportivo pela PUC/SP. Professor Universitário; Autor dos livros: “O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico e “O Reconhecimento dos eSports como desporto olímpico e seus efeitos desportivo-trabalhistas no cenário luso-brasileiro”. Membro da Academia Nacional de Direito Desportivo – ANDD.

Inicialmente cumpre esclarecer que o tema deste capítulo foi extraído diretamente da reprodução de palestra por mim ministrada por ocasião do I Congresso Nacional da Magistratura do Trabalho, justamente pelo fato de o desenvolvimento da tecnologia vir impactando o mundo do trabalho e, consequentemente, o mundo desportivo do trabalho recebe os reflexos desse desenvolvimento.

Nesse sentido, trato do reconhecimento do desporto eletrônico como desporto olímpico¹, pois isso está diretamente ligado à tecnologia e ao direito do trabalho quando o atleta extrai da prática desportiva o seu sustento.

A questão se coloca em três partes, que poderíamos ter como um sumário do assunto a ser abordado. Primeiramente a discussão se o desporto eletrônico ou e-Sport é uma modalidade de prática desportiva. Em segundo plano, a análise se o e-Sport deve ser reconhecido como uma modalidade desportiva olímpica. Finalmente, o terceiro e último ponto impõe tratar de algumas questões jurídicas e sociais que, por óbvio, têm relação direta com o Congresso, por se tratar de Direito do Trabalho e, portanto, implicações eminentemente trabalhistas acerca da matéria.

O reconhecimento dos e-Sports como prática desportiva, como desporto, ainda é controvertido. De todo modo, tem se solidificado a ideia de se tratar efetivamente de modalidade de prática desportiva, o que já venho defendendo doutrinariamente².

A palavra que rege hoje qualquer matéria acadêmica é interdisciplinariedade e, nesse conceito de interdisciplinariedade, é necessário buscar entendimento junto com as matérias de educação física e sociologia para entendermos o e-Sport como desporto.

Basicamente, os requisitos que norteiam a ideia de que o e-Sport pode ser uma modalidade desportiva seriam atividade física; caráter interpessoal; regras; competição; diferenciação de desporto e jogo. Acresça-se a isso o argumento de não ter finalidade eminentemente artística.

A primeira questão acerca desses requisitos é sanar a confusão existente entre os conceitos de atividade física e exercício físico. Atividade física pode ser um sinônimo de esforço físico, mas ela não é sinônimo de exercício físico.

No momento em que falo em uma palestra estou praticando atividade física, estou em esforço físico. Se saio da minha zona de conforto, de repouso absoluto, entro em esforço físico, mínimo que seja. Já o exercício físico não, os movimentos são coordenados, repetidos, dentre outros. Essa pequena diferenciação é necessária e a confusão entre prática desportiva, prática de atividade física e prática de exercício físico é muito comum, porém são ideias distintas.

Não fosse assim, o tiro olímpico em nenhuma das suas modalidades, principalmente na modalidade laser, não poderia ser considerado uma modalidade olímpica, porque ele não pressupõe um gasto calórico exacerbado. Muito pelo contrário, o esforço físico é mínimo, dada a necessidade de concentração e pouca oscilação de movimentos na busca da precisão do tiro. E não se contesta tratar-se de modalidade desportiva.

1 - MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. O Reconhecimento dos e-Sports como desporto olímpico e seus efeitos desportivo-trabalhistas no cenário luso-brasileiro. Rio de Janeiro: Processo, 2022. ISBN - 978655378062-0.

2 - MIGUEL, Ricardo Georges Affonso - O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico. São Paulo: Quartier Latin, 2019. ISBN 85-7674-959-9.

Não obstante essa diferenciação, no desporto eletrônico o exercício físico também está presente, porque há necessidade de suportar 4 horas de competição ou mais. Logo, requer reforço muscular específico, fortalecimento das articulações, já que há um desenvolvimento notório de coordenação motora, que também existe em outras modalidades desportivas. Caberia até mesmo o estudo de questões de motricidade.

Nesse sentido, acredito que o eSport, apesar de existir doutrina prevendo a existência de desporto da mente³, não precisa ser caracterizado como tal, sendo é um desporto como o outro qualquer.

O segundo requisito é o caráter interpessoal, o qual está relacionado à interação de, no mínimo, duas pessoas. Exemplo do frescobol, que até 1984 não era uma modalidade desportiva. Porém, após haver competição, que é um outro requisito, reconheceu-se como modalidade desportiva⁴.

A competição também está intrinsecamente ligada ao requisito da regra. A competição deve ser disputada em grau de igualdade para todos e essa uniformidade é alcançada com a regra. Aliás, é justamente a necessidade de compreensão da regra que faz com que apenas o homem possa ser um sujeito ativo de uma prática esportiva, pois apenas o homem pode ter a compreensão, o entendimento, da regra. O animal apenas é adestrado para a execução repetida de movimentos.

A esse respeito, inclusive, cumpre destacar as críticas oriundas dos que não reconhecem o desporto eletrônico como esporte, porque entendem que é a máquina produzindo o resultado desportivo, e não o homem apenas. Discordo disso, pois o homem controla a máquina tal qual o homem controla o animal no hipismo, por exemplo.

O que na verdade ocorre é uma mudança de meio, mas o resultado da prática desportiva continua existindo. A comparação com o hipismo interessa porque neste eu controlo um animal. No eSport eu controlo a máquina, o computador, o game. A coordenação motora, a estratégia, a velocidade de raciocínio de determinadas jogadas, todas são realizadas, ainda que por intermédio de um controle remoto e de uma operação eletrônica, por um ser humano, com compreensão das regras. Por isso não caberia dizer que há previsibilidade do resultado, pois não se trata de um adversário eletrônico. Trata-se de humanos competindo por meio de computadores ou videogames.

As competições são fiscalizadas inclusive pelos fabricantes dos jogos, observados limites de bugs do sistema, dentre outros. Tudo é analisado de modo a não haver interferência da máquina no resultado final, que sempre será humano. As comissões organizadoras das competições exercem esse controle.

Acerca da finalidade artística, esta não pode existir com preponderância para a caracterização como desporto. A patinação no gelo, por exemplo, tem uma autorização específica para estar no movimento olímpico.

Já fui questionado na ANDD (Academia Nacional de Direito Desportivo), por exemplo, se desfile de escola de samba seria desporto. Em que pese haja o preenchimento da maioria dos requisitos, a finalidade é eminentemente artística, e tem um caráter de jogo e nem tanto de desporto.

A esse respeito, a diferença entre jogo e desporto se coloca porque, na verdade, o desporto é uma espécie do gênero jogo. O jogo tem um caráter mais lúdico e o desporto tem um caráter muito mais competitivo.

Pois bem. Ainda nessa toada do eSport como modalidade desportiva, temos a já citada transformação social. O mundo evoluiu, o mundo mudou. Chegamos à sociedade em rede⁵, totalmente globalizada, com intercomunicação em tempo real à distância. Contudo, estas constatações são mudanças do meio, pois a finalidade continua igual, com todos os seus elementos.

Exemplo disso são os casamentos modernos. A cerimônia ocorre em um belo local; existe um altar, religioso ou não; há a figura do celebrante, muitas vezes um amigo do casal; pessoas bem-vestidas e há alguém levando as alianças, que alguns casais optam por ser o animal de estimativa.

3 - TUBINO, Manoel José Gomes. Dimensões Sociais do Esporte. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. ISBN 978-85-249-1689-2. p. 85.

4 - MIGUEL, ob. cit.

5 - CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 19. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018. ISBN 978-85-7753-036-6. p. 107.

Nesse momento percebemos que tudo do modelo chamado tradicional está presente, porém, modernizado, flexibilizado. Houve, como diria Ulrich Beck⁶, apenas uma metamorfose social e que mudou esses conceitos. Portanto, houve a mudança de meio, mas o resultado continua igual, vale dizer um matrimônio com todo o seu formalismo que se impõe.

Nesse contexto chegamos à ideia de que o desporto off, ou desporto analógico, ou desporto tradicional, como costuma-se chamar, é igual ao e-Sport.

A capilaridade do mercado de e-Sport hoje em dia é impressionante. Está em todos os lugares, com uma audiência, que muitas vezes supera a da Copa do Mundo de futebol. A possibilidade de crescimento de interação que o e-Sport desenvolve é inimaginável. E a sociedade não pode se fechar para isso.

Logo, impende o reconhecimento do e-Sport como desporto olímpico para que se atinja o reconhecimento real e efetivo como modalidade desportiva. Mas, para que isso ocorra, é preciso entender que juridicamente existe tal possibilidade e que há roupagem constitucional para tanto.

O desporto como manifestação de lazer e manifestação cultural tem ancoragem constitucional e tem o mesmo tratamento do lazer e cultura na Constituição. Portanto, se constitui como um direito fundamental. A todos é assegurado esse direito ao desporto, mesmo porque guarda relação com outras questões de relevo constitucional, quais sejam a saúde e a educação.

Além disso, no caráter de desporto de alto rendimento há outra conotação, a do desporto e trabalho, o que Domênico De Masi chamaria hoje de ócio criativo, porque você evolui e sai daquele caráter apenas lúdico para um caráter efetivamente de trabalho, interagindo corpo e mente em relação ao trabalho⁷.

Nesse sentido, e guardando total pertinência como a temática deste Congresso de Direito do Trabalho, é curioso observar que essas regulamentações desportivas surgiram com a Revolução Industrial e surgiram, como diria Mandin, nas palavras do professor João Leal Amado, “na sombra do direito do trabalho”⁸.

Aqueles que assistiram a série *The English Game*, do Netflix, percebem ali que o movimento sindical ocorre junto com a formação das federações e isso é importante para entender esse reconhecimento olímpico de uma nova modalidade desportiva.

Na série você tem a regulamentação do futebol, ao qual muito o desporto eletrônico se assemelha. É modalidade de trabalho tal qual é o futebol, ou outras modalidades desportivas que deverão ser tidas como profissionais se o atleta retirar dela o seu sustento.

A esse respeito, entendo haver um equívoco, com a devida vênia do legislador, na Lei Geral do Desporto, 9.615/98. Esta trata como profissional apenas aquele atleta que tem contrato especial trabalho desportivo. Ele é um profissional empregado, mas o que não significa que não possa existir um atleta profissional autônomo. A lei tem esse senão e no artigo 28, no parágrafo 3º, ela diz que as regras de desporto autônomo não são aplicáveis ao desporto coletivo.

Acerca da necessidade de regulamentação do e-Sport, não há obrigatoriedade de lei específica que diga que o e-Sport deve ser reconhecido como desporto. Não temos uma lei dizendo que o futebol é uma modalidade desportiva.

Entretanto, no Brasil, necessitamos de segurança jurídica para definirmos a legislação aplicável às controvérsias advindas das relações jurídicas. Ao se reconhecer o e-Sport como desporto, haverá uma uniformidade jurisprudencial acerca das leis aplicáveis.

Além de uma regulamentação para recebimentos de recursos públicos e privados, restará definida a aplicação da Lei Geral do Desporto e, em caso de direito do trabalho, aplica-se a CLT subsidiariamente e eventuais outras legislações trabalhistas e a legislação previdenciária. Esta previsão já está contida na própria Lei 9.615/98 para o desporto em geral. Logo, admitindo-se o e-Sport como desporto, suas relações jurídicas passam a ser regidas por estas leis.

6 - ULRICH, Beck. Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2010. ISBN 978-85-7326-450-0, p. 23.

7 - DE MASI, Domenico. O Ócio Criativo. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. ISBN 85-8679645-X.

8 - MANDIN, François. *Apud AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo*. In: Direito do Trabalho Desportivo. Os aspectos jurídicos da lei Pelé frente às alterações da Lei. N. 12.395/2011. (Org.) BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. São Paulo: LTr, 2013. p. 9.

No caso dos e-Sports haveria apenas a diferenciação da prática do desporto eletrônico autonomamente, porque se trataria de um desportista autônomo. Já se a prática for coletiva, a exemplo do *League of Legends*, será necessário o contrato especial trabalho desportivo, portanto, o reconhecimento do vínculo desportivo em relação à equipe.

A respeito do reconhecimento do e-Sport como desporto olímpico, precisamos compreender os modelos de formação desportiva. Existem dois modelos, o americano e o europeu. O modelo americano traz a ideia do desporto vinculado diretamente à educação. A formação desportiva ocorre em escolas e universidades. Já o modelo europeu, adotado no Brasil, utiliza os clubes ou escolas para formação, ainda que haja alguns incentivos por parte do Poder Público.

O modelo americano se constitui em ligas, com conceitos mais mercadológicos e independentes, já o modelo europeu, adotado pelo Comitê Olímpico Internacional, traz a organização federada. Portanto, com essa finalidade olímpica que estamos a analisar, o sistema organizacional pressupõe a organização federada e a organização olímpica. Esta última se utiliza da primeira, constituindo assim o modelo piramidal do sistema olímpico.

O reconhecimento do e-Sport como desporto olímpico se impõe por sua importância social ou sociocultural e jurídica. As razões desta importância se materializam na percepção de atleta em estar praticando uma efetiva modalidade desportiva olímpica; é o fim do preconceito de que o jogador de videogame competitivo não é um atleta. Hoje você tem verdadeiros atletas, com rotina e vida de atletas. Particularmente, inclusive, por conta disso parei de usar a terminologia ciber-atleta.

A percepção de atleta auxilia no sentimento de importância da prática, de produtividade e, consequentemente, implica em um olhar mais atento da sociedade para uma regulamentação adequada, correta, a fim de evitar situações de exploração, como sabemos existir inclusive no mundo futebol.

Com essa ideia mais presente e difundida, protege-se mais contra problemas de assédio sexual e moral, explorações financeiras além de outras situações já noticiadas na mídia que ocorrem em *gaming houses* ou em *gaming offices*. Com o reconhecimento desportivo o desenvolvimento mercadológico e a fiscalização ficam simplificados e mais eficazes.

E a consequência disso para o movimento trabalhista é a ampliação do mercado de trabalho, a quantidade de novos trabalhos e empregos, a quantidade de negócios que surgem. Há um aumento de comercialização que acontece dentro do mundo desportivo.

Mas existem alguns entraves para esse reconhecimento olímpico que necessitam ser superados. O primeiro deles, já mencionado, o preconceito. Segundo a descontinuidade do game, que é o jogo ficar ultrapassado, e que está junto com a exclusão do *publisher*. Há segmentos defendendo a regulamentação do e-Sport no Brasil, utilizando o modelo federativo, mas excluindo o *Publisher*, que é o fabricante do jogo.

Na verdade, me posiciono de forma contrária a isso. O fabricante deve ser um *player* como todos os outros e deverá ser trazido para dentro do mercado desportivo para conciliar interesses comuns e compreender que o jogo de sua fabricação não deve ser descontinuado, podendo ser atualizado. Tal como o futebol tem alterações de regras, tal como o vôlei muda suas regras, o e-Sport pode sofrer alterações em alguns games, mas mantém aquela estrutura, a essência, e difunde esse jogo de um modo que o universo de prática aumente, desestimulando a ideia de descontinuação do game.

Superados os entraves, o reconhecimento olímpico de uma prática desportiva necessita que ela observe cinco princípios. O primeiro, a uniformidade da regra. O segundo a representação unitária. Estes são corolários, pois uma federação elabora uma única regra para todos a ela filiados. Por isso tem-se o modelo piramidal formado por atleta, clube, federação, confederação, federação internacional, porque só elas dialogarão com o Comitê Olímpico Internacional.

Assim, apenas uma federação por país vai dialogar com uma federação mundial e essa federação mundial vai dialogar com o Comitê Olímpico Internacional. Na mesma esteira, o terceiro princípio é o da filiação obrigatória. Este também se apresenta com estreita relação com os anteriores, pois os demais princípios só funcionam se quem participar do movimento olímpico estiver obrigatoriamente filiado ao sistema.

Vale salientar a esse respeito o que ocorreu recentemente nos Jogos Olímpicos de Tóquio. A fim de se fazer um ensaio do desporto eletrônico nos jogos, inserido no movimento, realizou-se uma espécie de pré-olimpíada de eSports antes do início oficial do evento. Algumas modalidades olímpicas ligadas a federações tradicionais como, por exemplo, futebol, basquetebol, dentre outras, tiveram uma competição em suas modalidades de e-Sports.

Em que pese isso pareça um bom início para o objetivo que estamos aqui a tratar, vejo com ressalvas a iniciativa, pois existe o risco de segregação, um risco de discriminação, porque, por exemplo, o LOL jamais se incluiria nessa relação, além de tudo ficar restrito ao desporto off, ou analógico, o que não atende ao desenvolvimento completo do sistema que estou a defender.

Outro princípio olímpico fundamental é o *fair play*, o jogo justo, limpo. O ideal do olimpismo é todo fundamentado nesse conceito, que se apresenta como a boa-fé no mundo jurídico.

O último ideal olímpico, do princípio olímpico, seria a igualdade. E em relação a isto o desporto eletrônico mostra que sua prática cumpre os ditames da carta olímpica, porque não tem desporto mais inclusivo e mais social que o desporto eletrônico.

Na verdade, a própria divisão em categorias torna-se desnecessária no desporto eletrônico. Não é imprescindível dividir homem, mulher, criança, adulto. Todos podem praticar, sem a menor razão para categorização. O desporto eletrônico une e inclui pessoas que estariam excluídas das modalidades off do desporto. Ocorre a materialização do conceito de integração social, e isso é a plena manifestação de um direito fundamental.

Portanto, caminhando para a conclusão, temos que o e-Sport pode ser um desporto olímpico, e já passa da hora desse reconhecimento. Percebendo-se melhor esta realidade haverá maiores e melhores oportunidades de negócio e trabalho.

Especificamente no mundo trabalhista, as relações jurídicas advindas do e-Sport serão reguladas pela CLT enquanto o atleta for profissional com contrato especial de trabalho desportivo, jogando um jogo coletivo. E a regulamentação ocorrerá pela legislação civil, um contrato civil, um contrato autônomo, quando o atleta prestar serviço para alguma equipe, mas jogar de forma autônoma, em um jogo individual.

O grande desafio do momento para o escopo desse estudo é organizar o desporto eletrônico federativamente de modo que a federação tenha maior representatividade e legitimidade, pois diversas entidades de administração de desporto eletrônico já existem, porém, sem unidade. Junto com isso encontrar uma forma de participação dos fabricantes dos games no sistema organizacional do desporto.

Reconhecendo o e-Sport como desporto olímpico haverá maior satisfação dos praticantes e dos torcedores no âmbito social e haverá segurança jurídica e estabilidade no ambiente jurídico. Consequentemente, haverá redução do índice de demandas na Justiça do Trabalho, que vem crescendo em ritmo considerável.

Por fim, a questão da legislação no espaço. Tratando-se de modalidade desportiva em que o contrato de trabalho ocorre em um país, o atleta é de outro, a equipe de um terceiro e a competição em um quarto país, o direito do trabalho já enfrenta e resolve a questão, afinal sempre foi e continuará sendo desenvolvido. Aplicar-se-á a norma mais favorável, como previsto, por exemplo, na Lei 7.064/82.

PARTE V

**NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O NOVO
PROCESSO DO TRABALHO
PÓS-REFORMA TRABALHISTA**

Capítulo 30

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA PÓS-REFORMA TRABALHISTA

Ricardo Patah

Presidente do Sindicato dos Comerciários de São Paulo (desde 2003). Presidente da central União Geral dos Trabalhadores - UGT. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu e em Administração pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP).

Neste período de transição do governo Bolsonaro para o governo Lula, pode se dizer que, de um jeito ou de outro, o cenário mudou. Ele tem, com certeza, uma perspectiva, agora, muito distinta do que vivíamos até o momento.

Então, este é o cenário em que devemos desenvolver e construir o mundo das negociações coletivas para o ano de 2023, considerando que há menos possibilidades de conquistas por causa da reforma trabalhista, que complicou as negociações.

Na reforma de 2017, da qual participei, em parte – pois fui em todas as audiências públicas, naquela época, o Ronaldo Nogueira, ministro do Trabalho do governo Temer, tinha proposto sete mudanças. E nós, da UGT, achávamos que era importante, principalmente, uma que ficou na reforma definitiva, que é o negociado sobre o legislado, que considero o instrumento mais relevante e mais importante que o mundo sindical deve utilizar, juntamente com a área empresarial. Os quais refiro-me: é negociar, é dialogar. Fazendo-se necessário trazer para as mesas, as necessidades efetivas das peculiaridades ou de empresas ou de categorias, para que tenhamos a capacidade e a sensibilidade de superar adversidades.

Dos sete itens, o Rogério Marinho, na época deputado federal e como relator da reforma trabalhista, ampliou para mais de 100 itens. E, na nossa interpretação, focou muito em diminuir a capacidade do movimento sindical em vários temas, mas em especial no custeio. Mas aqui também adianto, nós do movimento sindical e da UGT, não pretendemos revogar a reforma de 2017. Isso não nos interessa e nem ter de volta o imposto sindical.

Quando foi concluída a reforma, houve na imprensa e no parlamento uma valorização de que “teria acabado a mamata”, e que “o movimento sindical não serviria para nada”, “o movimento sindical era só de bandido, só para se enriquecer, e que isso acabou”. “Era uma utopia.” “Uma conversa ridícula, para boi dormir.” Comentários que nada tinham a ver com um Brasil que precisa do sindicalismo para crescer, pois faz parte da democracia.

E até duas questões foram postas na época: que haveria geração de milhões, ou seja, mais de um milhão de empregos já em 2018 e que os trabalhadores não pagariam a contribuição sindical e poderiam até comprar carro, essa era a conversa do governo Temer.

Quer dizer, o trabalhador foi induzido a uma compreensão totalmente equivocada, mas, de qualquer forma, a reforma aconteceu, e cinco anos já se passaram. O movimento sindical nesse período teve dificuldades muito grandes, não há dúvida. De uma hora para outra acabam os recursos, e, além disso, entra o governo Jair Bolsonaro, com um foco, na nossa compreensão, de não diminuir a capacidade do sindicato, mas de exterminar o movimento sindical.

Vale lembrar que, na véspera do Carnaval de 2019, foi editada a medida provisória 8.7.3, impedindo que os trabalhadores sócios do sindicato tivessem o desconto na folha de pagamento da sua contribuição. Ou seja, iniciou um processo de perseguição muito grande para com o movimento sindical, sem levar em conta outras medidas provisórias, como a carteira verde-amarela, e, uma série de outras que conseguimos no segundo tempo, depois de muita negociação derrubar no Senado.

Jair Bolsonaro iniciou dessa forma e, logo em seguida, houve a pandemia. Então, reforma sindical, governo Bolsonaro e pandemia são elementos que realmente nos trouxeram uma ampliação de dificuldades e, infelizmente, de tristeza por conta de mortes, desalento, desemprego e assim por diante.

Passado esse período, ou esses temas, tivemos um outro elemento que já estava iniciado há algum tempo, que é a quarta revolução industrial e o 5G. Lembrando que a terceira revolução industrial, 30 anos atrás, impactou muito no mundo financeiro e no mundo rural, agronegócio e assim por diante.

No mundo financeiro, por exemplo, uma instrumentalização extraordinária da tecnologia, diminuiu de 1 milhão para 400 mil o número de bancários no Brasil em pouco tempo, por conta dessa implantação. E no mundo do agronegócio, a mecanização foi muito mais eficiente.

Não estou nem fazendo juízo de valor, se foi bom ou se foi ruim, porque para certas questões foi ótimo, porque sabemos também que a atividade que ocorria antes da mecanização era uma atividade, muitas vezes, penosa e com trabalho quase análogo à escravidão. Então, surgiram essas mudanças importantes e fomos nos adaptando.

Já a quarta revolução industrial, atinge todos os setores, principalmente na área de comércio e serviços. Como sou comerciário, venho acompanhando uma das atividades que está recebendo uma ação importante, que é o caixa sem o operador. E a maior parte dos supermercados hoje tem no mínimo 30, 40% das suas operações sem o operador de caixa.

Comecei a trabalhar em 1972, há exatamente 50 anos, e agora, sou funcionário do Pão de Açúcar. A loja onde comecei a trabalhar localizada em Pinheiros, São Paulo, com uma estrutura de 7 mil metros quadrados e tinha por volta de mil funcionários na época. A mesma loja hoje tem 320.

É a ficção de livros como o “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley, ou “1984”, de George Orwell, ou do mundo dos “Jetsons”, desenho animado de 1961 de qual sou fã, se tornando realidade. O desenho mostrava inúmeras novidades eletrônicas que viriam e realmente aconteceram. Parece que chegou de forma rápida e não estávamos nos dando conta disso.

Para mim, esse é um dos desafios mais relevantes que devemos buscar: como dialogar, e como manter emprego, com a diminuição que ocorre por conta da tecnologia? Aí as pessoas dizem: “mas a tecnologia também gera emprego”.

É verdade, gera emprego numa outra ponta, mas numa quantidade muito menor e altamente qualificada. E aqui posso destacar os comerciários de São Paulo que têm feito, nos últimos anos, uma atividade que se chama Mutirão do Emprego. Fato que muitos devem ter acompanhado em jornais, porque reunimos 10 mil pessoas no Vale do Anhangabaú buscando a vaga, buscando o emprego.

E conseguimos com a solidariedade das empresas, 10, 12, 15 mil vagas num momento que não tinha o emprego. Mas não conseguimos preencher as vagas, exatamente por falta de qualificação, que é um dos temas que pretendo focar.

A operadora de caixa, com salário de 1.400, 1.500 reais, se não tiver o mínimo de conhecimento tecnológico, não consegue o emprego. Tínhamos 4 mil vagas de operadores de caixa, não preenchemos 2 mil. E aí fizemos o que é mais importante, que é uma parceria com o grupo Sistema S, lá em São Paulo, com o Instituto do Governo de São Paulo, de qualificação, e fizemos a qualificação sob medida.

Todo esse arcabouço que estamos vivendo hoje, percebemos que na pandemia, principalmente, essa quarta revolução foi extremamente potencializada como: Home office, teletrabalho, aplicativos, e-commerce, entre outras questões. São coisas que já estavam previstas, mas elas foram ampliadas de uma forma exponencial. E aí ficamos muito sem saber como desenvolver.

No caso do home office, ou teletrabalho, em especial, a nossa preocupação maior começou a ser por conta da saúde do trabalhador, que é um outro tema por muitas vezes fica esquecido. E

esse tema é muito relevante, que precisamos buscar regras ou alternativas para que possamos ter preocupações com o novo ambiente de trabalho, que agora é a casa da pessoa, que pode não ter as condições (ergométricas ou outras) necessárias para que a saúde do trabalhador seja preservada, inclusive a saúde mental.

Tivemos muitas questões relativas à saúde mental do trabalhador. Desafios que vieram para ficar, mesmo a pandemia estando diminuída e quase extinta. Espero que seja brevemente, pois esses sistemas todos ficarão diante dessa nova realidade, o desafio é: como negociar temas como esses ligado à tecnologia?

Uma preocupação que temos é como devemos negociar a questão dos aplicativos. Na UGT, temos a representação de todos os trabalhadores de Uber no Brasil e de muitos trabalhadores motoboys em São Paulo e outras capitais. E mais de 12 milhões de trabalhadores de comércio e serviços, a base da pirâmide. Talvez seja um dos temas que não conseguimos ainda nos entender. O judiciário está dividido em formalizar ou não formalizar. Enquanto não se resolve isso nesse limbo jurídico, as pessoas morrem ou adoecem ou não há proteção.

Então é também um dos desafios de como devemos enfrentar em 2023, com mudanças que vou adiantar, como sugestões que temos, não o que vai ocorrer e que possamos, de forma conjunta, buscar soluções importantes para a vida do trabalhador, para a segurança do trabalhador.

No caso dos motoboys, estamos negociando com algumas empresas e com o governo, através do ministro do Trabalho Luiz Marinho. Enquanto não se tem formalização, nem sei se haverá essa pacificação no entendimento da formalização, mas que se tenha seguro de vida, seguro da moto, segurança e alguns princípios que possam ser consagrados, sem que haja necessidade da formalização. Esse tema é delicado, pois a área patronal disse que, se ocorrer isso, eles vão deixar de ter o negócio, então milhares de pessoas vão deixar de ter o emprego.

Portanto, a equação é muito complexa, mas para que possamos construir esses desafios compreendidos, precisamos ter um entendimento, a meu ver, como um pacto nacional. Seriam empresários, trabalhadores, governo, e, não há dúvida nenhuma, que a área do judiciário será extremamente importante para que possamos pacificar algumas compressões.

Então quais os temas que nos desafiam para que se possa ter um 2023 com algumas mudanças?

Como adiantei, não estamos buscando a revogação da reforma de 2017, nem a volta da contribuição sindical, mas quais serão as necessidades que o mundo sindical hoje está debatendo e discutindo, pois estou dentro do processo de transição no tema trabalho. Houve uma conversa com o Ministério Público, em um dos temas abordado com o grupo, que é formado de vários técnicos altamente qualificados e alguns dirigentes sindicais, entre eles eu. A nossa preocupação enquanto transição hoje é exclusivamente fazer um diagnóstico.

Não estamos na transição construindo a reforma sindical futura ou as necessidades efetivas de mudanças que se façam na relação capital e trabalho. Hoje, estamos tentando buscar saber como se encontra o Ministério do Trabalho.

E o Ministério do Trabalho, todos sabemos, que deixou de existir no governo Bolsonaro, passou a integrar o Ministério da Economia, junto a outros ministérios, e voltou a funcionar há um ano e meio atrás por conta de um palanque político para o Onix Lorenzoni, que seria e foi candidato no Rio Grande do Sul, para que ele tivesse visibilidade para a sua candidatura. Ele não voltou com as questões essenciais necessárias, não conseguiu se eleger. E é esse tema, nesse diagnóstico, que vamos buscar e construir o Ministério do Trabalho, que seria importante para nós.

Na nossa visão, o melhor Ministério do Trabalho ocorreu quando o Getúlio Vargas, presidente, e o João Goulart era o ministro da pasta. Foi lá que o salário-mínimo teve um ganho extraordinário e muitos dos temas construídos existem até hoje, alguns deles foram desfigurados na Reforma de 2017. Esse Ministério, com certeza, mesmo num governo progressista e com Lula

como presidente, não vamos conseguir desenhar. Mas queremos um Ministério do Trabalho que seja exclusivamente do trabalho. Não queremos Ministério do Trabalho e Previdência, juntos.

Queremos dois Ministérios específicos e o Ministério do Trabalho tem que ter algumas especificidades, pois ele tem que ser voltado para ajudar a construir a política do salário-mínimo. E o salário-mínimo, com certeza, será a única decisão presidencial com relação aos temas demandados por nós, que a partir de 1º de janeiro deverá ser editado ou construído e será como era há pouco tempo atrás; a recomposição da inflação mais o ganho do PIB dos dois últimos anos, terá por volta de R\$ 90 a mais por conta desse desenho. É pouco R\$ 90, mas multiplicado por mais de 30 milhões de pessoas é um valor bastante substancial para entrar na economia.

Essa talvez seja a única questão que, já em 1º de janeiro, será anunciada pelo Presidente da República. Os outros temas que estamos construindo são qualificação, capacitação diante da questão que coloquei da quarta revolução e buscar uma dinamicidade mais ampla para que possamos ampliar a condição do trabalhador ter no quadro de carreiras um crescimento.

Então, buscaremos alternativas para essa finalidade. Valorizar de novo a Fundacentro – Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho, que praticamente foi sucateada, para que tenhamos uma Fundacentro fortalecida que possa dar oportunidades para que o mundo sindical, o mundo empresarial, tenha condições efetivas de tratar desse tema da saúde, que com certeza vai aprofundar nos próximos tempos também por conta do que estamos vivendo. Políticas importantes relativas a outro tema, política de industrialização.

É um absurdo, na nossa ótica, um país continental e que tem commodities extraordinárias, o que exportamos e não exportamos com valor agregado exatamente pela nossa incapacidade de um parque industrial diminuto. Então, é voltar a ter a indústria que tínhamos no passado, que representava 18, 20, 21% do PIB, hoje é menos de 8%.

Isso é muito ruim, principalmente pelo desenho do nosso país e pela riqueza que temos, tanto no agronegócio quanto em minérios e no povo extraordinário. Então, é uma questão também que está sendo debatida e discutida de forma correlata, possamos desenhar, em 2023, a nossa participação. Queremos de volta os conselhos, a maior parte dos conselhos foi extinta, principalmente aqueles ligados ao governo federal.

É importante dizer que nos Estados Unidos o presidente Roosevelt eleito pelo partido democrata quatro vezes, foi o único eleito naquela oportunidade e passou por várias crises. Sabemos que os Estados Unidos é um país extremamente capitalista e os republicanos ou democratas têm a questão principal do capitalismo como vetor fundamental. Mas ele sempre optou por decisões que focassem as questões sociais e nas crises mais importantes, os recursos foram muito canalizados para a área social, diferente do governo atual, que é um governo liberal, nada contra, ele foi eleito democraticamente, não precisamos deixar muito claro, um governo de direita e liberal.

Mas com as crises que tivemos, se não há o foco social, a crise é impossível de ser superada. E lá nos Estados Unidos, muitas dessas oportunidades foram exatamente por isso. Essa também é a nossa proposta, que tenhamos condições de capilarizar recursos do ponto de vista social. Agora, é lógico, todos temos ciência e não podemos falar, de onde é que vem o dinheiro? Como é que vai aumentar o salário-mínimo? E a lei da responsabilidade fiscal? E o teto?

Nós, do movimento fiscal, somos favoráveis que essas questões também sejam compreendidas, temos que ter a capacidade de construir um país com distribuição de renda, com educação, com saúde, e que no mundo sindical em especial, tenhamos a possibilidade efetiva de instrumentalizar o que é melhor para o nosso país.

O emprego é fundamental e, para o trabalhador, é o patrimônio mais relevante e mais importante. Se ele não tem um emprego, ele não é cidadão. E há muitas pessoas que não têm cidadania e estão no desalento. E é para essas pessoas que nós vamos construir. Enfatizo tanto isso, porque todos temos a compreensão de que o nosso país é um país rico. Não há país que tenha tanta terra agricultável como o Brasil, nem a China, que é muito maior que o Brasil, não

tem. Temos que ter três safras por ano. Temos minérios, mais que qualquer outro país, inclusive minérios para as baterias de automóveis, o nióbio que serão usadas nos carros do futuro.

Como participante de um grupo de desenvolvimento, denominado, Rota 2030, que é exatamente onde vai tratar da mudança dos motores da combustão para os motores elétricos, onde três setores vão sentir muito isso, a questão dos ferramenteiros, das metodologias, os comerciários nas revendas e os trabalhadores de impostos de gasolina. Então, temos uma possibilidade extraordinária.

E por que o Brasil não consegue superar? Por que no Brasil há má distribuição de renda? Por que o IDH, que mensura educação, saúde e segurança, nos coloca numa situação muito ruim? Por que tudo isso não é possível?

Então, temos que ter a oportunidade, e temos agora, de construir um Brasil através do diálogo. A negociação coletiva passa a ser o tema mais extraordinário, buscando entre empresários e trabalhadores, por isso essa arte de como vamos conseguir isso. São alguns temas que temos como compreensão que devemos alterar.

A questão da ultratividade que hoje é permitido na atual legislação, empresários e trabalhadores sem a participação dos sindicatos fazendo acordo, estamos contra isso. O comum acordo para distribuição coletiva, apesar que sei que muitos são contra o poder normativo, mas acho que por tantas dificuldades que temos no Brasil, ainda há muito a percorrer, essa questão ainda passa a ser relevante, porque o judiciário, que tem o equilíbrio, a compreensão, através das primeiras instâncias, das varas, de compreender as dificuldades e nos ajudar quando há dificuldades no acordo. Sei que isso é um tema polêmico, mas temos a intenção de que seja revogada essa questão da necessidade do comum acordo: as homologações. É muito importante que as tenhamos.

Há denúncias, e, infelizmente, muitas pessoas são dispensadas, vão procurar seus direitos e assim por diante, e no começo a dificuldade para entrar na justiça por conta da sucumbência.

Mas é muito importante que tenhamos essa compreensão. São poucos itens que nós queremos no diálogo.

O governo Lula, com certeza, não vai impor, a partir do começo do ano, nenhuma mudança na estrutura de diálogo ou da reforma, sem que haja o debate com empresários e trabalhadores de governo. Isso, pode ficar tranquilo, não vai ocorrer. Temos um exemplo clássico, recente, da reforma da Espanha de 2012, e essa reforma, a nossa de 2017, copiou um pouco da de 2012, e os empresários da Espanha estão pedindo para que haja uma mudança, porque lá foi instituído o trabalho intermitente, com outro nome, e 40% da população daquele país ficou sob esse regime, a massa salarial caiu muito, e com a pandemia, sem turismo, a economia entrou em parafuso.

E, com certeza, similar ao que está sendo feito na Espanha, podemos construir aqui no nosso país, com o diálogo, para que possamos ter, nas negociações coletivas, um protagonismo do movimento sindical, do movimento empresarial, e que possamos ter essa capacidade de resolver.

O custeio, que é um dos temas mais sensíveis, estamos pensando em construir, através de uma Assembleia soberana. Assembleia essa com regras, porque todos sabemos que há categorias enormes, chamam para fazer Assembleia, categoria de 100 mil, faz Assembleia com 10 para aprovar para 100 mil. Isso não pode acontecer, temos que construir, desenhar algo que seja equilibrado, mas que possa ter o movimento sindical, uma condição que lhe dê garantia de sobrevivência, para que possa trabalhar em prol dos seus representados, no Brasil, no equilíbrio necessário, para que possamos voltar a alcançar possibilidades efetivas de crescimento.

Já fomos a sexta economia do mundo, caímos muito. Existe ainda a crise da Rússia com a Ucrânia, que na Europa tem trazido problemas graves, mas certamente também será um elemento que nos trará possibilidades de desafios importantes.

Capítulo 31

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXRAJUDICIAL, HORAS EXTRAS E COMPENSAÇÃO DE JORNADA

Amaury Rodrigues Pinto Junior

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP (2015); Autor do Livro “A quantificação do dano: acidentes do trabalho e doenças ocupacionais”.

Neste capítulo serão explorados dois aspectos que são muito práticos. O primeiro diz respeito à “homologação de acordo extrajudicial” - uma novidade que veio com a reforma para regular situações corriqueiras no âmbito da Justiça do Trabalho.

Participo da Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2), juntamente com o Ministro Douglas, e nos deparamos com diversas situações de lides simuladas para obter quitação do contrato de trabalho. Essa era uma realidade cotidiana e a SDI-2, inclusive, já decidiu que só é aceitável se conseguir demonstrar o vício de vontade do trabalhador naquele caso.

O fato de ter sido ajuizada na Justiça do Trabalho com o objetivo de homologar o acordo não é suficiente para justificar a rescisão. Isso porque na nossa realidade, no dia a dia, nos momentos contados com o direito do trabalho, sabemos que muitas vezes há interesse, inclusive, do trabalhador de rescindir - e não foi à toa que a Reforma Trabalhista veio com a possibilidade da rescisão por “mútuo acordo”.

Então, tínhamos situações em que o trabalhador queria ser desligado, mas não queria o ônus do desligamento, não queria a demissão, não queria perder o FGTS. Ou ele forçava uma ruptura, ou então chegavam a um acordo. Esse acordo seria simulado na justiça do trabalho através de uma lide que não existia.

A Reforma Trabalhista trouxe esse importante instituto: a rescisão por acordo. Aqui explorarei especificamente da homologação de acordo extrajudicial, já que estamos recebendo vários processos - estou há um ano e meio no Tribunal Superior do Trabalho e julguei muitos processos na 1ª Turma, tratando da homologação de acordo extrajudicial, que só chegam ao TST quando o Tribunal Regional recusa a homologação.

Faço parte da SDI-2, que julga as ações rescisórias, e são muitas de acordo judicial de uma ação trabalhista proposta na Justiça do Trabalho - acordo homologado e depois uma tentativa de rescindir esse acordo, mas não me recordo de uma rescisória de acordo extrajudicial.

Temos uma preocupação com a coação, com a fraude, com a possibilidade de o trabalhador estar sendo vítima de uma manipulação. Essa é uma preocupação natural e legítima do magistrado, mas destaco que o juiz do trabalho, na homologação por acordo extrajudicial, não está na autêntica função judicante, não está atuando diante de um litígio. A homologação de acordo extrajudicial diz respeito a uma jurisdição voluntária, que é, entre aspas, a administração judicial de interesses privados.

O interesse é privado, mas diante da sua importância e relevância, é atribuída ao juiz a atividade, digamos assim, fiscalizadora - fiscaliza e faz a parte da verificação de correção, exatamente porque há a preocupação da fraude, há a preocupação de manipulação dos vícios de vontade que podem surgir. Então, o papel do juiz ali não é julgar, mas sim prevenir a fraude, orientar, e, se entender necessário fazer uma audiência. Se tiver alguma dúvida, conversar, alertar o trabalhador. Sabemos que está dando quitação total do seu contrato de trabalho, você não poderá reclamar mais. Você sabe que é livre para aceitar o acordo?

Existe essa possibilidade, o que o juiz não pode fazer é dizer que o acordo dá quitação total, mas só aceitar a quitação parcial. Primeiro porque ele estaria desvirtuando o acordo, e também o desnaturando completamente. Segundo, repito, ele não está no papel de juiz que julga um litígio,

que julga uma causa litigiosa, está diante de interesses privados que precisam de um juiz para verificar se não há vício, se não há fraude, se não há irregularidade.

Em um acordo que tive, o empregado recebeu uma parte em pecúnia, outra parte em benefícios, plano de saúde por um ano, seguro de vida, consultoria para recolocação profissional, aquisição do veículo pela metade do preço do mercado, mas o acordo foi recusado porque faltaria atribuição do valor às parcelas que foram objeto do acordo.

Nesse caso, não estamos diante de direitos trabalhistas não adimplidos. Pode não existir direito algum. O acordo extrajudicial é resultado de mútuas concessões e não implica necessariamente quitação de direitos ou parcelas trabalhistas, o que afasta a incidência da Súmula nº 91 do TST: “Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador”.

Na verdade, as parcelas foram discriminadas, contudo, o Tribunal Regional não homologou o acordo, por entender que a discriminação de determinada parcela, você não pode dar quitação geral, porque isso é salário complessivo. Ocorre que não estamos diante de controvérsia de direitos - pode existir direito algum e é aqui que crescemos.

A transação não tem como pressuposto débitos que precisam ser quitados, mas apenas a existência de interesses antagônicos e que pela vontade dos negociantes são harmonizados. Isso é básico para que o juiz possa atuar com isenção numa homologação de acordo extrajudicial - precisa estar ciente de que não estamos quitando as verbas rescisórias. Aliás, se estiver quitando as verbas rescisórias é fraude. Temos agora na reforma a rescisão por mútuo do acordo, às vezes é de interesse do trabalhador rescindir o contrato.

Suponhamos que alguém viajará para a Itália e vai morar lá e precisa rescindir o contrato de trabalho, faz um acordo com o seu empregador, que não deve mais nada para ele, mas para prevenir litígios, para evitar dores de cabeça no futuro, para evitar enfrentar uma ação trabalhista, ele propõe um acordo.

O acordo é feito e, em seguida, pago determinado valor para que seja dada a quitação total. Não tenho direito, não tenho dever nenhum, não tenho obrigação nenhuma para quitar. Outra forma de argumento para não homologar acordo extrajudicial, tem sido, como disse anteriormente, a discriminação das parcelas. Aqui até houve discriminação, mas o juiz disse que discriminou, mas deu quitação total e salário complessivo não pode.

Na outra, o acordo era excelente, mas a justificativa para a não homologação era um valor muito maior do que o normal (verbas rescisórias e salário), abrangiam somente parcelas de natureza indenizatória para não incidir a contribuição previdenciária.

O acordo teve a sua homologação recusada porque estaria prejudicando terceiros, que seria a previdência. Volto a dizer que, não estamos diante de direitos trabalhistas a serem quitados, estamos diante de uma conciliação de interesses antagônicos. O dever do juiz seria homologar esse acordo, direi até algo que posso ser contrariado por colegas, pois nem mesmo a discriminação de parcela seria necessária. É o juiz que precisa dizer a natureza das parcelas para fins previdenciários - cabe ao juiz homologar o acordo e dar ciência à previdência.

Se a previdência tem algo a reclamar em relação a esse acordo, se acha que está sendo desvirtuada a sua natureza para não recolher previdência, ela deve entrar com as medidas cabíveis. Não há para o juiz a necessidade de se preocupar com a natureza das parcelas, porque o acordo extrajudicial não pressupõe débitos existentes ou direitos não cumpridos, demonstra apenas que as partes chegaram a uma conjugação de interesses para aquela situação, a fim de prevenir litígios.

Na 1ª Turma do TST, tivemos um bom debate a respeito disso. Essa decisão prevaleceu, por maioria, mas foi importante, pois a partir daí outras situações de homologação vieram. Isso é muito interessante, é muito importante que o juiz tenha essa visão, o que percebi que não existe.

O juiz pega a homologação por acordo extrajudicial como se fosse uma causa, um litígio normal em que o reclamante e o reclamado estão se combatendo, quando na verdade são dois que estão ali para resolver problemas, e o juiz é quem soluciona os problemas, não um causador deles.

Essa é a condução que tem sido dada na 1ª Turma, com a certeza de que na 4ª Turma também, na 5ª Turma já vi precedentes, também destaco precedentes da 8ª Turma nesse sentido.

Agora, em relação à quitação geral, no que tange à possibilidade de uma homologação parcial para dar quitação parcial, acredito que seja de entendimento de todas as turmas. Hoje não se aceita mais que o juiz homologue parcialmente, ou ele homologa ou não homologa. O que não pode e não deve ser uma coerência na jurisprudência do TST é dizer que o juiz é livre para não homologar.

Aliás, temos súmula (418) dizendo que a homologação não é obrigatória. Claro, não é obrigatória, mas é preciso motivar.

Se, em uma homologação de acordo extrajudicial proposta, todos os requisitos foram preenchidos, não há fraude, não há vício de vontade, observou-se o iter processual e o iter procedural, o juiz tem o dever de homologar, porque esse é o seu papel. Se não o fizer, é negativa de prestação judicial.

Não sei na 4^a Turma, mas, na 1^a Turma, não determinamos o retorno dos autos para o Tribunal Regional homologar, preenchidos os requisitos, homologamos o acordo extrajudicial.

Prosseguindo, tenho mais temas para discorrer: Direito intertemporal, intervalo intrajornada, não concessão ou concessão parcial, anteriores e posteriores à reforma, que mudou radicalmente essa questão, essa disciplina.

Vejamos, sob a égide do regime antigo, a Súmula nº 437 do TST firmou o entendimento no sentido de que a não concessão ou concessão parcial do intervalo intrajornada geraria direito ao pagamento total daquele intervalo, com natureza salarial e acréscimo de 50%. É hora extra, normal - com a reforma trabalhista houve mudança legislativa da situação. É devido apenas o tempo suprimido, com natureza indenizatória e com acréscimo de 50%. Perfeito, mudou a legislação.

Quanto aos contratos vigentes à época da reforma trabalhista, a situação do trabalhador que tinha o intervalo suprimido antes e continua suprimido depois, não está completamente pacificada no Tribunal Superior do Trabalho, mas eu diria que a maioria das turmas tem definido na forma que a 1^a Turma definiu, no sentido de que, apesar de proteger o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, o ordenamento não confere igual estabilidade à expectativa de direito e a institutos jurídicos em face de alterações legislativas supervenientes.

O direito antes da reforma é preservado porque o empregado teve o intervalo intrajornada suprimido na vigência de uma legislação que lhe garantia o direito ao tempo integral com natureza salarial e com acréscimo de 50%. Porém, em relação ao período pós-reforma, o direito não existe, não se completou, era uma mera expectativa.

Então, se o empregado teve o intervalo suprimido pós-reforma, nesse período o contrato de trabalho será regido pela nova legislação. É simples, não se pode falar em direito adquirido no futuro. Para que se tenha direito adquirido, é preciso que exista uma legislação garantindo esse direito e que se tenha completado o requisito dessa legislação.

A posição do Tribunal Superior do Trabalho não é uniforme quanto à matéria. Há precedentes no sentido de que, em relação ao tempo anterior à reforma, aplica-se a Súmula nº 437 do TST, mas no período pós-reforma há que se aplicar a lei e não o entendimento consubstanciado na referida súmula.

De outra parte, temos julgados, no sentido de que, tratando-se de direito material, notadamente parcela salarial, a alteração legislativa que supriu ou alterou o direito à parcela não alcança os contratos daqueles trabalhadores que já possuíam o direito ao seu pagamento, tampouco atinge efeitos futuros de contratos iniciados antes de sua vigência. Esse último posicionamento alberga a tese de que o direito proveniente da legislação anterior se agregou ao contrato e não pode ser modificado.

Com todas as vêrias, entendo que não há realmente direito adquirido, tampouco direito a regime jurídico imutável. A legislação veio para ter vigência. Aliás, esse seria um efeito absolutamente deletério da reforma trabalhista. Se eu entender que a lei nova só se aplica aos contratos novos, o que eu estou falando para o empregador? Demita todo mundo e contrate do zero - não é isso que o legislador quis, não é isso que se espera de uma sociedade solidária.

Então, o entendimento quanto à garantia do regime jurídico frente à nova legislação parece não ter sustentação teórica; além de trazer grandes preocupações a respeito da segurança jurídica.

Sobre as horas extras e à compensação de jornada, não vou poder discorrer muito, mas adianto que a questão é de direito intertemporal também. A nova legislação estabeleceu critérios de compensação de jornada muito diferentes do que aqueles agasalhados pela legislação anterior e pelas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Penso que, o caminho é exatamente o mesmo - interpretar o direito do trabalhador antes e depois da Lei nº 13.467/2017.

Um trabalho especial para os advogados: eles precisam prequestionar essa mudança e questionar no Tribunal. Eles sabem que no recurso de natureza extraordinária o funil é pequeno e é preciso que as questões sejam previamente debatidas. Já julguei diversos processos que as horas extras são deferidas pelos critérios anteriores à reforma trabalhista de 2017 em contratos que continuam vigentes, não havendo nos autos nenhuma discussão a respeito da mudança legislativa. A questão é importante, mas precisa ser prequestionada nas instâncias ordinárias.

Portanto, a reforma trabalhista trouxe numerosas mudanças relativas à jornada de trabalho. Destaco, aqui, a possibilidade de as partes estabelecerem, inclusive por acordo individual escrito, horário de trabalho de 12 horas seguidas por 36 horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

A reforma nesse aspecto foi ótima, pois legitimou esse sistema de jornada, que não é prejudicial, embora muitos digam que é prejudicial para o trabalhador. Vejo os trabalhadores querendo esse tipo de jornada. Claro que vai ficar difícil se pegarem dois empregos, mas o trabalhador não é um incapaz. Se trabalhar em dois empregos com jornada de 8 horas por dia, vai trabalhar 16 horas por dia.

O regime 12 por 36 é largamente utilizado nos hospitais e no sistema de vigilância, e só vejo os trabalhadores felizes e preferindo trabalhar nesse sistema. Acho muito importante 36 horas ininterruptas de descanso, não vai ter indenização do intervalo, a não ser de forma indenizada, ou seja, não temos discussão, a Súmula nº 437 do TST fica longe de aplicação aqui.

Capítulo 32

REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/17) NO PROCESSO DO TRABALHO: REPERCUSSÕES NA QUANTIDADE E DURAÇÃO DOS PROCESSOS

Cristiano Siqueira de Abreu e Lima

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB (2000). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Mackenzie/2001); e Economia do Trabalho e Sindicalismo (UNICAMP/2006). Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos (University of Essex /2010) e mestre em Teoria Crítica de Direitos Humanos (Universidad Pablo de Olavide /2012);

Em minhas reflexões, a primeira pergunta que me veio à mente a partir do tema proposto para este capítulo foi entender se as mudanças promovidas pela reforma trabalhista eram tão significativas a ponto de refundarmos o processo do trabalho ou de pelo menos termos um processo de trabalho com feições novas e bem diferentes.

E a resposta não me pareceu tão simples, pois precisaríamos avaliar se houve alteração clara na arquitetura do processo do trabalho a ponto de transformar suas principais características.

Na minha percepção, o processo do trabalho, enquanto um conjunto de regras, princípios, institutos e instituições destinados a regular a atuação do Estado e das partes na solução de conflitos trabalhistas, foi em sua origem concebido com base em dois pilares bem claros: favorecimento ao acesso à jurisdição, em especial do empregado e celeridade na solução jurisdicional em razão da natureza alimentar dos créditos trabalhistas.

Esses dois alicerces sustentaram várias regras do processo do trabalho. São exemplos de institutos que buscaram facilitar o acesso à jurisdição trabalhista: assistência judiciária gratuita pelas entidades sindicais para todos os membros da categoria; admissão restritiva de honorários advocatícios apenas no caso de assistência por advogados do sindicato, realidade que foi alterada e amplificada pela reforma trabalhista; reconhecimento de *jus postulandi* às partes; possibilidade de apresentação de reclamação oral com breve exposição de fatos e de contestação oral; interposição de recursos por simples petição; previsão constitucional de um TRT para o Estado, posteriormente substituída pela Reforma do Judiciário (EC 45/04) pela possibilidade de instalação de câmaras regionais e varas itinerantes; regra de competência territorial a partir do local da prestação de serviços e não do domicílio do réu.

Por sua vez, são exemplos que bem sinalizam o interesse do legislador processual em promover o processo do trabalho dentro de duração razoável: valorização da oralidade; concentração dos atos processuais; preferência normativa pela realização de audiências unas, com a possibilidade, ainda que incomum, de prolação de sentença naquela mesma oportunidade; simplificação do sistema recursal caracterizado pela irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias; unirrecorribilidade recursal e previsão normativa de poucos recursos trabalhistas cabíveis; e possibilidade de inauguração de ofício da fase de satisfação de sentença até a reforma trabalhista.

Resta, portanto, refletir em que medida a reforma trabalhista alterou esses dois pilares. A Lei 13.467/17 promoveu profundas alterações na legislação material e processual trabalhista, não apenas reformulando institutos jurídicos já existentes, como introduzindo novos.

Para alguns, a reforma trabalhista representou avanço à regulamentação das relações trabalhistas ao adequar a dinâmica social e econômica à realidade atual, trazendo ambiente de maior liberdade contratual com incremento da segurança jurídica e menor interferência do Estado. Para outros, a reforma trabalhista foi concebida pela perspectiva exclusiva do setor econômico, com redução do patamar protetivo destinado aos trabalhadores, precarização das condições de trabalho e não apenas a dificultação da atuação processual de empregados, mas a facilitação dos meios de defesa dos empregadores.

Para além das referidas divergências, o fato é que as alterações e inovações normativas entraram em vigor em 11 de novembro de 2017, sendo possível reconhecer a previsão de algumas

mudanças capazes de potencialmente impactar os dois pilares anteriormente mencionados, acesso à jurisdição e celeridade do processo do trabalho. E aqui a minha análise será objetiva, sem estabelecer juízo de valor do acerto ou desacerto das mudanças promovidas. Afinal, independentemente de simpatias e ou antipatias, a reforma trabalhista está em vigor e precisamos aplicá-la, caso vencidos os testes de constitucionalidade e convencionalidade das mudanças promovidas.

Em relação ao acesso à jurisdição, algumas alterações empreendidas pela reforma trabalhista possivelmente se basearam na percepção de que o incremento de despesas processuais no caso de sucumbência, estimularia uma litigação mais responsável, comprometida com a realidade efetivamente vivenciada na relação jurídico-material. Afinal, sob esta perspectiva, a inexistência ou a dificultação de condenação em custas, emolumentos, honorários, advocatícios e periciais poderia favorecer não apenas o ajuizamento de mais ações, mas também a apresentação de mais pedidos infundados, excessivos ou dilatados, pois ainda que considerados posteriormente improcedentes, não haveria maiores consequências pecuniárias àqueles que buscavam descuidadamente a sorte no judiciário.

Nesse grupo de mudanças promovidas pela reforma, poderíamos incluir a condenação em honorários advocatícios por simples sucumbência, ainda que para o beneficiário da justiça gratuita: honorários periciais, mesmo pelo beneficiário da justiça gratuita; condenação em custas no arquivamento por ausência do reclamante audiência inaugural ou UNA, ainda que beneficiário da justiça gratuita; e critérios mais rígidos para concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Levantamento estatístico sugere que as referidas mudanças podem ter resultado na diminuição de casos novos nos anos seguintes à vigência da reforma trabalhista. Realmente, em junho de 2022, grupo de trabalho constituído pelo TST e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, apresentou relatório chamado “Diagnóstico dos Impactos da Reforma Trabalhista de 2017 na Justiça do Trabalho”, em que avaliados durante oito anos - quatro anos antes da reforma trabalhista e quatro anos depois, portanto 2014 a 2021 -, os seguintes fatores, variação do número de processos, tempo médio de tramitação, taxa de congestionamento, recorribilidade interna e externa na Justiça do Trabalho, quantidade de processos julgados na Justiça do Trabalho.

O relatório apontou que houve diminuição de 43,48% no número de ações novas ajuizadas quando comparado os números de 2021 com o de 2016. É bem verdade que não se pode atribuir exclusivamente a referida variação à reforma trabalhista, pois durante o período considerado tivemos, nos anos de 2020, 2021 e resquício de 2022, medidas de isolamento e restrição decorrentes do enfrentamento da pandemia da Covid-19, o que pode ter interferido no número de ações trabalhistas ajuizadas. Entretanto, não parece sensato descartar que as alterações promovidas pela reforma colaboraram inequivocamente com a diminuição do número casos novos. Afinal, apenas em 2018, ano seguinte à vigência da Lei 13.467/17, houve acentuada queda no quantitativo de casos novos nas Varas do Trabalho, 34,21%. Não por outro motivo, o relatório dos impactos da reforma trabalhista de 2017 na Justiça do Trabalho aponta que é “plausível atribuir referida queda de processos à vigência da reforma trabalhista, mais especificamente ao aumento potencial dos custos pela propositura de uma ação, pois não houve qualquer outro evento apto a ensejar significativa diminuição”.

Pessoalmente, acredito que precisamos analisar com um pouco mais de critério, porque várias questões, inclusive levantadas pelo Ministro Ives em seu capítulo, precisam ser efetivamente investigadas e analisadas.

Se é verdade que algumas mudanças normativas concretizadas pela reforma trabalhista parecem ter colaborado para a retração do número de casos novos, é possível que outras mudanças tenham contribuído para o tempo de tramitação processual mais duradouro, com exceção dos indicadores de transcendência, que efetivamente tem potencial restritivo na interposição do recurso de revista e no encurtamento da marcha processual. Outros dispositivos alterados, ao facilitarem hipóteses de interrupção de recurso, parecem colaborar para a tramitação processual mais longa.

A reforma trabalhista, por exemplo, seguindo a linha do CPC de 2015, passou a prever a interposição de recursos em dias úteis, ao invés da já contagem em dias corridos. Ainda que tal alteração seja justificada na melhor e mais justa administração de tempo pelos advogados na preparação de seus recursos, e ainda que não seja capaz de interferir significativamente na duração

dos processos, mesmo somado todos os recursos interpostos em um processo específico, outras mudanças parecem ter o potencial de alterar a taxa de recorribilidade das decisões.

Para além da necessidade de melhores estudos sobre os impactos do PJE na taxa de recorribilidade, a questão levantada pelo ministro Ives, de ativismo judicial, entre outras, parece-me que as hipóteses de atenuação do preparo recursal podem ter interferido na taxa de recorribilidade e, consequentemente, na duração média dos processos.

A reforma trabalhista previu, por exemplo, redução de valores de depósito recursal para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas de pequeno porte e isenção para beneficiários da justiça gratuita, entidades filantrópicas e empresas em recuperação judicial. Da mesma forma, a reforma trabalhista inovou ao possibilitar a substituição do depósito recursal por fiança bancária ou seguro judicial. Houve ainda limitação do valor de custas processuais em até quatro vezes o limite máximo dos benefícios do regime de previdência social.

E aqui, mais uma vez, não há nenhuma crítica à mudança, apenas a constatação que tal alteração pode ter interferido na taxa de recorribilidade. Precisamos estudar melhor uma hipótese para verificar o quanto interferiu ou se interferiu.

Todas essas mudanças de flexibilização do preparo recursal, ainda que alicerçadas na ideia de permitir maiores possibilidades de revisão judicial e, portanto, de concretizar debate em tese mais qualificado da questão jurídica controvertida, parece aumentar o tempo de tramitação processual, pois facilita a interposição de recursos, especialmente daqueles que reclamam preparo e são de tramitação mais demorada, por serem julgados em outra instância, como o recurso ordinário, o recurso de revista e o recurso de embargos a SDI.

Com a diminuição do número de ações na ordem de 43,48%, após a reforma trabalhista, a expectativa é que houvesse redução no tempo de tramitação processual, pois haveria a possibilidade de uma melhor concentração dos esforços nos processos remanescentes, agora em menor quantidade.

Entretanto, não foi isso que aconteceu, a explicação para o aumento do tempo médio do processo pode estar no incremento da taxa de recorribilidade externa, que na fase de conhecimento, segundo aquele mesmo relatório, aumentou de 62,91% em 2016 para 77,54% em 2021, e na taxa de recorribilidade interna, que cresceu de 27,61% em 2016 para 42,20% em 2021. É bem provável que o aumento da taxa de recorribilidade retardou o tempo de duração processual que passou de 223 dias em 2016 para 252 dias em 2021, uma diferença de 29 dias.

Retomando a pergunta inicial sobre em que medida a reforma trabalhista gerou novo processo do trabalho, é difícil ainda chegar a uma conclusão definitiva. Acredito que precisamos analisar com mais tranquilidade, com mais dados e mais elementos.

Aparenta-se, entretanto, possível reconhecer em primeira análise que as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17 impactaram os principais pilares do processo do trabalho, acesso à jurisdição e celeridade processual. Entretanto, se o fomento à litigação responsável a partir do incremento de despesas processuais foi realmente um dos fatores de redução do número de despesas e pedidos trabalhistas, é bem possível que tenhamos, como o ministro Ives já também ventilou, uma reviravolta nesse cenário, pois no final de 2021, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ação direta de constitucionalidade 5766, decidiu ser inconstitucional a exigibilidade normativa de honorários, advocatícios e periciais por beneficiários da justiça gratuita.

Com essa decisão, passamos na prática à cenário semelhante ao que tínhamos anteriormente, poucos riscos de exigibilidade de condenação em despesas processuais, especialmente do empregado. Afinal, via de regra, os autores das ações trabalhistas são empregados e beneficiários da justiça gratuita e, portanto, não serão, em sua grande maioria, responsabilizados pelo pagamento de despesas processuais nas hipóteses de sucumbência.

Aqui, gostaria de demonstrar que sou totalmente favorável às medidas que busquem fomentar a litigação responsável no processo do trabalho, tema que pareceu ser justificadamente uma das maiores preocupações dos reformadores de 2017.

Cenário fático artificialmente dilatado no ambiente processual não é desejável, pois, além de propiciar, ao que tudo indica, maior quantidade de processos, além de tornar mais dificultosa, complexa e demorada a fase de investigação probatória e de prolação de decisões, favorece também o

cometimento de um número maior de erros judiciais ou de decisões judiciais fundadas em verdades meramente formais, pois baseadas em presunções ou técnicas de distribuição do ônus probatório.

A questão é saber se, efetivamente, a simples facilitação da condenação em despesas processuais é o único ou o melhor caminho para fomentar a litigação responsável.

Na minha avaliação, penso que devemos buscar outros caminhos. Primeiro, porque não se parece razoável a superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 5766. Segundo, porque talvez não seja conveniente se buscar a litigação responsável a partir de medidas que restrinjam, ainda que indiretamente, o acesso à jurisdição, especialmente quando a sucumbência trabalhista não está necessariamente atrelada à má-fé, podendo resultar da dificuldade de provar a realidade efetivamente experimentada pelas partes em uma relação jurídica bastante informal e não documentada na maioria das vezes. Ademais, os honorários advocatícios e periciais têm o propósito de remunerar o advogado da parte vencedora e o perito que auxiliou a administração da justiça, e não de punir a parte perdedora. Eleger as referidas despesas processuais como instrumento, ainda que indireto, de redução ao acesso à jurisdição, é aceitar efeitos prévios, limitantes, que podem impactar todos, inclusive aqueles que não litigam de má-fé.

Nesse contexto, acredito que o resgate do elemento ético do processo deve ser buscado a partir de construção de uma cultura judicial mais segura, sólida e realística, de coação de condutas de má-fé, a partir do aprimoramento dos mecanismos processuais já existentes no CPC e incorporados pela própria reforma trabalhista nos artigos 793A e 793D da CLT.

Com isso, buscáramos construir espaços propícios à dimensão ética do processo a partir de mecanismos tradicionais de condenação por litigância de má-fé, que atuam posteriormente sem impacto negativo sobre o acesso à jurisdição, apenas nos casos de efetivo abuso do direito de ação e de abuso no direito de defesa.

O grande desafio é que, pela minha experiência, percebo que existe grande dificuldade prática do próprio judiciário em aplicar as sanções processuais já previstas para as hipóteses de litigância de má-fé.

Sem prejuízo de outras reflexões, acredito que possível solução para o enfrentamento do desafio informado perpassa pela construção de uma cultura judicial mais atenta aos casos claros de litigância de má-fé, além de critérios normativos mais nítidos e imperativos de aplicação efetiva e eficiente das sanções processuais cabíveis.

Em cenário de comprovação de inegável litigância de má-fé como, por exemplo, nas hipóteses de confissão real ou de prova incontestável, contrária a determinada parte, a condenação por litigância de má-fé não deve ser meramente facultativa, mas imperativo processual ético a ser observado por todo juiz em nome da defesa da dignidade da justiça.

Outro fator que poderia facilitar a construção de espaços éticos no processo e com isso a redução de ações, contestações e pedidos abusivos, seria a alteração normativa no sentido de destinar a multa e a indenização por litigância de má-fé ao Estado em casos de excessos éticos recíprocos, ou seja, cometidos no mesmo processo por ambas as partes. Neste caso, além de se fortalecer a percepção de que na hipótese de litigância de má-fé recíproca, o próprio sistema de justiça está sendo diretamente afetado, a reversão para os cofres públicos das sanções processuais não premiaría a parte que litigou menos de má-fé, sinalizando que o comportamento processual abusivo não é tolerado em qualquer dimensão e que efetivamente não é desejável qualquer tipo de compensação entre litigâncias abusivas.

Independentemente do acerto ou desacerto dessas singelas sugestões, parece-me que já se passou da hora de refletirmos medidas que possam fomentar e consolidar uma cultura processual mais ética e estimuladora de ambiente processual mais adequado para soluções jurisdicionais mais eficientes e justas.

Para finalizar, a litigação responsável muito dita pelo ministro Ives é benéfica para todo o sistema de justiça, diminuindo de forma justificada, moralizadora e prudente o número de ações, defesas, pedidos e expedientes abusivos, agilizando a tramitação processual ao tornar mais simplificada a colheita de provas e a prolação de decisões judiciais e diminuindo erros judiciais e com isso absolvições ou condenações injustas.

Aliás, bem encaminhou a reforma trabalhista nessa direção quando previu a condenação de testemunha que intencionalmente altera a verdade dos fatos ou omite fatos essenciais ao julgamento da causa.

**ANAIS DO 1º CONGRESSO NACIONAL DA MAGISTRATURA DO TRABALHO:
A JURISDIÇÃO SOCIAL NO BRASIL E O FUTURO DO TRABALHO**

ENCERRAMENTO

AS RAÍZES E OS FRUTOS DO MODERNO RELATIVISMO MORAL

Ives Gandra da Silva Martins Filho

Ministro Decano do TST. Mestre e Doutor em Direito pela UnB e UFRGS. Professor dos Cursos de Pós-graduação da EBRADI e ENAMAT. Vice-presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.

Um dos paradoxos do século XXI parece ser a afirmação de que ninguém é dono da verdade, conjugada com a tentativa de se impor a toda a sociedade uma nova visão do ser humano: assexuado, amoral, ateu e estatizado. O patrulhamento ideológico da ditadura do politicamente correto convive com a afirmação do respeito às liberdades em Estados que se dizem democráticos de direito. A defesa do direito das minorias se transforma na imposição da vontade da minoria sobre a maioria ou na assunção de um paternalismo estatal omnisciente, que afoga qualquer iniciativa. E a assertiva de que tudo é relativo não deixa de ser uma afirmação absoluta. Em suma, se ninguém é dono da verdade, como se pode querer impor uma visão de mundo à sociedade? E o fato de ninguém ser dono da verdade equivaleria a inexistir uma verdade a ser conhecida? Assim, é muito atual a pergunta feita por Pilatos a Jesus Cristo há 21 séculos atrás: afinal de contas, “que é a verdade?” (Jo 18, 38).

S. Tomás de Aquino (1221-1274), na esteira conceitual de Aristóteles (384-322 a.C.), definia verdade como a adequação da mente à realidade: "*veritas est adaequatio rei et intellectus*" (De Veritate). Ou seja, toda a tradição clássica e medieval seguia no sentido de que a verdade seria a captação das coisas pela inteligência, formando uma ideia que correspondesse à realidade dos objetos conhecidos. Seria um humilde reconhecimento de que o conhecimento depende da realidade e não é invenção humana. Nesse sentido, esclarecedora se mostra a afirmação do Estagirita (também referida pelo Aquinate em seu escrito) de que “o falso e o verdadeiro não estão nas coisas, mas na mente” (Metafísica). Portanto, se a mente forma uma ideia distorcida da realidade, temos uma ideia falsa, que sequer pode ser chamada de conhecimento, pois não servirá para operar adequadamente com o mundo em que se vive. E o conhecimento da realidade é fundamental para se operar bem segundo a Natureza.

Toda filosofia especulativa acaba desembocando na filosofia prática: Metafísica, Gnoseologia, Lógica, Cosmologia, Antropologia e Estética são os fundamentos cognoscitivos da realidade que servem de substrato para a captação e compreensão da Ética com ciência do agir moral do homem. Assim, da mesma forma que a “verdade” é objetiva, no sentido de ser uma captação adequada da realidade, a busca do “bem” como finalidade do agir humano, tem em vista a existência de uma ordem moral objetiva, captável pela razão, como o agir correspondente à natureza humana e que a aperfeiçoa. Aqui também a tradição clássica e medieval, estampada no aforismo de que “o agir segue o ser” (*agere sequitur esse*), aponta para a necessidade de se observar e respeitar a Natureza, sob pena de se estabelecer um ordenamento jurídico injusto, que desumaniza e envilece as pessoas, votando-as a uma infelicidade e insatisfação aparentemente inexplicáveis, uma vez que fazem o que querem, sem restrições.

A ideia de “felicidade” é a chave de toda a Ética aristotélica. É uma Ética fundamentalmente eudemonológica. O Livro I da “Ética a Nicômaco” é dedicada a ela, como a meta de todas as ações humanas, ainda que divirjam as opiniões quanto onde encontrá-la: o vulgo, no prazer; o nobre, na honra; o prudente, na sabedoria; muitos, na riqueza ou no poder. Mas para Aristóteles, apenas o comportamento de acordo com a natureza pode trazer a felicidade. Assim, um comportamento é bom quando está pautado pela natureza e, em decorrência disso, é capaz de trazer a felicidade

à pessoa, considerada como o sentimento de plenitude pela posse do bem que a completa e a aperfeiçoa em suas faculdades superiores, consistente nas virtudes intelectuais e morais (os demais livros da “Ética a Nicômaco” são dedicados a elas). Essa visão clássica da ética prevaleceu inconteste até a Baixa Idade Média.

As raízes mais antigas do moderno relativismo moral encontram-se justamente na Escolástica decadente dessa época, com o nominalismo de Guilherme de Ockham (1280-1349). Em sua *Opera Philosophica et Theologica* (que reúne todos os seus escritos), defende que os conceitos universais são apenas nomes para designarem coisas semelhantes, pois só existiriam coisas individuais. Assim, nega a existência de uma natureza comum a seres designados pela mesma essência. Considera, outrossim, que a natureza humana seria um caos de instintos egoístas que buscam apenas o prazer, razão pela qual a Ética não poderia ser fundada na natureza. Com isso, passa a fundar a Ética no absoluto arbítrio divino: as coisas não são proibidas por serem más, mas são más por Deus arbitrariamente não as querer. Desse modo, o equívoco nominalista na Gnoseologia se desborda para a Ética, olvidando-se do fato de que, se não há uma natureza comum a seres essencialmente iguais, a legislação será fruto do arbítrio, divino e humano, tornando desiguais os homens e injusto o ordenamento jurídico. Mas esse é somente o começo do desmonte da Ética clássica.

O moderno relativismo moral deita suas raízes fundamentalmente em dois pilares da Idade Moderna, no seu começo e no seu final. O primeiro deles é o racionalismo de René Descartes (1596-1650). O segundo, o idealismo de Emanuel Kant (1724-1804). Em seu “Discurso do Método”, Descartes promove uma reviravolta quanto ao que seria o motor da filosofia. Enquanto Aristóteles colocava o início da filosofia na “admiração”, que leva a querer encontrar a explicação sobre as maravilhas da Natureza, Descartes propunha a “dúvida” metódica como o impulso para o avanço na filosofia. E assim, duvidando de tudo, chegava à conclusão de que só não podia duvidar de que estava duvidando. Com isso, chegava à conhecida expressão: *cogito ergo sum* (penso, logo existo). O conhecimento já não guarda relação com o mundo exterior, mas passa a ser autorreferencial. Aquilo que Descartes chama de “ideais claras e distintas”, a que procurará chegar com o seu método, são aquelas extraídas do seu próprio pensar lógico a partir do autoconhecimento. Tal imanentismo filosófico chegará ao seu ápice com o mestre de Königsberg.

Com efeito, como ele mesmo dirá de si mesmo, Kant provocou uma verdadeira revolução copernicana na filosofia, ao inverter a proposição aristotélica sobre a verdade fundada na realidade das coisas, assentando em sua “Crítica da Razão Pura”: “Até agora se admitia que todo nosso conhecimento se devia regular pelos objetos (...) Não seríamos mais afortunados nos problemas de metafísica formulando a hipótese de que os objetos devem se regular pelo nosso conhecimento?” (1781). O giro é de 180 graus. O realismo aristotélico é substituído pelo idealismo kantiano. A objetividade pelo subjetivismo. E a repercussão no campo ético não poderia ser mais impactante. Assim, na “Crítica da Razão Prática”, Kant explica que aquilo que não podemos conhecer pela razão pura, que seria a realidade das coisas, pois só captaríamos suas aparências, teríamos de admitir como premissas da razão prática. Ou seja, Deus a alma e o mundo. Daí que sua ética seja, na linha no nominalismo ockamiano, uma ética arbitrária, imposta por Deus ou pela autoridade do Estado, à qual devemos observância, pelo que denomina de “imperativo categórico”. É o dever pelo dever, sem a devida fundamentação metafísica.

Essas são as raízes do moderno relativismo moral. A ética das virtudes, proposta por Aristóteles, é substituída pela ética dos deveres, de Kant. A liberdade de qualidade, explanada por Aristóteles, definida como autodeterminação para o bem, é substituída pela liberdade de indiferença, de simples escolha entre o bem e o mal, onde os conceitos de bem e mal são relativos, já que seria impossível conhecer a essência das coisas e muito menos valorá-las adequadamente. Os frutos são as correntes contemporâneas de pensamento, que vão justificar o comportamento de Estados e indivíduos, corporações e *mass media*, e as consequências na vida das pessoas e

dos grupos sociais em termos de desorientação, dependência, insegurança e infelicidade. Isto porque, não havendo uma verdade a conhecer e um bem a se buscar, mas apenas opiniões as mais dispares possíveis e paradigmas comportamentais os mais extravagantes imagináveis, a pessoa já não distingue o certo do errado, deixando-se levar pelo que lhe é martelado como o melhor, pelo Estado ou pelos meios de comunicação social. Essa é a verdadeira alienação do indivíduo, quando, por medo ou comodismo, renuncia a perquirir sobre como deve agir em consciência, para seguir os modismos de plantão.

As correntes contemporâneas de pensamento que se nutriram do idealismo kantiano são o socialismo de Karl Marx (1818-1883), o positivismo jurídico de Hans Kelsen (1881-1973) e o neoconstitucionalismo em voga, de heterogênea origem, sem que se possa creditar a algum dos modernos jusfilósofos sua paternidade intelectual, ainda que hodiernamente seja corrente dominante no pensamento jurídico. O marxismo, hoje também dominante no mundo em sua versão cultural, parte justamente do descarte da filosofia especulativa, para se ficar apenas com a filosofia prática: “até hoje os filósofos se limitaram a interpretar o mundo; agora trata-se de transformá-lo” (Teses sobre Feuerbach). Não interessa conhecer a realidade; importa transformá-la segundo a visão marxista de mundo: ateia (“a religião é o ópio do povo”), conflitiva (“a luta de classes é o motor da história”) e reducionista (tudo é determinado pela infraestrutura econômica e o que se paga ao capital é a “mais valia” que se tira do trabalhador, conforme exposto em “O Capital”). Os frutos da implementação política desse ideário são bem conhecidos por aqueles que viveram ou vivem sob as ditaduras soviética, cubana, venezuelana, nicaraguense ou chinesa, todas autodenominadas democráticas.

Mas as ditaduras de direita não diferem das de esquerda, ao levarem à construção de Estados totalitários. O positivismo de Kelsen foi esgrimido pelos juízes alemães do regime nazista no julgamento de Nuremberg, para justificar as decisões em que condenaram milhares de judeus aos campos de concentração, dizendo que apenas cumpriram as leis de seu país, votadas pelo Reichstag eleito pelo povo, sem se perquirir sobre a justiça das mesmas ou seu desalinho patente com o Direito Natural. Esse paradigmático julgamento é o melhor exemplo de como o Direito Positivo em descompasso com o Direito Natural, pode gerar as maiores barbaridades, no sentido mais próprio da palavra. Quando Kelsen desenvolvia a sua “Teoria Pura do Direito”, preocupado apenas com a coerência interna do sistema jurídico, em que o princípio democrático de prevalência da vontade da maioria, talvez não imaginasse as consequências mais remotas de fazer todo o ordenamento jurídico estar centrado na vontade da maioria.

O cerne do problema é esquecer que há direitos que decorrem diretamente da natureza humana (vida, liberdade, igualdade, propriedade) e outros do denominado “contrato social”, de livre disposição da sociedade, num sentido ou outro, e que são a maioria dos direitos e leis numa sociedade. Esses direitos naturais mínimos são aqueles que constam das declarações universais dos direitos humanos, como as de 1789, da Revolução Francesa, e de 1948, da ONU. A mais antiga dessas declarações é o “Decálogo”, promulgado por Moisés (1390-1270 a.C.) no Monte Sinai em revelação divina, com preceitos que buscam otimizar o convívio social (não matar, não adulterar, não roubar, não mentir, dentre outros). São justamente declarações de direitos inerentes ao homem, e não criados ou negados pela vontade majoritária de um Parlamento. O princípio democrático, levado às suas últimas consequências, torna o indivíduo refém da vontade estatal, às vezes sequer majoritária, em regimes em que, como se diz, “o papel aceita tudo”, fazendo do preto, branco; do homem, mulher; do vício, virtude; e da liberdade, opressão.

O moderno neoconstitucionalismo consegue ir ainda além do positivismo jurídico em termos de insegurança jurídica. Se, por um lado, o positivismo jurídico não leva em conta o Direito Natural, fazendo do princípio democrático a instância última de reconhecimento de direitos à pessoa humana, ao menos erige uma ordem jurídica fundada na Constituição, da qual

extraem sua força normativa todas as demais normas legais e regulamentares de um país. Já o neoconstitucionalismo, ao respaldar a tese de que a Constituição deve ser interpretada não à luz da vontade do constituinte, mas da visão do juiz, intérprete da Constituição, acaba por atropelar tanto o Direito Natural quanto o Direito Positivo. Esse é o mais genuíno ato antidemocrático: substituir a vontade dos representantes eleitos do povo pela vontade de técnicos sem representatividade popular. A isso também se chama de “ativismo judiciário”, em que o juiz busca um protagonismo maior na conformação do ordenamento jurídico da sociedade politicamente organizada.

Os frutos amargos desse ativismo judiciário são a insegurança jurídica e a desestruturação da sociedade em seus valores fundantes. Com efeito, quando Kelsen admitia uma norma hipotética fundamental a embasar a Constituição de um país, admitia implicitamente a existência de um Direito Natural não escrito, captável através da razão e da observação da natureza humana, e explicitado nas sucessivas declarações dos direitos humanos fundamentais, tal como exposto e sustentado por eminentes jusnaturalistas como René Cassin (1887-1976), que elaborou o texto da declaração universal dos direitos humanos da ONU, Johannes Messner (1891-1984), Michel Villey (1914-1988), Javier Hervada (1934-2020) e John Finnis (1940). Ademais, a própria ideia de Constituição está embasada em duas finalidades essenciais: explicitar os direitos & garantias individuais e estruturar a organização do Estado. Assim, o que se busca numa Constituição é a preservação, no tempo, dos valores, ideais e princípios elegidos pela sociedade politicamente organizada, através de seus representantes eleitos. E é exatamente isso que é negado pelo ativismo judiciário, calcado no neoconstitucionalismo.

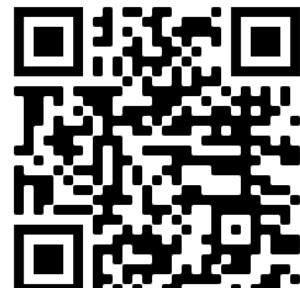
Com efeito, diante das mudanças sociais, os juízes se veem como verdadeiros avatares, arautos de novos tempos, invadindo a esfera própria do legislador e sequer levando em consideração os ditames da natureza. Alegam que alguma coisa deve ser feita para assegurar às minorias direitos antes não previstos, disputando qual será mais avançado e arrojado no deferimento das pretensões mais exóticas. Campo reconhecidamente fértil desse moderno ativismo judiciário é o da ideologia de gênero. Em nome da defesa da diversidade em face de preconceitos de qualquer espécie, tem-se criado tipo penal por decisão judicial, modificado o conceito natural de matrimônio & família sem respaldo constitucional, cerceado a liberdade de expressão em nome da democracia, e ampliado as hipóteses de aborto, relativizando o direito mais fundamental do ser humano, e base de todos os demais, que é a vida. O que chama mais a atenção nesse relativismo moral, fundado no idealismo subjetivista e positivado pelo ativismo neoconstitucionalista, é que a defesa de uma sociedade sem preconceitos, à semelhança do “Tratado sobre a Tolerância”, de Voltaire (1694-1778), segue na mesma linha do iluminista francês: Deve-se tolerar tudo e todos, menos quem defender que existe uma verdade a ser conhecida, mesmo que quem defende esse realismo respeite quem pense de forma diversa.

Ressos com muita atualidade o *écrasez l'infâme* (esmagai a infame) voltariano, dirigido à época à Igreja Católica, e hoje, no dizer de Thomas Woods (1972), representando o último preconceito aceitável no Ocidente, que é aos valores e crenças cristãs (“Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental” – 2005). Num mundo em que se defende qualquer ideia ou valor, por mais afastado que esteja da realidade natural – como dizer que sexo é uma categoria sociológica e não biológica, sendo de livre escolha do indivíduo; ou que a vida humana só existe após o nascimento -, mostra-se extremamente antidemocrático dizer que quem pensa diferente não pode ter voz para dar as razões de sua convicção. O relativismo moral passa a ser dogma de fé, em que todos podem defender o que quiserem, menos contestar esse relativismo em nome de uma verdade, seja científica ou religiosa. Padres e pastores passam a ser proibidos de simplesmente ler passagens da Bíblia como a Epístola de S. Paulo aos Romanos, quando trata como pecado contra a natureza a pederastia (Rom 1, 26-28). Se a Bíblia é a expressão de uma fé, quem não a tiver que se comporte conforme sua vontade e consciência, mas não atentando contra a liberdade religiosa.

Em suma, o moderno relativismo moral só se comprehende à luz de suas raízes filosóficas imanentistas, isto é, autorreferenciais e não transcendentais ao sujeito cognoscente. Para o imanentista, não existem fatos, mas versões. A realidade dos fatos é substituída pela narrativa. E quem tiver mais poder dominará a narrativa e a imporá à sociedade. O paradoxo, repita-se, está em se pregar a tolerância, com base no relativismo de todas as opiniões, e não se admitir a opinião de que haja uma natureza humana com seus ditames comportamentais. Se o próprio comunismo, de partido único, é tolerado pela democracia, quando sua prevalência levaria à supressão do jogo democrático de partidos. Por que o jusnaturalismo e o realismo filosófico não teriam mais foro de cidadania na sociedade moderna? Talvez porque a destruição dos conceitos de verdade e de bem seja a pedra fundamental da construção de uma sociedade absolutamente manipulável por quem deseja estabelecer-se num poder absoluto. Que nossa sociedade do século XXI acorde para a realidade e saiba superar o paradigma imanentista e relativista que ora a domina, de modo a reencontrar o caminho que a conduzirá à prosperidade e felicidade pessoal e coletiva.



Site:
www.umanoeditora.com.br



Instagram
Umanos Editora

Conheça mais sobre a Umanos Editora. Basta posicionar a câmera do celular
sobre cada QR Code acima.


Umanos Editora[®]