



TRT PR

ESCOLA JUDICIAL

Ano 7

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

Justiça do Trabalho:

DECRETO-LEI N. 3.229 – DE 30 DE ABRIL DE 1941. Dispõe sobre o processo de julgamento e processos referentes de trabalho e a questão de previdência social pertinentes de decisão ou recurso, à data da instalação da Justiça do Trabalho, e dá outras providências. O Presidente da



ANOS

de Justiça Social.

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

é de circulação dirigida a instituições voltadas
à área jurídica e afins, no Brasil e no Exterior:

- A ANAMATRA - BRASÍLIA
- AMATRA IX - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO - 9ª REGIÃO
- BIBLIOTECA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - BRASÍLIA
- BIBLIOTECA NACIONAL - RIO DE JANEIRO - RJ
- CÂMARA DOS DEPUTADOS - BRASÍLIA
- CASA CIVIL - CURITIBA
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - RIO DE JANEIRO
- ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL
- FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA - CURITIBA
- FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - CURITIBA
- FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ - CURITIBA
- INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ - CURITIBA
- MINISTÉRIO DO TRABALHO - BRASÍLIA
- NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA - UTP - CURITIBA
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - BRASÍLIA
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE CURITIBA
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA-PUC - CURITIBA
- PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - BRASÍLIA
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - BRASÍLIA
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - BRASÍLIA
- TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO (23 REGIÕES)
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 2ª REGIÃO - PR
- UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ - CURITIBA
- UNIVERSIDADES FEDERAIS - BRASIL
- UNIVERSIDADES ESTADUAIS - BRASIL

EXTERIOR

- FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES - ARGENTINA
- FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA - ITÁLIA
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO - CHILE
- UNIVERSIDAD COMPLUTENSE - MADRID - ESPAÑA
- LIBRARY OF CONGRESS - WASHINGTON, EUA
- UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA - MONTEVIDEO - URUGUAY
- ILO - INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - OIT - GENEBRA
- FACULDADE DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE LISBOA - PORTUGAL

A REVISTA
DO TRIBUNAL
REGIONAL
DO TRABALHO
DA 9ª REGIÃO

DOCTRINA

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546
Diretora do Serviço de Biblioteca e Jurisprudência

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região/Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região / Escola Judicial.

v. 1, n. 1, 1976. - Curitiba, 1976 --

Semestral até o v. 16, n.2, 1991.

Anual a partir do v. 17, n.1, 1992.

Semestral a partir do v. 21, n.1, 1996 até o v. 26, n. 2, 2001

Semestral com numeração contínua a partir do ano 27 n. 47, 2002

Edição Comemorativa de 2003, v. 28, nº 50, somente em CD-ROM

ISSN-0100-5448

CCN-0685/7-8

1. Direito do Trabalho - Doutrina - Periódicos. 2. Direito - Doutrina - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região.

2. ed. CDU: 34:331(05)

CDD: 341.605

Os artigos publicados são reproduções fiéis dos originais enviados pelos autores.

Capa: Fotografia da obra “**Mural do Trabalho**” executado pelo artista plástico **Jairo Fernando Culau**, servidor do TRT-9ª Região, exposto na sede do Tribunal Regional do Trabalho, em Curitiba.

Distribuição dirigida

Correspondência

periodico@trt9.gov.br

Av. Vicente Machado, nº 147

Edifício Administrativo - Fone 3310-7464

CEP 80420-010 - Curitiba - PR

APRESENTAÇÃO

A Escola Judicial do TRT da 9ª Região tem, entre outras finalidades institucionais, a de promover a formação e o aprimoramento profissional contínuo de magistrados e servidores; de promover estudos e difusão de conhecimentos acerca das atividades jurisdicionais próprias da Instituição a que pertence; de colaborar com estudos e debates sobre os mais variados temas jurídicos, ou a eles relacionados, de interesse no meio jurídico, acadêmico e na sociedade em geral; e ainda, a finalidade de executar seu programa editorial.

Como forma de dar cumprimento a essas atribuições e de externar o apreço de seus membros de Conselho pela tarefa de colaborar com o processo de ampliação de conhecimento, e em especial, com a divulgação da cultura jurídica, esta Escola Judicial tem a satisfação de entregar ao público leitor mais uma edição da versão física da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

Esta Edição de nº 68 recepciona temas de relevante interesse à comunidade jurídica, não apenas relacionados com o Direito do Trabalho, mas com outros campos do conhecimento que não podem ser dispensados quando se pretende uma leitura do Direito e da Justiça sob um viés humanista e existencialista e com a cautela de se manter centrado na realidade e no necessário olhar crítico à sua atual forma.

Abordagens que tomam, por exemplo, a conciliação como meio de acesso à justiça, ou o Estado Constitucional, este a partir de uma nova hermenêutica e nova forma de linguagem, inspiram o leitor a ampliar seus limites de investigação para campos de dimensão multidisciplinar. Temas afetos à relação processual, como os apontamentos sobre o Projeto que altera a execução no processo do trabalho, o valor probante do documento eletrônico e a tutela inibitória como medida de proteção à imagem, transitam pelas dúvidas acerca dos meios eletrônicos como mecanismos probatórios, hoje tão discutidos, porém já aceitos como realidade imposta pela contemporaneidade. Por fim, temas próprios de Direito do Trabalho,

como a contratação de portadores de deficiências, a possibilidade de um novo corporativismo no País, as peculiaridades do trabalho em salões de beleza, perícias judiciais, terceirização, trabalhadores em *reality show*, de maneira sensível, realista e crítica enriquecem nossas páginas, ao lado de abordagens originais, como a leitura do princípio da subsidiariedade à luz da Encíclica *Rerum Novarum*.

Toda construção jurídica deve servir a um único propósito: tornar o direito mais humano e, portanto, voltado às pessoas e às suas necessidades individuais e socialmente consideradas, o que significa, ao final, o resguardo à dignidade das pessoas.

Com os mais profundos agradecimentos aos colaboradores, a todos, boa leitura.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Diretora da Escola Judicial

P R E S E N T A T I O N

The Judicial School of the TRT [Regional Labor Court] of the 9th Region has as its institutional purposes, among others: promotion of education and continuous professional improvement of judges and public servants; fostering of studies and dissemination of knowledge concerning the jurisdictional activities under the responsibility of the Institution to which it is connected; cooperating with studies and debates on the most varied legal subjects, or related thereto, of interest to the legal and academic spheres and to society in general; and carrying out its publishing program.

In order to perform such duties and express the appreciation of its Council members for the task of cooperating in the process of expansion of knowledge, and especially in the promotion of legal culture, this Judicial School is pleased to deliver to the reading public another issue of the hard copy version of the Journal of the Regional Labor Court of the 9th Region.

This Issue n^o 68 includes subjects of relevant interest to the legal community, not only related to Labor Law, but also on other fields of knowledge which cannot be neglected when one intends to understand Law and Justice under a humanist and existentialist approach, and with caution to remain focused on the reality and on the necessary critical approach to its current form.

Approaches on, for example, conciliation as a means of access to justice, or the Constitutional State based on a new hermeneutics and a new form of language, inspire readers to expand their limits of inquiry to multidisciplinary fields. Subjects associated with the procedural relationship, such as the notes on the Bill which modifies enforcement in labor law procedure, the probative value of electronic documents and the inhibitory remedies as measures to protect the image, examine the doubts concerning electronic tools as evidence mechanisms, widely discussed today, but already accepted as a reality imposed by our times. Finally, Labor Law subjects, such as the hiring of persons with disabilities, the possibility of a new corporatism in the Country, the peculiarities of the work in beauty

salons, expert examinations in legal proceedings, outsourcing, workers in reality shows, enrich our pages in a sensitive, realistic and critical manner, together with original approaches, such as the interpretation of the subsidiarity principle in light of the Encyclical *Rerum Novarum*.

All legal constructions must serve a sole purpose: to make the Law more humane and, therefore, directed to the people and their individual and social needs, which corresponds to the defense of the dignity of human beings.

Expressing our deepest gratitude to the collaborators, we wish all a good reading.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Director of the Judicial School

PRESENTACIÓN

La Escuela Judicial del TRT de la 9ª Región tiene, entre otras finalidades institucionales, la de promover la formación y el perfeccionamiento profesional continuo de magistrados y servidores; de promover estudios y difusión de conocimientos acerca de las actividades jurisdiccionales propias de la Institución a la que pertenece; de colaborar con estudios y debates sobre los más variados temas jurídicos, o a ellos relacionados, de interés en el medio jurídico, académico y en la sociedad en general; y además, la finalidad de ejecutar su programa editorial.

Como forma de dar cumplimiento a esas atribuciones y de exteriorizar el aprecio de sus miembros de Consejo por la tarea de colaborar con el proceso de ampliación de conocimiento, y en especial, con la divulgación de la cultura jurídica, esta Escuela Judicial tiene la satisfacción de entregar al público lector una edición más de la versión física de la Revista del Tribunal Regional del Trabajo de la 9ª Región.

Esta Edición de nº 68 trata temas de relevante interés para la comunidad jurídica, no sólo relativos al Derecho Laboral, sino también con otros campos del conocimiento que no se pueden prescindir cuando se pretende una lectura del Derecho y de la Justicia bajo una perspectiva humanista y existencialista y con la cautela de mantenerse centrado en la realidad y en la necesaria mirada crítica a su forma actual.

El abordaje que toma, por ejemplo, la conciliación como medio de acceso a la justicia, o el Estado Constitucional, éste a partir de una nueva hermenéutica y nueva forma de lenguaje, inspiran al lector a ampliar sus límites de investigación para campos de dimensión multidisciplinaria. Temas afectos a la relación procesual, como los apuntamientos sobre el Proyecto que altera la ejecución en el proceso del trabajo, el valor de prueba del documento electrónico y la tutela inhibitoria como medida de protección a la imagen, transitan por las dudas acerca de los medios electrónicos como mecanismos de prueba, hoy tan discutidos, sin embargo ya aceptados como realidad impuesta por la contemporaneidad. Por fin, temas propios de

Derecho Laboral, como la contratación de discapacitados, la posibilidad de un nuevo corporativismo en el País, las peculiaridades del trabajo en centros de belleza, pericias judiciales, subcontratación, trabajadores en *reality show*, de manera sensible, realista y crítica enriquecen nuestras páginas, al lado de un abordaje original, como la lectura del principio de la subsidiariedad a la luz de la Encíclica *Rerum Novarum*.

Toda construcción jurídica debe servir a un único propósito: hacer el derecho más humano y, por tanto, dirigido a las personas y a sus necesidades individuales y socialmente consideradas, lo que significa, al final, el resguardo a la dignidad de las personas.

Con los más profundos agradecimientos a los colaboradores, a todos, buena lectura.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Directora de la Escuela Judicial

PRÉSENTATION

L'École Judiciaire du TRT de la 9^{ème}. Région a, entre autres finalités institutionnelles, celle de promouvoir la formation et l'amélioration professionnelle continue de magistrats et serveurs; de promouvoir des études et de la diffusion de connaissances concernant les activités juridictionnelles propres de l'Institution à laquelle ils appartiennent; de collaborer avec des études et des débats sur les plus variés sujets juridiques, ou à eux rapportés, à d'intérêt dans le milieu juridique, académique et dans la société en général; et encore, la finalité d'achever son programme éditorial.

Afin d'accomplir ces attributions et d'exprimer l'estime de leurs membres de Conseil par la tâche de collaborer avec la procédure d'élargissement de connaissance, et en particulier, avec la divulgation de la culture juridique, cette École Judiciaire a la satisfaction d'offrir au public lecteur encore une édition de la version physique du Magazine Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região.

Cette Édition de n^o 68 amène des sujets d'important intérêt à la communauté juridique, non seulement lié au Droit du Travail, mais aussi à d'autres champs de la connaissance que ne peuvent pas être écartés quand se aspire une lecture du Droit et de la Justice sous le penchant humaniste et existentiels et avec la prudence de rester centré dans la réalité et le regard critique nécessaire à sa forme actuelle.

Les approches qui prennent, par exemple, la conciliation comme moyen d'accès à la justice, ou l'État Constitutionnel, celui-ci à partir d'une nouvelle herméneutique et nouvelle forme de langue, inspirent le lecteur à élargir leurs limites de recherche à des champs de dimension multidisciplinaire. Des sujets liés à la relation avec de processus judiciaire, comme les notes sur le projet qui modifient à l'exécution du processus de travail, la valeur qui prouve le document électronique et la tutelle inhibitrice comme mesure de protection à l'image, passent par les doutes sur les moyens électroniques comme des mécanismes probatoire,

actuellement très débattu, cependant déjà accepté comme une réalité imposée par la contemporanéité. Enfin, des sujets typiques du Droit du Travail, comme le contrat de personnes handicapées, la possibilité d'un nouveau corporatisme dans le Pays, les particularités du travail dans des salons de beauté, expertises judiciaires, externalisation, travailleurs de *reality show*, de manière sensible, réaliste et critique enrichissent nos pages, à côté d'approche originale, comme la lecture du début de la subsidiarité à la lumière de l'Encyclique *Rerum Novarum*.

Toute construction juridique doit servir à un seul but : rendre le droit plus humain et, donc, tourné aux personnes et à leurs besoin individuel et socialement considérés, ce qui signifie, en fin de compte, la protection de la dignité des personnes.

Avec les plus profonds remerciements aux collaborateurs, à tous, bonne lecture.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Directrice de l'École Judiciaire



CONSELHO ADMINISTRATIVO

DESEMBARGADORA MARLENE T. F. SUGUIMATSU - Diretora
DESEMBARGADORA ANA CAROLINA ZAINA - Vice-Diretora

JUIZ PAULO HENRIQUE KRETZSCHMAR E CONTI - Coordenador
JUIZ EDUARDO M. BARACAT - Vice-Coordenador

DESEMBARGADORA NAIR MARIA RAMOS GUBERT
DESEMBARGADOR ARION MAZURKEVIC
JUÍZA VALÉRIA RODRIGUES FRANCO DA ROCHA
JUIZ CÁSSIO COLOMBO FILHO
JUIZ RAFAEL GUSTAVO PALUMBO
JUIZ LOURIVAL BARÃO MARQUES FILHO

Coordenação de Produção e Diagramação
Maria Cristina Navia Arzúa
Beatriz Laurentino Procek

TRIBUNAL PLENO
DESEMBARGADORES DO TRABALHO

ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO - *Presidente*
ALTINO PEDROZO DOS SANTOS - *Vice-Presidente*
DIRCEU BUYS PINTO JUNIOR - *Corregedor*

TOBIAS DE MACEDO FILHO
ROSALIE MICHAELE B. BATISTA
LUIZ EDUARDO GUNTHER
NEY JOSÉ DE FREITAS
LUIZ CELSO NAPP
ARNOS LIMA NETO
MÁRCIA DOMINGUES
FÁTIMA T. LORO LEDRA MACHADO
ANA CAROLINA ZAINA
MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
SUELI GIL EL RAFIHI
UBIRAJARA CARLOS MENDES
SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS
NAIR MARIA RAMOS GUBERT
CÉLIO HORST WALDRAFF
MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR
MÁRCIO DIONÍSIO GAPSKI
ENEIDA CORNEL
ARION MAZURKEVIC
BENEDITO XAVIER DA SILVA
ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JÚNIOR
EDMILSON ANTONIO DE LIMA
NEIDE ALVES DOS SANTOS
RICARDO TADEU M. DA FONSECA
FRANCISCO ROBERTO ERMEL
ADAYDE SANTOS CECONE
PAULO RICARDO POZZOLO

Órgão Especial

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão (*Presidente*)
Desembargador Altino Pedrozo dos Santos (*Vice-Presidente*)
Desembargador Dirceu Buyz Pinto Junior (*Corregedor*)

Desembargador Tobias de Macedo Filho
Desembargadora Rosalie Michaela Bacila Batista
Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Ney José de Freitas (*)
Desembargador Luiz Celso Napp
Desembargador Arnor Lima Neto
Desembargadora Márcia Domingues
Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu
Desembargador Ubirajara Carlos Mendes
Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargadora Neide Alves dos Santos

(*) *Afastado para exercício da função de conselheiro no Conselho Nacional de Justiça. Convocado na cedeira a desembargadora Fátima Teresinha Loro Ledra Machado.*

Seção Especializada

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão (*Presidente*)
Desembargador Altino Pedrozo dos Santos (*Vice-Presidente*)

Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Luiz Celso Napp
Desembargador Edmilson Antonio de Lima
Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu (*Convocada*)
Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert
Desembargador Célio Horst Waldruff (*Presidente da Se*)
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargador Arion Mazurkevic
Desembargador Benedito Xavier da Silva
Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca
Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo

1ª Turma

DESEMBARGADOR EDMILSON ANTÔNIO DE LIMA (*Presidente*)

DESEMBARGADOR CÉLIO HORST WALDRAFF

DESEMBARGADORA ADAYDE SANTOS CECONE

DESEMBARGADOR PAULO RICARDO POZZOLO

2ª Turma

DESEMBARGADORA MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU (*Presidente*)

DESEMBARGADORA ANA CAROLINA ZAINA

DESEMBARGADOR RICARDO TADEU M. DA FONSECA

JUIZ LUIZ ALVES (*Convocado*)

3ª Turma

DESEMBARGADORA NEIDE ALVES DOS SANTOS (*Presidente*)

DESEMBARGADORA FÁTIMA T. L. LEDRA MACHADO

DESEMBARGADOR MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

DESEMBARGADOR ARCHIMEDES C. CAMPOS JÚNIOR

4ª Turma

DESEMBARGADOR LUIZ CELSO NAPP (*Presidente*)

DESEMBARGADOR LUIZ EDUARDO GUNTHER

DESEMBARGADORA MÁRCIA DOMINGUES

DESEMBARGADOR NEY JOSÉ DE FREITAS (*)

5ª Turma

DESEMBARGADORA NAIR MARIA RAMOS GUBERT (*Presidente*)

DESEMBARGADORA ENEIDA CORNEL

DESEMBARGADOR ARION MAZURKEVIC

JUIZ NEY FERNANDO OLIVÉ MALHADAS (*Convocado*)

(*) *Afastado para exercício da Função de Conselheiro no Conselho Nacional de Justiça*

6ª Turma

DESEMBARGADOR SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS (*Presidente*)

FRANCISCO ROBERTO ERMEL

DESEMBARGADOR ARNOR LIMA NETO

DESEMBARGADORA SUELI GIL EL RAFIHI

7ª Turma

DESEMBARGADOR TOBIAS DE MACEDO FILHO (*Presidente*)

DESEMBARGADORA ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA

DESEMBARGADOR UBIRAJARA CARLOS MENDES

DESEMBARGADOR BENEDITO XAVIER DA SILVA

JUÍZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

01. Juíza Eliane de Sá Marsiglia	4ª de Londrina
02. Juíza Adayde Santos Cecone	20ª de Curitiba
03. Juíza Cláudia Cristina Pereira	22ª de Curitiba
04. Juíza Ilse Marcelina Bernardi Lora	Francisco Beltrão
05. Juiz Adilson Luiz Funez	Mal. Cândido Rondon
06. Juiz Manoel Vinícius de Oliveira Branco	5ª de Londrina
07. Juiz Cássio Colombo Filho	21ª de Curitiba
08. Juiz Paulo Ricardo Pozzolo	8ª de Curitiba
09. Juíza Gesyra Medeiros da Hora	5ª de Curitiba
10. Juiz Ney Fernando Olivé Malhadas	23ª de Curitiba
11. Juiz Carlos Henrique de Oliveira Mendonça	Irati
12. Juiz Luiz Alves	1ª de Maringá
13. Juiz Sérgio Guimarães Sampaio	Cambé
14. Juiz Irã Alves dos Santos	1ª de Umuarama
15. Juíza Odete Grasselli	Pinhais
16. Juíza Lisete Valsecchi Favaro	3ª de Curitiba
17. Juiz Valdecir Edson Fossatti	11ª de Curitiba
18. Juíza Morgana de Almeida Richa	15ª de Curitiba
19. Juiz Aparecido Sérgio Bistafa	18ª de Curitiba
20. Juíza Rosáris Rodrigues de A. Amado Ribeiro	14ª de Curitiba
21. Juiz Reginaldo Melhado	6ª de Londrina
22. Juiz Mauro César Soares Pacheco	19ª de Curitiba
23. Juíza Suely Filippetto	6ª de Curitiba
24. Juíza Silvana Souza Netto Mandalozzo	3ª de Ponta Grossa
25. Juíza Janete do Amarante	16ª de Curitiba
26. Juiz Antonio Cezar Andrade	1ª de Curitiba
27. Juiz Eduardo Milléo Baracat	9ª de Curitiba
28. Juíza Lisiane Sanson Pasetti Bordin	2ª de Curitiba
29. Juiz Marcus Aurélio Lopes	5ª de Maringá
30. Juiz Marcos Eliseu Ortega	3ª de São José dos Pinhais
31. Juíza Giana Malucelli Tozetto	1ª de Ponta Grossa
32. Juiz Paulo da Cunha Boal	Rolândia
33. Juiz José Aparecido dos Santos	17ª de Curitiba
34. Juíza Ana Maria das Graças Veloso	7ª de Curitiba
35. Juiz José Eduardo Ferreira Ramos	Dois Vizinhos
36. Juíza Valéria Rodrigues Franco da Rocha	13ª de Curitiba
37. Juíza Zíula Cristina da Silveira Sbroglio	Cornélio Procópio
38. Juiz Jorge Luiz Soares de Paula	Campo Mourão
39. Juiz Waldomiro Antonio da Silva	Colombo
40. Juiz Sidnei Lopes	1ª de Londrina
41. Juiz Bráulio Gabriel Gusmão	4ª de Curitiba
42. Juíza Patrícia de Matos Lemos	10ª de Curitiba

43. Juíza Sandra Mara Flügel Assad	12 ^a de Curitiba
44. Juíza Audrey Mauch	1 ^a de São José dos Pinhais
45. Juiz Mauro Vasni Paroski	7 ^a de Londrina
46. Juiz Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira	1 ^a de Araucária
47. Juiz Daniel José de Almeida Pereira	Apucarana
48. Juíza Ana Gledis T. Benatti do Valle	2 ^a de São José dos Pinhais
49. Juiz Luiz Antonio Bernardo	Nova Esperança
50. Juiz Paulo Cordeiro Mendonça	4 ^a de Maringá
51. Juiz Carlos Martins Kaminski	2 ^a de Araucária
52. Juiz Paulo Henrique Kretzchmar e Conti	Castro
53. Juiz Leonardo Vieira Wandelli	3 ^a de Paranaguá
54. Juíza Ana Cristina Patrocínio H. Irigoyen	3 ^a de Maringá
55. Juiz José Mário Kohler	1 ^a de Paranaguá
56. Juíza Marieta Jesusa da Silva Arretche	2 ^a de Guarapuava
57. Juiz João Luiz Wentz	Laranjeiras do Sul
58. Juíza Adelaine Aparecida Pelegrinello Panage	2 ^a de Maringá
59. Juíza Angela Neto Roda	Jaguariaíva
60. Juíza Sandra Mara de Oliveira Dias	2 ^a de Ponta Grossa
61. Juíza Márcia Frazão da Silva	1 ^a de Guarapuava
62. Juíza Marli Gonçalves Valeiko	2 ^a de Paranaguá
63. Juiz Amaury Haruo Mori	Bandeirantes
64. Juiz Fernando Hoffmann	Telêmaco Borba
65. Juíza Susimeiry Molina Marques	2 ^a de Umuarama
66. Juíza Liane Maria David Mroczek	Cianorte
67. Juíza Helena Mitie Matsuda	Porecatu
68. Juíza Ana Paula Sefrin Saladini	Jacarezinho
69. Juíza Claudia Mara Pereira Gioppo	União da Vitória
70. Juiz Bento Luiz de Azambuja Moreira	1 ^a de Foz do Iguaçu
71. Juíza Emília Simeão Albino Sako	Pato Branco
72. Juiz Daniel Rodney Waidman	2 ^a de Cascavel
73. Juíza Simone Galan de Figueiredo	Toledo
74. Juíza Ana Cláudia Ribas	Ivaiporã
75. Juíza Luciane Rosenau Aragon	1 ^a de Cascavel
76. Juiz Maurício Mazur	Assis Chateaubriand
77. Juíza Edilaine Stinglin Caetano	Wenceslau Braz
78. Juiz James Josef Szpatowski	Santo Antônio da Platina
79. Juíza Rosângela Vidal	Palmas
80. Juiz Carlos Augusto Penteado Conte	Paranavaí
81. Juíza Flávia Teixeira de Meiroz Grilo	3 ^a de Cascavel
82. Juíza Angélica Candido Nogara Slomp	3 ^a de Foz do Iguaçu
83. Juiz Antonio Marcos Garbuio	Dois vizinhos
84. Juíza Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira	2 ^a de Foz do Iguaçu

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

EXERCÍCIO

01. Juíza Anelore Rothenberger Coelho	17.03.1998
02. Juíza Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira	13.10.1998
03. Juíza Patrícia Benetti Cravo	11.12.1998
04. Juiz Fabrício Sartori	01.09.1999
05. Juíza Sandra Cristina Zanoni Cembraneli Correia	04.10.1999
06. Juíza Érica Yumi Okimura	14.08.2000
07. Juíza Silvana Aparecida Giuste	12.02.2001
08. Juíza Graziella Carola Orgis	24.05.2002
09. Juiz Marcos Vinícius Nenevê	24.05.2002
10. Juíza Ana Maria São João Moura	24.05.2002
11. Juiz José Márcio Mantovani	24.05.2002
12. Juiz Luzivaldo Luiz Ferreira	23.09.2002
13. Juiz Julio Ricardo de Paula Amaral	14.10.2002
14. Juiz Cícero Ciro Simonini Júnior	21.10.2002
15. Juíza Gabriela Macedo Outeiro	22.11.2002
16. Juiz Pedro Celso Carmona	22.11.2002
17. Juíza Ariana Camata	13.06.2003
18. Juíza Cynthia Okamoto Gushi	07.07.2003
19. Juiz Silvio Claudio Bueno	03.11.2003
20. Juiz Luciano Augusto de Toledo Coelho	06.08.2004
21. Juiz Daniel Roberto de Oliveira	06.08.2004
22. Juiz Rafael Gustavo Palumbo	06.08.2004
23. Juiz Felipe Augusto de Magalhães Calvet	01.02.2005
24. Juíza Mariele Moya Munhoz	15.02.2005
25. Juiz Marcos Blanco	21.03.2005
26. Juiz Lourival Barão Marques Filho	28.03.2005
27. Juiz José Vinicius de Sousa Rocha	01.04.2005
28. Juiz Sandro Augusto de Souza	07.02.2006
29. Juiz Ronaldo Piazzalunga	10.02.2006
30. Juiz Alexandre Augusto Campana Pinheiro	13.09.2006
31. Juiz Kassius Stocco	13.09.2006
32. Juíza Tatiane Raquel Bastos Buquera	14.12.2006
33. Juíza Adriana Ortiz Mazzaro Vasco	27.02.2007
34. Juíza Vanessa Karam de Chueiri Sanches	03.04.2007
35. Juíza Flávia Daniele Gomes	03.04.2007
36. Juíza Karina Amariz Pires	03.04.2007
37. Juíza Kerly Cristina Nave dos Santos	03.04.2007
38. Juíza Ingrid Müzel Castellano Ayres Barreiros	03.04.2007
39. Juiz Humberto Eduardo Schimitz	03.04.2007
40. Juíza Cristiane Sloboda	03.04.2007
41. Juíza Luciene Cristina Bascheira Sakuma	03.04.2007
42. Juíza Paula Regina Rodrigues Matheus Wandelli	03.04.2007

43. Juíza Karla Grace Mesquita Izídio	01.06.2007
44. Juiz Daniel Corrêa Polak	23.10.2007
45. Juiz Fábio Alessandro Palagano Francisco	18.01.2008
46. Juíza Fernanda Hilzendeger Marcon	18.04.2008
47. Juiz José Alexandre Barra Valente	18.04.2008
48. Juiz Giancarlo Ribeiro Mroczek	18.04.2008
49. Juíza Camila Campos de Almeida	18.04.2008
50. Juiz Fábio Adriano de Freitas	18.04.2008
51. Juiz Leonardo Gomes de Castro Pereira	18.04.2008
52. Juiz Sidnei Claudio Bueno	18.04.2008
53. Juiz Márcio Antonio de Paula	18.04.2008
54. Juíza Yumi Saruwatari Yamaki	14.07.2008
55. Juiz Everton Gonçalves Dutra	22.08.2008
56. Juíza Michele Lermen Scottá	22.08.2008
57. Juíza Célia Regina Marcon Leindorf	19.09.2008
58. Juiz Ariel Szymanek	06.10.2008
59. Juiz Marlos Augusto Melek	18.12.2008
60. Juiz Roberto Joaquim de Souza	24.04.2009
61. Juíza Jocelia Mara Martins Samaha	26.06.2009
62. Juíza Edinéia Carla Poganski Broch	17.07.2009
63. Juíza Patrícia Tostes Poli	17.07.2009
64. Juíza Camila Gabriela Greber Caldas.	25.09.2009
65. Juiz Sandro Antonio dos Santos	25.09.2009
66. Juiz Roberto Dala Barba Filho	25.09.2009
67. Juíza Samanta Alves Roder	25.09.2009
68. Juiz Cláudio Salgado	03.03.2010
69. Juiz Ricardo José Fernandes de Campos	10.03.2010
70. Juiz Rodrigo da Costa Claser	08.11.2010
71. Juíza Éster Alves de Lima	07.12.2010
72. Juiz Paulo Possobom de Freitas	07.12.2010
73. Juíza Izabel Maria Bueno Amorim	07.12.2010
74. Juiz Edson Takeshi Assahide	07.12.2010
75. Juiz Paulo José Oliveira de Nadai	24.05.2011
76. Juiz Moacir Antonio Olivo	11.07.2011
77. Juíza Isabella Braga Alves	01.08.2011
78. Juíza Sibebe Rosi Moleta	12.03.2012
79. Juiz Fabiano Gomes de Oliveira	28.03.2012
80. Juiz Jeronimo Borges Pundeck	02.05.2012
81. Juíza Lecir Maria Scalassara Alencar	08.05.2012

Fonte - outubro/2012 http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=5&pagina=INICIAL

SUMÁRIO

A CONTRATAÇÃO DE DEFICIENTES OU PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS Dárcio Guimarães de Andrade	27
A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA Adriana Goulart de Sena Orsini / Ana Flávia Chaves Vaz de Mello / Tayná Pereira Amaral.....	35
PREMISSA FILOSÓFICA E ASPECTOS TÉCNICOS PARA IMPLANTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE PROGRAMAS DE RESOLUÇÃO APROPRIADA DE DISPUTAS EM TRIBUNAIS Marcelo Girade Corrêa	61
A ENCÍCLICA RERUM NOVARUM E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE Luiz Eduardo Gunther / Willians Franklin Lira dos Santos.....	81
NUEVO PROCESO LABORAL EN URUGUAY. LEYES 18.572 y 18.847 Nanci Corrales Garcia.....	111
ESTARIA EM CURSO UM NOVO TIPO DE CORPORATIVISMO NO BRASIL? Juarez Varallo Pont.....	151
CONSIDERAÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA, LINGUAGEM E DEMOCRACIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL Maria Francisca Carneiro.....	175
O DIREITO DO TRABALHO E AS PECULIARIDADES DA ATIVIDADE DOS SALÕES DE BELEZA Guilherme Augusto Caputo Bastos.....	187

O NTEP E AS PERÍCIAS JUDICIAIS: A UTILIZAÇÃO DO NTEP COMO INSTRUMENTO PARA A (RE)CONSTRUÇÃO DOS LAUDOS PERICIAIS José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva.....	197
O TRABALHADOR DE REALITY SHOW Zeno Simm.....	221
TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO, EVOLUTIVA E SOCIAL OUTSOURCING: AN ANALYSIS OF HISTORICAL, SOCIAL AND EVOLUTIVE MANDALOZZO, Silvana Souza Netto / ALVES, Juliana Cristina Amaro de Castro / COLMAN, Juliano.....	233
VALOR PROBANTE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO: SUA ACEITAÇÃO E LIMITES Ana Carolina Zaina.....	251
A FOTOGRAFIA DIGITAL E A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA Angélica Maria Juste Camargo.....	275
TUTELA INIBITÓRIA COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO À IMAGEM Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio.....	293

A CONTRATAÇÃO DE DEFICIENTES OU PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

Dárcio Guimarães de Andrade¹

A contratação de deficientes tem sido tarefa muito difícil pelas empresas, por vários motivos. Em primeiro lugar, inexistem empresas fornecedoras de deficientes. Os anúncios nos jornais não surtem efeitos. O mesmo ocorre quando as empresas, através de circulares internas, pedem aos empregados para encaminhar deficientes e lhes dar ciência da existência dos empregos. Há casos - e muitos - que as empresas necessitam de mão de obra qualificada, a qual inexistente. Um hospital, por exemplo, não pode contratar deficiente visual para trabalhar no CTI, UTI e enfermaria. Uma empresa de transporte não pode contratar motorista sem braços, pernas, cego ou surdo. E assim vai em todas as áreas. Um enfermeiro sem braços não pode trabalhar na enfermaria do hospital, porque se colaborar para a morte do paciente, o hospital terá que indenizar a família do falecido, com base nos artigos 5º, X / Constituição Federal, 186 e 927 / Código Civil de 2002, mesmo se tiver feito o contrato de seguro. Dita indenização constitui modismo na Justiça do Trabalho, com condenações elevadas, porque não há critérios objetivos para a sua fixação, de modo que cada Juiz, a seu modo, arbitra valores incomensuráveis. Os Auditores do MTE e os Procuradores do Trabalho, ávidos pela assinatura de leoninos Termos de Ajustamento de Conduta e para encher, mais ainda, os cofres do FAT, reduto do PDT no Ministério do Trabalho, enxergam a seu modo a lei 8213/91, sendo que os Procuradores ajuízam, na Justiça do Trabalho, as nefandas Ações Cíveis Públicas, fazendo letra morta do princípio da razoabilidade e do bom senso. Pela Lei 8213/91, as empresas, contando mais de 100 empregados, são obrigados a destinar de 2% a 5% de suas vagas para deficientes. Chegam a

¹ Desembargador aposentado, Jurista, conferencista e advogado do escritório Sette Câmara, Corrêa e Bastos.

pedir a despedida de empregados sadios para o preenchimentos das vagas com deficientes, gerando o terrível caos social e notória discriminação! A Justiça do Trabalho, contando com alguns Juízes bons, tem cancelado as arbitrarias multas impostas pelos Auditores do Trabalho, os quais asseveram que a contratação constitui problema e obrigação das empresas, em odioso entendimento da lei 8213/91, esquecidos da função social das empresas: dão empregos, pagam elevados tributos e taxas, colaboram para extirpar a crise social e quejandos. Há o crescimento econômico do país. Na interpretação da lei, que é de 1991, o Juiz, deve respeitar o princípio da razoabilidade, porque existem as vagas, mas inexistem profissionais qualificados para seu preenchimento, com notória escassez no mercado de trabalho. Assim, obrigar as empresa a contratar qualquer um, uma pessoa despreparada, é o mesmo que colocar, às escancaras, em risco o empreendimento. O empenho em contratar os portadores de necessidades tem sido só das empresas, havendo inércia dos Poderes, mormente do Executivo, via MTE e Procuradoria do Trabalho, que não colaboram em nada. Pelo contrário, querem metas para o FAT, enchendo seus cofres e cujo destino, como a mídia divulga, não é dos melhores. A construção civil e vigilância, por exemplo não conseguem deficientes qualificados. Nos Tribunais de Brasília, Rio e São Paulo, as empresas têm logrado sucesso, porque para eles não se pode interpretar a lei 8213/91 de forma isolada e literal. Adite-se que, segundo o próprio MTE, na Instrução Normativa 20/2001, esses profissionais teriam de ser reabilitados pela Previdência Social ou terem características comprovadas para uma determinada atividade na empresa. Por falta de deficientes habilitados, como é público e notório, as empresas tem sido penalizadas injustamente. A Ministra Cristina Peduzzi, do TST, em certo julgamento, prelecionou que é impossível o portador de deficiência física participar de cursos de formação de vigilantes e, dependendo do tipo de deficiência, possa exercer a função. Infelizmente, os Auditores e Procuradores do Trabalho, fazendo literal interpretação da lei, em nada oferecem de útil, porque só visam aplicar multas em prol do FAT, fugindo, infelizmente, da razoabilidade e do bom senso. Felizmente, há Juízes do

Trabalho, dotados de saber jurídico, bom conhecimento de hermenêutica e sabedoria, anulam as violentas multas e julgam improcedentes as ações civis públicas. Sugiro que eles, ávidos pela permanente punição às empresas, incentivem a criação de empresas fornecedoras de mão de obra composta de deficientes, valendo-se de todos os meios de ampla publicidade, porque o impossível não se cumpre.

O Desembargador André R. P. V. Damasceno, do TRT de Brasília, no processo 00437-2007-018.10.00.1, assim decidiu:

“Empresas de vigilância privada. Vagas destinadas a deficientes físicos. Artigo 93, da Lei 8213/91. Cálculo do percentual. Incidência sobre o efetivo das empresas, excluídos os empregos de vigilância. A empresa que contar com 100 ou mais trabalhadores deverá obedecer a um percentual de empregados portadores de necessidades especiais, segundo estabelece o caput do art. 93 da lei 8213/91. Contudo, tal dispositivo de lei deve ser interpretado levando-se em consideração as peculiaridades materializadas no caso concreto. As empresas de vigilância privada são regidas pela lei 7102/83 que traz normas específicas para o exercício da profissão de vigilante, sendo obrigatória a aprovação em curso de formação de vigilante, envolvendo matérias relativas à defesa pessoal, armamento e tiro, entre outras, além de aprovação de exames de saúde física, mental e psicotécnico. É de se notar que as habilidades exigidas no curso de qualificação para vigilantes revelam-se incompatíveis com as restrições de uma pessoa portadora de necessidades especiais, defendendo o cálculo de percentual a que alude o referido dispositivo de lei incidir sobre o efetivo das empresas de vigilância excluídos os empregos

de vigilante”. O auto de infração foi anulado pelo TRT, em correta interpretação da lei. A possibilidade de se mitigar o alcance da legislação que promove a inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho está expressa, inclusive no Decreto 3298/99, que regulamenta a lei 7853, 24/10/89 e dispõe sobre a política nacional para integração da pessoa deficiente, cujo artigo é taxativo, estabelecendo que não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de admissão que exija aptidão plena do candidato.

O Desembargador Braz Henriques de Oliveira, relator do processo 00440-2009-005.10.00.0, do TRT de Brasília, assim prelecionou:

“Artigo 93 da lei 8213/91. Auto de infração. Multa. Nulidade. É certo que as empresas devem atender ao preceito constitucional regulamentado pelo artigo 93 da lei 8213/91, que visa a adaptação social do portador de deficiência. Todavia, no caso concreto, não pode a empresa ser punida pela dificuldade de se encontrar mão-de-obra com o perfil previsto na norma legal, reabilitadas ou portadoras de deficiência, que atendam os requisitos necessários para assumir os cargos colocados à disposição”. A multa foi anulada, bem como o auto de infração. Constou no acórdão que a empresa não é a única que tem tido dificuldades para cumprir integralmente o comando legal, visto que a lei 8213/91 se dirige aos beneficiários da previdência social, reabilitados ou pessoa portadora de deficiência habilitada e estas são raras a se apresentar.

Mas não é só.

Sabidamente o artigo 93 é inconstitucional, porque discrimina os candidatos sadios aos empregos. Ressalto que o Censo do IBGE de 2010 apurou que 23,9% da população tinha pelo menos um dos tipos de deficiência investigados (visual, auditiva, motora e mental).

O grande Cícero prelecionou que: “Direito é a arte do bom senso”, verdade incontestável. A experiência de vida, razoabilidade, bom senso e sensibilidade jurídica dos Juízes resolvem eterna e rapidamente os pedidos de anulação dos autos de infração impostos pelos Auditores, violadores da Lei de Abusos de Autoridade (Lei 4898/65). O bom Juiz não pensa que é capaz, porque sabe é mesmo capaz na mais elevada acepção para corrigir os abusos de autoridades.

A seguir consta uma bela sentença de Juiz culto e de bom senso.

O Juiz José Mateus Alexandre Romano, da 38ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro no processo 0025800-83-2008-501.0038, bem fundamentou sua sentença, ensinando: no entanto, o certo é que há provas nos autos que, de várias formas, mesmo através de concursos a empresa tentou repetidamente preencher a cota prevista no art. 93 da lei 8213/91. Disse que a interpretação da norma é teleológica e dentro do princípio da razoabilidade, não entanto a empresa obrigada a contratar pessoas despreparadas, sem noção técnica para o cargo que irá ocupar, sem as habilidades necessárias para o cargo. A colocação daqueles que não são portadores de deficiência está difícil, apesar dos noticiários em jornais demonstrar a existência de vagas. As vagas existem mas o que não está existindo é a qualificação dos candidatos a emprego. Obrigar empresas a contratar qualquer um, um despreparado, sem qualificação profissional, é o mesmo que colocar em risco o empreendimento. A empresa não pode ser apenada por não ter conseguido atingia a cota, porque a percentagem do art. 93 da lei 8213/91 tem que ser interpretada dentro do princípio da razoabilidade. Contrato é a manifestação bilateral de vontades. Não tem a empresa, por outro lado, o poder de obrigar o candidato ao emprego a aceitar a remuneração oferecida, as condições de trabalho previstas em norma regulamentar. Normalmente as empresas não conseguem cumprir a cota por motivos

alheios à sua vontade. O princípio da razoabilidade não pode ser esquecida pelo Julgador. Basta a empresa tomar alguma providência para contratar o deficiente para ficar inerte à pesada multa em favor do FAT que, na realidade, nunca reverter-se-á para os deficientes.

O princípio da solidariedade previsto nos artigos 208 e 227§1º/CR revela não ser plausível que o Estado se omita em tão importante questão que é a adaptação social integral do portador de deficiência, esperando que as empresas supram as falhas das famílias, das escolas e da previdência social. Ressalte-se que a Juíza do Trabalho Patrícia Tostes Poli, da 21ª Vara do Trabalho de Curitiba, julgando o processo nº. 34173-2009-041.09.00.4, anulou um auto de infração lavrado por auditor fiscal federal, desconstituindo-se o débito tributário dele decorrente e deu uma verdadeira aula sobre o tema sempre ressaltando que o princípio da razoabilidade nunca pode ser ignorado por nenhuma autoridade.

O Executivo nada faz para preparar os deficientes para o mercado de trabalho, deixando-os a própria sorte. Seria interessante a criação pelo Executivo de um Órgão preparatório, visando acabar com a carência de portadores de deficientes habilitados. Saliento que a capacitação profissional é degrau obrigatório do processo de inserção do deficiente no mercado de trabalho. A Secretaria de Inspeção do Trabalho, através da Instrução Normativa 20/2001, orientou os auditores fiscais do trabalho na fiscalização do cumprimento do artigo 93 da 8213/91, definiu como pessoa portadora de deficiência habilitada, aquelas que não se submeteram a processo de habilitação, incluindo como habilitadas as capacitadas para o trabalho, indo além da vontade da lei e reconhecendo, implicitamente, a carência de portadores de deficiência habilitados.

Relembro, ao ensejo, para reflexão, as palavras de J. Bernstein, citado por Winston Churchill 1940:

“Se todos soubessem como são feitas as leis e as salsichas, ninguém seguiria umas nem comeria as outras”.

O aforisma é bem pertinente aos tempos hodiernos, ressaltando-se que nem tudo que vem de Brasília é bom. Há leis que são como vacinas: umas pegam, outras não. A lei 8213/91 é exemplo típico, porque, na prática e à mingua de deficientes capacitados, ela não vingou, embora sancionada há 11 anos, repetindo que não tem a mínima condição de ser aplicada, pelas fortes razões aqui trazidas e outras de pessoas sérias e estudiosas.

Nosso escritório está habilitado para propor a ações anulatórias dos autos de infração impostas pelos fiscais auditores do MTE e para defender as empresas diante das ações civis públicas ajuizadas pelos Procuradores do Trabalho, inclusive sem o prévio depósito das multas, perante a Justiça do Trabalho, porque não é justo que os empregadores assumam ônus exclusivos do Poder Executivo, sendo punidos com injustas e pesadas multas destinadas ao FAT, integrante do Ministério do Trabalho repetindo-se que estas multas não se revertem para os deficientes, como é público e notório.

A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Adriana Goulart de Sena Orsini*
Ana Flávia Chaves Vaz de Mello**
Tayná Pereira Amaral***1

SUMÁRIO

RESUMO

1. INTRODUÇÃO
 2. CONCILIAÇÃO
 - 2.1. Conflitos de interesses e a conciliação
 - 2.2. A conciliação como princípio
 - 2.3. Conciliação e concretização do acesso à justiça
 3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO
 4. ATIVISMO JUDICIAL
 5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS
 6. CONCLUSÃO
- ### REFERÊNCIAS

¹ *Juíza Federal do Trabalho, Titular da 35ª VT de Belo Horizonte. Membro do Núcleo Permanente de Conciliação do TRT da 3ª Região. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG - Graduação e Pós-graduação. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “ACESSO À JUSTIÇA: FORMAS, SISTEMAS, AÇÕES, GEOGRAFIA E EFETIVIDADE” do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Comitê Gestor da Conciliação no CNJ. Juíza Auxiliar da Comissão de Acesso à Justiça do CNJ. Pesquisadora e Coordenadora dos Programas: RECAJ UFMG Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça e POLOS DE CIDADANIA, Projeto Mediação Cidadã. Professora da ENAMAT na disciplina “Teoria do Juízo Conciliatório Trabalhista”, CFI, CFC E EAD. Conselheira da Escola Judicial do TRT da 3ª Região.

** Advogada. Foi bolsista pelo Santander. Ano 2010.

*** Advogada. Foi bolsista pelo CNPq. Ano 2010.

RESUMO

O presente trabalho objetiva questionar como, em um sistema sobre o qual paira o princípio da indisponibilidade, legitima-se a conciliação e, conseqüentemente, a disponibilidade dos direitos do empregado por sua própria vontade. A partir da análise de casos concretos e do estudo doutrinário, a síntese que se segue pretende fazer uma releitura das razões pelas quais as partes se conciliam, sendo certo que suas repercussões extrapolam os aspectos endoprocessuais, findando o conflito não apenas numa dimensão formal-processual.²

ABSTRACT

This paper aims to question how, in a system over which hovers the principle of unavailability, conciliation is legitimized and, therefore, the availability of employee rights by their own will. From the analysis of specific cases and doctrinal study, the synthesis that follows intends to reconsider the reasons why the parties are reconciled, given that effects go beyond the aspects endo procedural, ending the conflict in a dimension not only formally procedural

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário constitucional-processual preza, cada vez mais, pela efetividade e eficácia processual, destacando-se a conciliação como meio consensual de solução de litígios e substitutivo da atividade jurisdicional clássica de prolação de uma decisão final ao caso concreto (solução adjudicada).

Por sua vez, rege na sistemática trabalhista o princípio da indisponibilidade dos direitos do empregado que, revelando o caráter imperativo das normas protetoras para aqueles que prestam trabalho

² O presente artigo foi escrito a partir do trabalho de pesquisa realizado nos anos de 2010 e 2011: "A CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: POSSÍVEL COMPATIBILIDADE FRENTE AO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES" - Faculdade de Direito da UFMG - com bolsas de pesquisa em fomento, uma pelo CNPQ e a outra Santander/UFMG.

subordinado e sendo de essência notadamente social, restringe a negociação entre as partes da relação de emprego para resguardar os direitos da parte hipossuficiente da relação.

Diante disso, questiona-se uma plausível incompatibilidade inicial entre a indisponibilidade dos direitos do trabalhador e a conciliação na Justiça do Trabalho, de onde exsurge o tema-problema, da legitimação da atividade conciliatória frente ao princípio da indisponibilidade.

2. CONCILIAÇÃO

2.1. Conflitos de interesses e a conciliação

O homem é um ser social e, como tal, tende a buscar o seu convívio em comunidades e em grupos, com o fito de promover a sua formação sociocultural e firmar a sua personalidade. Ocorre que a convivência do homem em sociedade, não raras vezes, propicia o surgimento de conflitos de interesses, tendo em vista os diversos anseios de cada indivíduo.

Conflitos de interesses são, portanto, situações em que as pretensões de um indivíduo ou de um grupo social vão de encontro às de outro, no que concerne a um mesmo bem da vida.³ Conquanto eles sejam de incidência habitual na realidade social contemporânea, merecem ser melhor abordados, pois o desenvolvimento de uma cultura voltada à paz social há de levar em conta que conflitos existem e podem ser uma potencial forma de gerar inclusive avanços sociais e/ou cumprimento dos direitos fundamentais sociais.

A busca do Poder Judiciário pelos cidadãos brasileiros, com o intuito de resolver algum conflito de interesses que os envolva, tornou-se

³ No mesmo sentido, insta corroborar as palavras de THEODORO JÚNIOR (2008, p. 41), para quem “[...] há conflitos de interesses quando mais de um sujeito procura usufruir o mesmo bem”. Saliente-se que a expressão “bem da vida” deve ser compreendida em sua acepção mais ampla para abarcar todo e qualquer objeto que merece tratamento pelo Direito, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, que se apresente útil ou necessário ao homem. CARNELUTTI (1959-60, p. 25) esclarece que “[...] el conflicto de intereses consiste en su incompatibilidad, en el sentido de que la satisfacción de la necesidad que corresponde a uno de los intereses, excluye o por lo menos limita la satisfacción del otro”.

mais frequente com o passar dos anos, o que provocou um acúmulo da máquina jurisdicional e de gastos não condizentes com os corolários de efetividade e razoável duração do processo. Por outro lado, é de se dizer claramente há no espaço institucional jurisdicional alguns “excessos de acesso” através de estratégias de apropriação privada do espaço público, seja através das denominadas lides simuladas, seja através dos chamados litigantes habituais, muitas vezes, contumazes descumpridores do direito material do trabalho. Diante disso, pode-se verificar um cenário de ênfase à autocomposição, inclusive em esfera extrajudicial, à conciliação das partes em juízo, à valorização do processo coletivo, da busca de aglomeração das demandas repetitivas e de criação de um sistema vinculante que, pautado no tripé jurisprudência, norma e doutrina, pretende e busca reduzir e interferir no exacerbado número de demandas que abarrotam o Judiciário, com o fito de rechaçar qualquer maculação à sua atividade.

No presente estudo, tomaremos como base de nossa investigação a conciliação judicial trabalhista, aquela conciliação que é apta a trazer benefícios tanto voltados ao empregado quanto ao empregador e que pode, portanto, ser denominada como conciliação. A conciliação que se trata é a conciliação atividade jurisdicional, que de forma irretocável, estabeleceu a Consolidação das Leis do Trabalho, que há de ser feita pelo Magistrado do Trabalho, equalizador das desigualdades de cunho material, o que também lhe é determinado na condução da conciliação, sob pena deste instituto poder se tornar uma porta aberta para fraudes e para o descumprimento da legislação trabalhista.

A conciliação judicial⁴ se caracteriza pela efetiva participação tanto das partes quanto do Magistrado para a composição do litígio. Trata-se, pois, de um modelo cooperativo do processo, em que se vislumbra uma participação tríade: a do reclamante, a do reclamado e a do Magistrado.⁵

⁴ Insta pontuar que o presente trabalho se volta primordialmente à análise da conciliação judicial, em que o terceiro envolvido na composição do litígio é necessariamente órgão do Poder Judiciário.

⁵ Cumpre salientar que, mesmo nessa conformação tríade, o Magistrado é terceiro imparcial, devendo aguardar a iniciativa das partes. magistrados; a do empregador consistiria na possibilidade de pagar menos ou de forma

DELGADO conceitua a conciliação judicial como

[...] ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação, embora próxima das figuras anteriores, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de ela se realizar no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

Segundo NASSIF:

O conceito de conciliação judicial, tal como disposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, é: o procedimento irritual, oral e informal, realizado antes ou depois de instaurado o processo (contraditório), com vistas a buscar uma solução da controvérsia fora da jurisdição e do processo, mediante a elaboração de um acordo que, após homologado por despacho, substitui eventual medida cautelar ou sentença, faz coisa julgada imediata e adquire a qualidade de título executivo judicial. (NASSIF, 2005, p. 152)

No âmbito do processo do trabalho, o tratamento conferido pelo art. 764 da CLT e seus parágrafos, bem como outros dispositivos com similar

parcelada e de não ser acionado pelo mesmo empregado em momento posterior devido ao efeito da coisa julgada; as razões do empregado seriam variadas, podendo ser destacada a questão da imediatidade no recebimento dos valores pleiteados; já o interesse do advogado relacionar-se-ia ao recebimento rápido dos honorários.

abordagem levam a crer que a conciliação é priorizada como forma de resolução dos conflitos trabalhistas. E a preferência para a solução conciliatória não se restringe aos dissídios individuais, na medida em que os §§ 1º e 2º do art. 114 da CR/88 estabelecem a tentativa prévia de solução conciliatória como um dos pressupostos para a instauração de dissídios coletivos, diante das inúmeras vantagens obtidas, notadamente de natureza subjetiva.

Sobre as motivações específicas para a conciliação, NASSIF diz que a motivação do juiz estaria ligada à melhoria das estatísticas que atestam a produtividade dos

Nesse contexto, importa mencionar a presença das chamadas “lides simuladas” (que recebem de NASSIF a denominação “demanda patológica”), segundo a qual as partes procuram o Judiciário com a pretensão previamente de lograr vantagens, especialmente através da conciliação, mas também através de revelias ou de defesas mal formuladas, ante o intuito, muitas vezes, de fraudar terceiros (INSS, por exemplo).

O problema é que a legislação trabalhista nem sempre é cumprida de forma espontânea, muitas vezes ela só ocorre através da coerção via Estado, seja através da sentença, seja através da fiscalização. Certo é que, na conciliação judicial, o entendimento que deve prevalecer é que pode o Juiz interferir no conteúdo da avença, exatamente nos termos do art. 129 do CPC.

Nessa ordem de ideias, a interveniência do órgão estatal para a realização da conciliação, seguindo a forma preconizada em lei, é justamente a garantia capaz de conferir legitimidade aos efeitos jurídicos advindos do acordo homologado, já que as tratativas não correm somente ao alvedrio das partes envolvidas no litígio.

2.2. A conciliação como princípio

A conciliação, como princípio, consiste na promoção pelo Magistrado, a qualquer tempo, da conciliação entre as partes, com o fito de por fim ao processo, garantindo, a um só tempo, a composição pacífica do litígio analisado, além de espaço para se considerar outras eventuais

dimensões do conflito, além da jurídica, que é aquela que é comumente levada ao Judiciário como sendo a única (talvez porque o advogado não pesquise as outras, até porque no ensino jurídico tradicional a dimensão que importa é a jurídica). Como tal, orienta e informa toda a sistemática do direito processual, sem se olvidar da dimensão específica apresentada pela conciliação nos procedimentos trabalhistas.

Importante dizer que a Constituição da República, na antiga redação do art. 114, estabelecia a competência da Justiça do Trabalho para “conciliar” e julgar os dissídios trabalhistas. A alteração trazida com a reforma constitucional implementada em 2004, contudo, não pode ser encarada no sentido de mitigar a aplicação do princípio em referência, conforme corrobora LEITE (2009, p. 82) ao afirmar que a omissão “[...] não desnatura o princípio em estudo, pois ele continua existindo no plano infraconstitucional e não se mostra incompatível com o novo texto da Carta de outubro de 1988”.

Embora a celebração do acordo possa ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição, o diploma justrabalhista cuida de exigir que o Juiz proponha a conciliação em certos estágios no curso do processo. Pelo art. 846 da CLT, logo na abertura da audiência, antes da apresentação de contestação, o Juiz é obrigado a promover a tentativa de conciliação das partes envolvidas. O segundo momento, conforme preceituado no art. 850 da CLT, ocorre após as razões finais.

Acaso inexistentes as propostas de conciliação, o que pode ser constatado através da ata da audiência, o processo torna-se eivado de nulidade, atentando-se que se trata de matéria de ordem pública. De certo modo, a cominação de nulidade corrobora para a afirmação de que a conciliação adquire um significado peculiar na sistemática processual trabalhista.

No que tange à obrigatoriedade das propostas de conciliação, o entendimento majoritário dita que a falta da primeira tentativa conciliatória pode ser suprida pela realização da segunda, pois que a ausência da proposta inicial não gera qualquer prejuízo para as partes, as quais já detêm os elementos de convicção quando da tentativa final.

Analisando a conciliação sob uma perspectiva extraprocessual, NASSIF (2005, p. 176) diverge sobre o assunto⁶ ao afirmar que a conciliação não é princípio do processo do trabalho, pois é “justamente uma forma de não haver processo algum”.

Destarte, a condição de princípio é negada em razão de a conciliação não ser instituto do processo, segundo a autora. Todavia, ainda que se reconheça que a conciliação é instituto à parte, nada impede que seja considerada princípio do processo do trabalho, já que a valorização da solução conciliatória vem externada pelas próprias normas processuais trabalhistas. Além disso, fatores como a participação do juiz e os efeitos advindos da homologação do acordo (extinção do processo, coisa julgada, etc.) evidenciam a correlação da mesma com a sistemática processual trabalhista, compatibilizando-se perfeitamente com os fins almejados por esta Justiça Especializada, especialmente contribuir para o desenvolvimento de uma cultura voltada à paz social.

De acordo com a previsão dos dispositivos celetistas ora citados, não restam dúvidas de que a conciliação deve ser cogitada pelo Juiz durante todo o trâmite do processo. Como tal orientação, por exigência expressa, deve permear a condução do processo judicial trabalhista de forma tão peculiar, diferentemente das demais espécies de processo, tornando-se justificável e coerente a abordagem da conciliação como diretriz principiológica.

2.3. Conciliação e concretização do acesso à justiça

O preceito da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual “nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário”, somente prospera diante de um cenário fático-jurídico em que seja possibilitado ao cidadão o acesso à justiça, especialmente quando se está a tratar da égide do Estado Democrático de Direito.

⁶ A posição majoritária na doutrina e jurisprudência é destacada por Humberto Theodoro Júnior (2002), para quem “em termos constitucionais, há alguns princípios específicos delineados para o processo do trabalho [...]”, inclusive “[...] competência conciliatória e decisória dos órgãos judiciais trabalhistas”. as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31)

A partir do século XX, especialmente, verificam-se várias tentativas de consolidação da noção de “justiça” e de seu “acesso”, sendo evidentes as reformas nos procedimentos jurisdicionais de diversos países, seja através da introdução de institutos como a conciliação e a arbitragem, seja através da criação de novas estruturas e órgãos jurisdicionais, com princípios e desenvolvimento procedimentais próprios.

Nessa conjuntura dogmática em prol da consolidação de conceitos jurídicos basilares, foram diversos os doutrinadores que objetivaram traçar as etapas necessárias a um processo eficaz e atento à razoável duração do processo, não só analisado sob o viés de atividade estatal substitutiva, para aplicação do direito objetivo ao caso concreto, mas também atento ao acesso à justiça e à composição das partes. Dentre esses doutrinadores, merecem destaque o italiano Mauro Cappelletti e o norte-americano Bryant Garth, segundo os quais, para o pleno desenvolvimento do acesso à justiça, ter-se-ia que observar três ondas renovatórias do direito processual:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira ‘onda’ desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar

Na doutrina brasileira, defende Watanabe (1988, p. 128) que a problemática do acesso à justiça merece ser analisada em atenção às esferas socioeconômica e política do País, devendo ser ajustada à realidade social. Por isso, ela não pode ser desenvolvida de modo alheio à realidade forense, “[...] não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos

judiciais já existentes”. Esse também é o entendimento de Almeida (2010, p. 171), para quem se requer a análise do acesso à justiça “[...] para além do Judiciário”, não só analisado como direito de ingresso ou de respeito aos princípios constitucionais, mas especialmente como direito a um processo de resultados, “[...] direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional”.

A partir dessa perspectiva doutrinária adotada, podemos enquadrar a conciliação como destaque do acesso à justiça por ser uma efetiva forma de solução de conflitos, atenta à razoável duração do processo e alternativa à jurisdição (terceira onda renovatória de CAPPELLETTI e GARTH), bem como por estar atenta à realidade social vivenciada pelas partes (união entre *praxis* e *nomos*).

Na conciliação, a solução do problema é próxima da realidade vivenciada pelas partes porque parte da vontade dos próprios sujeitos envolvidos no conflito, diante de uma intervenção de um terceiro. Assim, frente a uma argumentação em torno do problema, junto ao terceiro interveniente (magistrado em atividade jurisdicional de conciliação), as partes vão atentar para as suas responsabilidades na questão, aprendendo (educação como missão - empoderamento), além de compor total ou parcialmente a sua pretensão em prol de um convívio harmônico.

É oportuna a lição de Sena:

A conciliação judicial, em especial aquela que possa ser obtida logo no início do *iter* procedimental, é extremamente interessante, por razões de funcionalidade do próprio sistema e, também, porque atende aos princípios da celeridade e efetividade, tão importantes quando se trata de tutela jurisdicional desejável.

Por outro lado, a conciliação recupera faixas contenciosas que ficariam em estado potencial (as chamadas pequenas causas). E, uma vez que atenua a pressão numérica dos processos judiciais, contribui para reduzir o tempo de

tramitação global dos processos, preservando a qualidade da atuação dos organismos judiciários.

Sempre que as partes estão envolvidas em relações multiplexas, isto é, relações de múltiplo vínculo (opostas às relações circunstanciais, de vínculo único, que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações por sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cujo equilíbrio só a conciliação pode adequar. (SENA, 2007, p. 144)

Assim, defende-se que a conciliação prima pela solução do problema independentemente da continuidade conflituosa, do desgaste processual e de eventuais atos processuais protelatórios, o que corrobora com a efetividade dos preceitos constitucionais, especialmente aqueles concernentes à efetividade e razoável duração do processo. A conciliação bem conduzida prima por resultados práticos, factíveis na realidade forense, voltados à cultura da paz, em especial, na Justiça Especializada trabalhista.

3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO

As regras dispositivas são exceções no Direito do Trabalho, em harmonia com o princípio da imperatividade. Dessa feita, a limitação da autonomia da vontade é necessária porque as garantias do trabalhador esvaziar-se-iam não fosse a restrição para abdicar o direito, haja vista o desnível criado com a relação de emprego.

Despontando como projeção da imperatividade segundo boa parte da doutrina, o princípio da indisponibilidade informa que o empregado não pode abrir mão de um direito que lhe confere proteção, quer previsto em norma jurídica, quer no contrato, por sua simples manifestação de vontade, tendo em vista o desequilíbrio de ordem econômica, social e cultural entre os sujeitos da relação empregatícia.

Conquanto seja vedado ao trabalhador despojar-se de seus direitos, há meios de disposição previstos, dentre os quais a prescrição, a decadência, a renúncia, a transação e, é claro, a conciliação, acerca do que surge acirrado debate.

Para Delgado, as definições da renúncia e da transação são traçadas da seguinte forma:

Renúncia é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiária pela renúncia. Transação é ato bilateral (ou plurilateral), pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco), envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (*res dubia*). (DELGADO, 2010, p. 200)

Nessa linha de pensamento, a renúncia é permitida em situações excepcionais no Direito do Trabalho, expressamente previstas em lei, fazendo-se necessário verificar se os clássicos requisitos jurídico-formais foram satisfeitos: capacidade do agente, livre manifestação de vontade, forma prescrita ou não defesa por lei.

No intuito de determinar a extensão da indisponibilidade, Delgado propõe uma distinção entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa. Consta-se a primeira se a proteção do direito envolver interesse público, caso em que será encarado como um padrão civilizatório mínimo, a exemplo das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, do salário mínimo, etc. No campo do direito individual do trabalho, a indisponibilidade também é absoluta quando se trata de interesses abstratos de determinada categoria. Já no direito coletivo do trabalho, os direitos consubstanciados em normas que impliquem interesses de certa categoria podem ser transacionados mediante negociação coletiva.

Se, porventura, houver renúncia ou transação envolvendo direitos absolutamente indisponíveis, o ato tornar-se-á eivado de nulidade absoluta. Em relação à distribuição do ônus da prova, não será necessário que o empregado autor prove a ocorrência de prejuízo, pois que a nulidade é automaticamente declarada pelo Juiz.

A indisponibilidade relativa, por sua vez, alberga direitos que traduzem interesses individuais ou bilaterais, os quais não correspondem a patamar civilizatório mínimo fixado em dado momento histórico. Somente a transação, não a renúncia, é admitida quando em voga direitos relativamente indisponíveis, desde que não implique prejuízo ao trabalhador, com fulcro no art. 468 da CLT.

No tocante à validade dos atos de disposição após o rompimento do vínculo empregatício, coerente a seguinte explanação:

Mesmo após a ruptura do contrato, filiamo-nos aos que sustentam que a renúncia do empregado deve ser vista com desconfiança, pelas seguintes razões: em primeiro lugar, pela condição de desempregado, que necessita de recursos imediatos para continuar se mantendo até que obtenha novo emprego; em segundo lugar, pelo temor de enfrentar a demora de uma demanda judicial e, por fim, dada a necessidade de obtenção da carta de referência do antigo empregador para candidatar-se a um novo emprego. (LIMA, Francisco Meton Marques de *apud* BARROS, 2010, p. 202-203)

Na visão de Martins, o obreiro só pode renunciar seus direitos em juízo a fim de evitar a ocorrência de fraudes, ao passo que é admitida a transação (justamente por isso denomina o princípio como da irrenunciabilidade), visto que importa em concessões recíprocas, exigindo-se, em determinados casos, a assistência de terceiro.

Para Martins, só é permitido transacionar se existe *res dubia* (incerteza do direito) ou qualquer espécie de dúvida na relação jurídica. Ademais, considerando que o objetivo é prevenir conflitos, a conciliação deve ser interpretada restritivamente, sem que implique renúncia.

De todo o exposto, depreende-se que, quando se fala em princípio da indisponibilidade dos direitos do trabalhador, a tendência é adotar o posicionamento no sentido de serem inadmissíveis, na ordem justralhista, tanto a renúncia, enquanto ato unilateral, quanto a transação que signifique prejuízo ao obreiro. Quando se trata do princípio da irrenunciabilidade, acredita-se que a limitação da autonomia da vontade se refere somente aos atos próprios de renúncia.

Nassif fala sobre a existência de um paradoxo entre a regra de indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a adoção de meios de disposição, a exemplo da conciliação judicial e da prescrição. Segundo a autora, as construções perpetradas pela doutrina não tiveram êxito em eliminar o paradoxo, resultando na mitigação do princípio da proteção, basilar do Direito do Trabalho.

Entretanto, torna-se evidente que Nassif enfoca a conciliação como disposição de direitos, olvidando-se que nos processos judiciais de todos os dias existem “*res dubia*”, inclusive determinada pela inexistência de provas para provar o direito dito indisponível, além do que não se pode olvidar, também, que existem vantagens experimentadas pelo trabalhador que abandona a postura adversarial no processo a fim de firmar acordo. Acolhendo um olhar multifacetário da questão, não se pode olvidar as variáveis e negar a realidade da sala de audiências como algo a ser levado em consideração. Em uma visão unívoca que o direito é indisponível, negando a dimensão processual probatória do mesmo, o empregado-autor pode ser guindado a uma experiência nefasta de Justiça, pois ao assumir uma postura irascível direcionada a litigação, ainda que sem provas, pode ter o resultado de sua demanda como improcedente, o que não me parecer dialógico, racional e sequer de bom senso.

A essa altura, valem constar as ponderações de Barros:

A conciliação não implica necessariamente transação, pois poderá ocorrer de o empregador pagar tudo o que é devido ao empregado, mas, em geral, ela se subsume à transação. (BARROS, 2010, p. 208, grifos da autora)

[...]

Para finalizar, salientamos que a transação é de grande utilidade social, pois transforma o litígio em estado de paz. Entretanto, é bom lembrar que “transigir não é tudo conceder sem nada receber”. (BARROS, 2010, p. 211)

Nesse contexto, deve-se observar que o princípio da indisponibilidade informa a regra geral, sem, contudo, vedar hipóteses de exceção, permissivas da transação, sobre as quais mantém sua força normativa, impondo limitações e requisitos, até porque somente o acordo adequado às partes será homologado pelo Magistrado do Trabalho.

Sem se olvidar da mitigação da aplicação do princípio em voga no processo trabalhista devido à ampliação de competência da Justiça do Trabalho, a disponibilidade terminantemente vedada concerne aos direitos absolutamente indisponíveis, aos direitos incontroversos, àquela conduzida pela vontade exclusiva dos sujeitos ou, ainda, a que causará prejuízos ao trabalhador. Portanto, a conciliação estimulada pelo ordenamento não é a que se presta à desconstrução das garantias ao trabalhador, mas a que representa uma forma mais democrática, justa e ágil de concretizar os direitos assegurados aos empregados pela ordem justralhista.

Após essa breve explanação, deve-se ter em mente que parte dos direitos dos trabalhadores pode ser conciliado sob a égide processual trabalhista, em razão da própria natureza principiológica da indisponibilidade. Sendo princípio, cabe ao Magistrado atribuir-lhe um peso e aferir a sua incidência na hipótese vertente. Portanto, frente à incidência concomitante de demais princípios, como o da utilidade social e o da conciliação, cabe ao Magistrado sopesá-los de acordo com as circunstâncias e peculiaridades do

caso concreto, atendo-se, principalmente, à proporcionalidade analisada em seu sentido estrito.

Com propriedade, pontifica Sena:

Quando a transação ocorre perante o Estado, o princípio da utilidade social prepondera. O Estado entende que é melhor, politicamente, terminar a lide e que, assim celebrada, a transação não serviu como um instrumento para a derrogação de institutos básicos. A transação judicial está dentro do sistema de legislação social, na medida em que concilia a necessidade de segurança dos negócios com a necessidade de tutela da ordem econômica e social. (SENA, 2007, p. 153)

Ademais, deve-se ter em mente a unidade do ordenamento jurídico, pelo que a mitigação da indisponibilidade se justifica para que sejam observados outros princípios de igual ou maior valor que incidam numa realidade concreta levada ao Poder Judiciário. Como qualquer outro princípio, a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores apenas indica uma diretriz a ser seguida, cabendo uma análise proporcional de sua incidência, que poderá ou não ocorrer à integralidade.

4. ATIVISMO JUDICIAL

A flexibilização do princípio da indisponibilidade dos direitos do trabalhador é também possibilitada pela superação da imagem do Magistrado como mero expectador do processo. Assim é que, diante da versatilidade e das peculiaridades dos problemas levados ao Judiciário, bem como da impossibilidade de que todo e qualquer conflito fosse resolvido pela subsunção do fato à lei positiva, requer-se do Estado-Juiz uma atuação mais ativa e atenta à realidade das partes e do processo, quando do exercício da jurisdição.

Por conseguinte, afastou-se o brocardo segundo o qual o Juiz é “*le bouche de loi*” para compreender que a inércia do Magistrado não mais condiz com as perspectivas processuais e materiais contemporâneas, as quais prezam pelo ativismo judicial. Ativismo judicial corresponde, portanto, à postura prática, ativa e participativa do Magistrado no que atine à construção, juntamente com as partes e terceiros interessados, do advento processual. A atividade do Magistrado no processo deixa de ser vislumbrada sob uma perspectiva inerte, de “mero expectador do processo”, para se substituir à ativa, de exercício de poderes e faculdades instrutórias e diretivas.

Sobre o tema, mister corroborar as palavras de SENA, que sabiamente esclarece:

Como postura “pró-ativa” do juiz entende-se uma participação efetiva do juiz na condução do processo, usando seu poder diretivo (formal e material) e suas faculdades instrutórias, sem se afastar, é claro, da condição e garantia que as partes têm de ter um Juiz imparcial. (SENA, 2007, p. 145) No Estado Democrático de Direito, a jurisdição merece ser analisada sob uma perspectiva ampla, e não meramente simplória, quer de “atuação da vontade concreta da lei” (CHIOVENDA), quer de “justa composição da lide” (CARNELUTTI). A atividade jurisdicional envolve também, dentre outras atividades, a uniformização de jurisprudência, a criação de súmulas vinculantes e a própria ênfase ao acesso à justiça. Preza-se por enfoques tanto formais quanto materiais do direito, pelo que se requer uma atuação judicial pró-ativa, que permita a construção do processo em conjunto pelas partes e pelo Magistrado, com o fito de resolver o conflito de maneira mais econômico-processual e condizente com a realidade fática vivenciada por aquelas.

Sem dúvida, a conciliação judicial permite essa postura pró-ativa do juiz, uma vez que resulta da participação e colaboração conjunta do juiz-conciliador e das partes no advento processual. Aliás, não bastasse a concepção doutrinária em prol do ativismo judicial, a própria legislação trabalhista, especificamente os artigos 764, 831, 850 e 852-E da CLT, determina a obrigatoriedade de tentativa de conciliação pelo Juiz para resolução do conflito, o que facilmente rechaça a concepção de Magistrado como mero aplicador da lei ao caso concreto, vislumbrando-o também como pacificador social.

Assim é que se deve falar na possibilidade de realização da justiça social pelo Poder Judiciário, uma vez que é permitido ao Magistrado adequar a amplitude e conteúdo da norma à situação concreta, pelo uso, por exemplo, da equidade. É o que prontifica Gajardoni:

Com efeito, o juiz, na atividade de julgar, define o alcance dos comandos normativos, convertendo-os de gerais/abstratos em individuais/concretos, impondo, ainda, sanções coativas, nos casos de violação. O julgador, na atividade de conciliar, define às partes o conteúdo e alcance das normas, encaradas sob um prisma de equidade, não as impondo, mas persuadindo-as à observação espontânea. No julgamento da ação, vige o princípio da legalidade estrita, não havendo campo para inovações. Entretanto, no exercício da atividade conciliatória, age o magistrado livremente, por equidade, o que demonstra que, no exercício dessa função, os poderes/deveres do juiz são ainda maiores. (GAJARDONI, 2003, p. 142-143)

Cumprе salientar que os Magistrados possuem cautela e experiência jurídica suficientes para saber analisar toda a conjuntura processual, inclusive a adequação ou não da conciliação num caso concreto. Com efeito, a forma de investidura, as responsabilidades e atribuições do cargo da Magistratura exigem do profissional conhecimento jurídico e social necessário para a análise de cada caso concreto. Por isso, como importantes agentes na formação da solução do conflito, não são meros homologadores de acordos e não pretendem o acordo a qualquer custo.

Nesse sentido, cumpre corroborar as palavras de Sena:

Assim, inexorável a conclusão de que o Juiz do Trabalho não é um mero “homologador passivo” de todo e qualquer acordo que lhe seja submetido pelos litigantes (arts. 125, III, e 129 do CPC). Na homologação que corresponde ao ato judicial praticado pelo Juiz do Trabalho, compete-lhe avaliar com percuciência e profundidade pertinente a forma e o conteúdo que lhe estão sendo submetidos. Tudo de modo a assegurar livre e consciente manifestação da vontade das partes e, também, para evitar ofensas a normas de ordem pública, assegurando a presença de uma genuína transação. (SENA, 2007, p. 147).

NICACIO nos lembra que o Poder Judiciário “... continua a “enviar mensagens”⁷ ao público de cidadãos no que concerne à forma a partir da qual alguns temas e domínios são interpretados pelo direito oficial e suas autoridades constituídas” e isso também se aplica à conciliação. Prossegue a autora que essas “mensagens”, “desveladas no seio da cena social, prestam-se a refundar a maneira segundo a qual os cidadãos, público da justiça, mas também atores de direito, continuarão a tratar os conflitos e influenciar suas decisões no que toca às estratégias a adotar para a gestão da vida em sociedade.”

⁷ Marc Galanter em seus estudos afirma que os tribunais não apenas pronunciam decisões, mas também expedem mensagens. Essas mensagens serão úteis tanto para que os cidadãos possam tomar consciência de seus direitos ; possam formular demandas ; iniciar negociações ; fazer valer suas pretensões ou mesmo se abster de impetrar uma ação ou resistir e rejeitar a pretensão do adversário. De uma perspectiva utilitarista, os cidadãos poderiam assim ter um julgamento sobre a oportunidade de um processo judicial e, com conhecimento de causa, optar por um outro meio de resolução de conflitos.. Cf. M. Galanter, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », in *Accès à la justice et État-Providence*, M. Cappelletti (dir.), Publications de l'Institut Universitaire Européen, Paris, Economica, 1984, p. 163.

5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Inicialmente, buscou-se o entendimento da doutrina sobre a situação-problema da pesquisa, analisando as diversas concepções acadêmicas dos institutos estudados, quais sejam: o princípio da indisponibilidade e a conciliação, especialmente a judicial. Assim, foram analisadas diversas obras de autores renomados e conhecidos no meio jurídico-acadêmico, bem como colhidos dados estatísticos, elaborados por órgãos públicos, para que, partindo da hipótese apresentada, fosse complementada a fundamentação e conclusão da pesquisa.

Tendo em vista a parceria das instituições CNPq e FUNDEP/SANTANDER, que concederam bolsas de estudo para possibilitar o pleno desenvolvimento da presente pesquisa, as bolsistas puderam participar de diversos eventos que promoviam debates atinentes ao tema do trabalho. Destaca-se, nesse sentido, a participação em seminários e palestras ministradas por especialistas da área. Inclusive, um desses seminários foi realizado pelo Programa RECAJ UFMG - pesquisa, ensino e extensão em Acesso à Justiça e Formas de Resolução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, coordenado pela Professora Doutora orientadora desta pesquisa.

Assentada a carga teórica inerente ao tema versado, as bolsistas analisaram os efeitos da situação-problema na conjuntura social e na praxe forense, assistindo a audiências na Justiça do Trabalho, em Belo Horizonte, e entrevistando as partes posteriormente. Aproximando-se do público, foi possível examinar as questões psicológicas verificadas no universo da prática conciliatória e verificar como e até qual ponto a análise doutrinária se compatibilizava com a realidade forense.

Dessa forma, com o propósito de evidenciar os aspectos pragmáticos da conciliação judicial, impende analisar as conclusões obtidas a partir de casos concretos observados em audiências, com os quais foi possível perscrutar o fundo psicológico das partes.

Em geral, observou-se que os empregados não compareceram à

primeira audiência, predeterminados a firmar um acordo. No entanto, oferecida a proposta pelo empregador e feitas as negociações, surge o interesse em conciliar, tendo o Magistrado advertido sobre os benefícios e vantagens obtidas, ainda que não atendida a integralidade das pretensões.

Já os empregadores pesquisados, em sua maioria, disseram que vão ao Poder Judiciário com o intuito de conciliar, em razão das benesses que a conciliação lhes proporciona. Outros dizem que a possibilidade de previsão do acordo depende do caso concreto e do perfil do Magistrado condutor da audiência.

Constatamos, ainda, que as propostas de conciliação que partiam dos empregados eram de valor excessivamente elevado, ao passo que as propostas dos empregadores, de valor baixo, notadamente irrisório em relação ao pedido inicial. Com o advento da audiência conciliatória, após a intervenção do Magistrado no espaço conciliatório, especialmente com a confecção de cálculos balizadores do risco para as partes, da atuação das próprias partes, o valor acordado aproximava-se de média dos dois valores apresentados frente aos riscos calculados.

As partes apresentaram diversos benefícios que justificaram a feitura do acordo entre elas, dentre os quais convém citar: 1) a natureza célere da conciliação, de trazer mais rápido a solução do problema, evitando o desgaste psicológico; 2) o fato de a natureza das verbas guerreadas em juízo serem de cunho alimentar, pelo que o trabalhador precisa do dinheiro de forma mais rápida possível; 3) o afastamento de quaisquer riscos de um provimento jurisdicional que não lhes sejam favoráveis, haja vista a existência de entendimentos doutrinários e judiciais diferentes sobre as questões acordadas; 4) a redução de gastos, evitando o dispêndio de verbas com o trâmite processual; 5) a possibilidade de parcelamento do débito pelo empregador⁸; 6) a possibilidade de o empregado ser recontratado

⁸ NASSIF (2005, p. 186) critica veementemente o parcelamento do débito trabalhista. Para ela, tal atitude não poderia vir desacompanhada da aplicação de juros compensatórios, pois o cumprimento espontâneo não prevê o parcelamento. Assim, ela ressalta que “[...] a mera aplicação de princípios civis na conciliação judicial traria uma substancial compensação na desigualdade da relação de forças”.

posteriormente pelo empregador, evitando um litígio entre eles, eis que a conciliação é uma solução amigável; 7) razões tributárias, porquanto, quando da conciliação, permite-se às partes acordar como e quando pagar, sem que haja imediata retenção de imposto de renda na fonte.

Vale ressaltar que a atuação do advogado é positiva para a conciliação, na medida em que o fato de a parte remover previamente as informações, dicas, questões favoráveis e desfavoráveis envolvidas no processo possibilita que decida com maior segurança, no momento da audiência, se aceitará ou não a proposta formulada pela parte contrária, especialmente no que tange ao valor oferecido. O conhecimento desses subsídios fornecidos ao cliente pelo advogado antes da ocorrência da audiência uma contribui para elevar a probabilidade e o grau de satisfação da parte com a conciliação a ser realizada, reduzindo proporcionalmente as chances de arrependimento. A participação dos advogados de forma ativa na condução da negociação, dentro e fora da audiência, foi fator impactante observado. Se não há tal atuação e se o magistrado também não atua com tal diretiva, a possibilidade da transação fica esmaecida, até porque, como se salientou, nem sempre a primeira opção é a conciliação, considerando a cultura de litigação que impera na sociedade.

As conclusões desta pesquisa corroboram com alguns aspectos que foram apresentados por NASSIF⁹, para quem a conciliação na Justiça do Trabalho possibilitada por diversas razões, inclusive aquelas extrínsecas ao conflito em concreto e à relação jurídica travada. A conclusão foi parcial por não concordarmos que a conciliação permita um ambiente tão propício à fraude, exatamente porque há a participação e o controle do Magistrado

⁹ Para NASSIF (2005, p. 173), "Razões de natureza diversa contribuem para que a conciliação seja um sucesso na Justiça do Trabalho: razões pessoais, processuais, econômicas e até mesmo razões fraudulentas. Propõe-se a indicação de algumas delas. As razões pessoais representam-se pelo interesse dos juízes, das partes e dos advogados trabalhistas. As razões processuais, por sua vez, pelo *jus postulandi* das partes, pela indisponibilidade de direitos, pela *res dubia* e pela coisa julgada ampliada. A seu turno, as razões econômicas fazem-se representar pelo regime de honorários, de custas, pelo regime tributário, pela redução e/ou parcelamento do débito trabalhista e pela não aplicação de instrumentos normativos que aumentariam o valor desses débitos. Finalmente, as razões fraudulentas representam-se pelo crédito trabalhista privilegiado, pelo desvirtuamento da legislação trabalhista, pela evasão fiscal, pelo uso da redução de cálculo de despesas com mão de obra, até mesmo, em processos licitatórios."

quando da celebração do acordo. Novamente, ressalta-se a sabedoria do sistema processual publicista e equalizador previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais, o acordo também pode vir a ser controlado pelo Ministério Público, quando de sua atividade correicional e fiscalizatória.

Por fim, não se pode olvidar do importante papel exercido pelo Juiz, na atividade jurisdicional de conciliação no transcorrer da audiência, estimulando a realização do acordo e intervindo para assegurar a razoabilidade dos termos e valores fixados. Nesse sentido, deve o Magistrado atentar para a forma de solução da controvérsia que garanta ao máximo o acesso à justiça por parte dos jurisdicionados. Em outras palavras, que o tratamento dado pelo Poder Judiciário seja o mais adequado possível, especialmente considerando os termos da Resolução n. 125 do CNJ.

6. CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro deve ser interpretado como um todo unitário, sistêmico e coerente, em prol da consolidação e efetividade de suas normas. Assim, nenhum primado pode ser aplicado e entendido com viés absoluto, devendo a análise de sua incidência ser feita em cada caso concreto, de maneira proporcional e atenta aos aspectos teleológicos da norma.

Assim, cabe ressaltar que a aplicação ponderada dos princípios da indisponibilidade e da conciliação, o ativismo judicial e a equidade são apenas algumas das razões que justificam a flexibilização do princípio da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores pela conciliação. Acrescenta-se que a conciliação coaduna com a égide constitucional brasileira, que pretende cada vez mais ressaltar a efetividade e duração razoável do processo, bem como fortalecer o acesso à justiça, de modo a fazer com que cada parte compreenda e participe da decisão prolatada, em verdadeira atenção ao princípio da cooperação, sendo o processo construído pelo autor, pelo Juiz e pelo réu conjuntamente, em prol de uma justiça não meramente formal, mas especialmente material.

Por fim, diante de uma análise concreta, vislumbramos que as partes se conciliam por acreditar que a conciliação é uma forma benéfica de resolução de conflitos, atenta à razoável duração do processo e que lhes possibilita conjuntamente construir a solução do litígio. Em sua maioria, saem satisfeitas da Justiça Especializada do Trabalho por observar que as benesses e os efeitos da conciliação extrapolam - e em muito - os aspectos endoprocessuais, findando o conflito não apenas numa dimensão formal-processual, mas também em seus aspectos econômicos, sócio-familiares, dentre outros, que extrapolam a relação jurídica travada no Judiciário e que não seriam logrados com a atividade jurisdicional clássica de prolação de uma decisão final frente a um caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In SALIBA, Aziz Tuffi, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e ALMEIDA, Gregório Assagra de (Coords.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. (*Conceptos Fundamentales La Doctrina de Las Acciones*; v. 1).

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. In RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coords.). *Comissões de conciliação prévia: quando o direito enfrenta a realidade: análises críticas em memória de Alaor Satuf Rezende*. São Paulo: LTr, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GIGLIO, Wagner. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASSIF, Elaine Noronha. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

- NICACIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre a metamorfose da regulação social e a administração plural da justiça. (no prelo).
- SENA, Adriana Goulart de. *Juízo conciliatório trabalhista*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 45, n. 75, p. 139-161, jan./jun. 2007.
- SENA, Adriana Goulart; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coords.). *Processo do trabalho atual e temas conexos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- SENA, Adriana Goulart de. Resolução de conflitos e acesso à justiça: efetividade material e judicial. In SENNA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coords.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- Os princípios do direito processual civil e o processo do trabalho. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PREMISSA FILOSÓFICA E ASPECTOS TÉCNICOS PARA IMPLANTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE PROGRAMAS DE RESOLUÇÃO APROPRIADA DE DISPUTAS EM TRIBUNAIS

Marcelo Girade Corrêa¹

PREMISSA FILOSÓFICA

Recentemente, em uma palestra proferida pelo magistrado aposentado Wayne D. Brazil², por ocasião de um curso para administradores de programas de Resolução Adequada de Disputas - RAD em tribunais, ouvi a síntese que melhor definiu, na minha visão, a mudança que a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ propõe. Sem a cautela necessária àqueles que ainda estão na ativa e com a liberdade de quem conhece muito bem “as duas margens do rio”, Wayne Brazil fez uma pausa e disse em tom vibrante: “As pessoas procuram os tribunais para resolver seus problemas. Não podemos olhar para elas de lado, como se seus problemas não fossem tão importantes. Temos a chance, como serviço público, de olharmos diretamente nos olhos das pessoas e ajudá-las com uma solução adequada. Essa é a grande mudança que fomos desafiados a fazer quando falamos de programas de resolução não adversarial de conflitos nos tribunais.”

Os métodos adequados de resolução de conflitos de interesses, objeto central da política judiciária nacional capitaneada pelo CNJ, dentro desse enfoque, sinalizam a mudança que pode salvar o sistema judicial do ponto crítico em que se encontra. A crise aqui referida, paradoxalmente,

¹ Coordenador do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação do TJDF; Especialista em Administração Judiciária pela FGV/EBAP; Co-autor do Manual de Mediação Judicial; Instrutor de Mediação e Negociação.

² Palestra proferida no Centro de Negociação e Resolução de Disputas da *University of California Hastings*, em 15 de junho de 2012. Wayne D. Brazil é juiz aposentado da *Court of Northern District of California* e um dos nomes mais respeitados pelo trabalho e inovação no campo da Resolução Apropriada de Disputas no mundo.

não tem relação com a qualidade técnica de magistrados e servidores como capital humano dos tribunais. O enfoque crítico é relativo ao esgotamento do modelo utilizado para promover a paz social, missão maior do Poder Judiciário.

Estamos falando de um modelo que exclui, em grande parte, o cidadão do processo de tomada de decisão sobre a sua própria vida. Sua vontade, suas preocupações, suas necessidades e interesses são traduzidos em termos técnicos e dentro de um contexto restrito aos fatos e aos direitos. sua voz é a que menos se ouve. Não existe tempo. tudo é feito dentro de um modelo de produção em série para que a demanda seja minimamente atendida.

O que realmente se deseja obter não importa. Ficou para trás, naquele exato momento em que no papel foram impressas as palavras encarregadas de contar a história daquele indivíduo, daquela empresa, daquela instituição. Sua pretensão inicia uma jornada sem previsão de término e de destino. como disse o citado juiz norte-americano: “Precisamos pensar em um modelo onde as pessoas não sejam alienadas do sistema judicial. Um modelo que permita ao cidadão, ao contribuinte, àquele ao qual o serviço judiciário foi designado, compreender o processo no qual está entrando, participar da decisão sobre qual alternativa pode melhor ajudá-lo a resolver seu problema e ter poder sobre a decisão que terá consequências na sua história de vida.”

A proposta de implantar e desenvolver programas de Resolução Adequada de Disputas - RAD em tribunais pode reduzir a distância entre o cidadão e o Poder Judiciário, permitindo que aquele que busca a Justiça consiga olhar nos olhos daquele que se propõe a promovê-la.

ASPECTOS TÉCNICOS

Hoje podemos observar uma relativa quantidade de textos, depoimentos e declarações sobre os benefícios, as vantagens e a necessidade dos tribunais, seus magistrados, servidores e parceiros desenvolverem programas de autocomposição indireta como atividade institucional.

A idéia não é repetir aqui o discurso já muito bem apresentado em outros textos sobre a importância, o significado e, em resumo, a motivação principal de implantar um sistema complementar de resolução de conflitos com orientação não adversarial. Farei uma breve descrição dos principais fatores que constituem a base fundamental para a implantação e desenvolvimento de qualquer programa de tratamento adequado de conflitos de interesses em tribunais utilizando como modalidades principais a mediação e a conciliação.

Motivação

Toda ação institucional é motivada por dois aspectos principais: a) para resolver um problema; ou b) para aproveitar uma oportunidade. Nesse caso, podemos dizer que os dois aspectos estariam presentes na implantação de programas de RAD nos tribunais.

O problema, inicialmente abordado na parte introdutória do artigo, fica evidenciado, sobretudo, pela quantidade crescente de casos novos em todas as cortes de justiça do país. Temos o desafio constante de atender demandas cada vez maiores com menos pessoas, menos espaço físico, menos estrutura, apesar de todas as constantes melhorias nos tribunais anualmente. Basicamente, o problema pode ser delineado como uma equação não resolvida onde o ritmo de crescimento da demanda é claramente mais acelerado do que a capacidade de atendimento da mesma. O indicador mais evidente dessa realidade é a taxa de congestionamento apresentada semestralmente nos relatórios do CNJ.

A oportunidade, nesse caso, é a possibilidade de resgate da percepção da sociedade de que pode contar com os tribunais, seus magistrados e servidores para ajudá-la a resolver seus problemas de forma efetiva e, preferencialmente, pacífica. Oportunidade estendida, também, aos demais atores do sistema judicial como os promotores, os defensores públicos e os advogados, na medida em que podem vislumbrar a possibilidade de contar com um sistema capaz de dar respostas em tempo razoável e com qualidade.

Em resumo, a motivação principal está ligada ao fato do modelo atual ser caro e pouco eficiente no atendimento da demanda, gerando evidente insatisfação naqueles para os quais o sistema foi criado.

Planejamento do Projeto

Toda e qualquer ação institucional, para ter sua probabilidade de sucesso aumentada, deve ser minimamente estruturada nos moldes de um projeto. Isso significa planejamento, execução, controle e finalização, com a entrega do produto ao final. Mesmo aqueles tribunais que já possuem programas em andamento podem planejar suas próximas ações com os contornos de um projeto.

Basicamente, o planejamento envolve, em primeiro lugar fazer as perguntas mais adequadas para depois iniciar o processo de construção das respostas, caracterizado por ações estratégicas. O projeto, dentro desse enfoque, pode ser estruturado para responder as seguintes questões:

- a) Quais modalidades de resolução apropriada de conflitos serão oferecidas?
- b) Que tipos de casos deverão ser endereçados para o programa?
- c) Quem fará a seleção dos casos que deverão ser encaminhados?
- d) A participação será obrigatória ou voluntária?
- e) Em que momento do processo será oferecida a modalidade?
- f) Quem serão os terceiros facilitadores?

Um ponto fundamental do planejamento é o envolvimento dos vários atores que serão direta ou indiretamente afetados pelo projeto. Juízes, Promotores, Advogados, Defensores Públicos e Faculdades de Direito são exemplos de públicos que podem ser convidados a ajudar a responder as perguntas feitas acima. Vejamos como cada questionamento pode ser utilizado como fonte de informação na estruturação do programa.

- a) *Quais modalidades serão oferecidas?*

Os processos mais conhecidos e utilizados nos tribunais atualmente são a conciliação e a mediação. São esses os processos principais apontados na Resolução 125 do CNJ, apesar de não serem os únicos à disposição das Cortes de Justiça.

Conciliação, Mediação ou Audiência de Conciliação?

Talvez uma das mais extensas discussões sobre métodos adequados de resolução de disputas seja aquela relativa às semelhanças e diferenças entre mediação, conciliação e audiência de conciliação. Para um aprofundamento no tema com base em um critério técnico, recomenda-se a utilização do Gráfico de Riskin, onde, por meio de um gride classificatório, pode-se visualizar os aspectos que evidenciam a diferença de uma abordagem e outra.³

Para fins deste artigo, utilizaremos como base a diferenciação sugerida no novo texto do CPC, ainda em tramitação no Congresso. Basicamente, podemos iniciar a compreensão da diferença examinando qual o papel do conciliador e do mediador. Os parágrafos 1º e 2º do Art. 145 definem que:

- 1) O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem; e
- 2) O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

A essas referências iniciais, podemos somar o aspecto do tempo, do tipo de ação em questão e a competência de quem conduz o processo. Assim,

³ “Tomada de Decisão em Mediação: o novo ‘Gráfico Antigo’ e o sistema do ‘Novo Gráfico Novo’ em GOMMA, André de Azevedo e BARBOSA, Ivan Machado, Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 4, Brasília-DF, Editora Grupos de Pesquisa, 2007.

a conciliação seria a modalidade direcionada, no aspecto temporal, para situações onde está prevista apenas uma sessão de, no máximo, uma hora de duração. Ações em que as discussões giram em torno de aspectos mais voltados à transação ou à discussão de valores estariam dentro desse contexto.

No caso de utilização da modalidade mediação, a duração e o número de sessões permite uma dinâmica mais flexível para a troca de informações, a exploração de necessidades e interesses e a criação de opções baseadas em ganhos mútuos, onde os resultados podem ter um alcance mais amplo do que aquele voltado apenas para a solução do ponto controverso.

Como exemplo, podemos pensar em uma ação trabalhista onde se discute o reconhecimento de um direito e, caso esse seja reconhecido, como a outra parte pode cumprir com o seu dever. É provável que nesse caso não existam elementos ligados a um relacionamento estreito entre empregador e empregado, onde laços sociais de amizade e respeito mútuo tenham sido quebrados por um desentendimento episódico que deu início a uma espiral de conflito, culminando em um processo judicial. Nesse tipo de situação, em geral, uma audiência de conciliação conduzida pelo próprio juiz pode surtir o efeito desejado. Caso a hipótese de haver elementos ligados ao relacionamento, sinalizando que existem interesses mais amplos a serem trabalhados, seja confirmada, então um modelo de conciliação em que esteja prevista uma sessão entre trinta minutos a uma hora pode ampliar as chances de um acordo que satisfaça os interesses das partes com uma solução mais abrangente (como um pedido de desculpas, a previsão de carta de recomendação etc).

Mesmo no contexto trabalhista podemos prever a mediação, na medida em que se percebe a necessidade de organização de um ambiente negocial mais estruturado e produtivo, onde o resultado pode beneficiar muitas partes ao mesmo tempo, com soluções que foram amadurecendo ao longo das interações e troca de informações.

Podemos notar que, na medida em que são oferecidas possibilidades de resolução da disputa que se adéqüem melhor à natureza do caso, aumentam as chances das partes se sentirem participantes do processo de

tomada de decisão. Nesse caso, a audiência de conciliação se diferencia das duas outras opções por ser um processo no qual as partes e seus advogados, na presença do juiz, discutem a possibilidade do acordo de forma bastante objetiva e com tempo muito reduzido. Em linhas gerais, a percepção de maior participação no processo está diretamente ligada à satisfação do usuário. Exemplos semelhantes podem ser utilizados, também, no contexto cível e de família.

Minha maior intenção aqui não é aprofundar os conceitos sobre as abordagens e suas aplicações e sim chamar a atenção para o fato de que a definição dos tipos de processos a serem utilizados tem conseqüências diretas no desenho do programa. Recomenda-se, sempre que possível, testar as modalidades em projetos-piloto.

b) Tipos de casos a serem atendidos

Quais os casos a serem endereçados para o programa? No caso daqueles já previstos em lei, como fase processual, a resposta se evidencia, a exemplo da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais.

Contudo, nos demais contextos é fundamental a definição do tipo de caso a ser atendido, sobretudo em tribunais que estão na fase inicial de estruturação das atividades de resolução não adversarial de disputas a serem exercidas pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ou unidade semelhante.

Muitos tribunais iniciaram seus programas, sobretudo na primeira parte da década passada, atendendo casos provenientes das Varas de Família. Na grande maioria das vezes, mediadores em fase inicial de formação se deparavam com casos complexos selecionados pelos juízes. De forma geral porque não havia nenhum tipo de referência ou orientação para a seleção do tipo de caso a ser encaminhado. A conseqüência, muitas vezes, era o retorno do caso sem acordo e mediadores assustados com a dificuldade da tarefa, inerente à complexidade dos elementos constituintes daqueles conflitos.

A regra, nesses casos, é bastante objetiva: primeiro as coisas mais simples. Do mais fácil para o mais difícil, assim como se aprende praticamente qualquer atividade. Aliada a essa primeira regra de ouro nesse aspecto está outra que a complementa: qual a necessidade mais importante dos nossos usuários que estamos tentando atender primeiro? Por usuários entenda-se todos aqueles que estão envolvidos diretamente como tomadores de serviço.

A especificação do tipo de caso a ser atendido em cada fase da implementação do programa tem conseqüências em praticamente todas as demais definições do modelo. Tribunais que iniciaram suas ações com foco na mediação familiar podem ampliar sua atuação endereçando casos cíveis simples para mediadores em formação, tanto no 1º quanto no 2º grau. Aquelas Cortes de Justiça que já possuem experiência com os Juizados Especiais e necessitam ampliar a atividade para as Varas Cíveis comuns, também podem adotar a regra dos casos mais simples no início. Seja como for, recomenda-se que os tipos de caso a serem encaminhados, bem como a fase em que se encontra sejam estabelecidos em regramentos internos, evitando mal-entendidos e problemas de interpretação por parte das Varas.

Mesmo no caso das mediações e conciliações pré-processuais, deve haver uma definição, por parte do Tribunal, sobre o tipo de ação a ser abrangida por essa modalidade.

c) Quem fará a seleção dos casos?

Aparentemente simples, essa é uma pergunta que envolve um nível de reflexão um pouco mais profundo. Poderíamos sinalizar que, levando-se em consideração ser o magistrado o principal responsável pelo processo, a seleção dos casos deve ser feita por ele.

É notório que, caso o magistrado não concorde, aquela ação não poderá ser selecionada para ser mediada, com as exceções previstas em lei, obviamente. No entanto, o magistrado pode delegar essa atividade para sua equipe, estabelecendo, a partir das orientações da unidade que conduz o programa de ADR naquele tribunal, os critérios de seleção dos casos.

Muitas são as fontes que podem dar origem aos pedidos de encaminhamento de casos para a mediação e a conciliação. Como já dito, o próprio juiz pode recomendar que as partes tentem resolver a disputa de forma consensual. Uma das partes pode solicitar, por meio de seu advogado, que o caso seja encaminhado para a mediação. O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania pode realizar uma triagem prévia e solicitar ao juiz que um determinado caso seja encaminhado para o procedimento conciliatório. Bancos de grandes empresas podem encaminhar listas de casos a serem incluídos nas semanas de conciliação. Defensorias Públicas podem tentar resolver por meio de processos conciliatórios antes de ajuizar as ações. Promotores podem sinalizar a intenção de negociar ao longo do processo.

Cada um desses caminhos têm resultados e níveis de comprometimento das partes diferentes. Recomenda-se seguir o disposto na Resolução 125 do CNJ, colocando a tarefa principal de estabelecer as regras de seleção de casos pré-processuais para os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e esse poder dar o suporte necessário para que as Varas possam desenvolver seus processos seletivos com base em padrões bem definidos para essa tarefa.

d) Participação Obrigatória ou Voluntária?

Tanto em programas já em processo de implantação como naqueles que estão em fase inicial, a resposta para essa questão tem um forte impacto no resultado final. Compulsória na fase inicial, a tentativa de conciliação tanto na Justiça Trabalhista como nos Juizados Especiais, gera um paradoxo. Ao mesmo tempo em que a lei claramente incentiva a conciliação como primeira e mais importante tentativa de resolver a disputa, limita, e até exclui muitas vezes, a adequada participação das partes nessa fase do processo.

Devido ao grande volume de ações ajuizadas nos tribunais, a compulsoriedade da fase conciliatória tornou-se um problema, mais do que uma solução. Aquele que poderia ser o momento de maior participação

do cidadão na construção de uma solução para seu problema acaba por receber a menor parcela de tempo e de atenção, em todos os sentidos. Audiências de conciliação feitas entre 5 e 10 minutos são comuns nos dois contextos citados aqui. Basicamente, a tentativa de conciliação resume-se à tradicional indagação às partes e seus advogados sobre a existência ou não de um acordo. Não é de se estranhar que os índices de acordo não sejam os desejados.

Mesmo nas situações onde o acordo é alcançado, devido ao fato do processo conciliatório não ter sido adequadamente respeitado, o não cumprimento espontâneo da transação gera uma enorme quantidade de retrabalho para os tribunais nas ações de execução. Em grande medida, partes que se sentiram alijadas do processo de tomada de decisão tendem a não cumprir os acordos firmados.

Portanto, ao planejarmos como será o funcionamento de um programa de ADR em um tribunal, devemos levar em alta consideração os impactos que a obrigatoriedade pode gerar. Nitidamente não é um problema de vontade e visão de magistrados e servidores quanto à promoção da conciliação. Tampouco o legislador demonstrou falta de sensibilidade quanto à importância do incentivo ao caminho consensual. O problema aqui é pensar em apenas parte da solução.

Para auxiliar administradores de programas de ADR (tanto magistrados como servidores) a compreender definitivamente esse elemento fundamental do planejamento, podemos fazer uma analogia com a obrigatoriedade do voto no Brasil. Por diversos motivos, o legislador entende que o voto em eleições municipais, estaduais e federais deve ser obrigatório. Estimular a participação democrática e o senso de dever com a sua comunidade e sociedade em geral podem estar entre alguns desses motivos. Mesmo que o cidadão anule seu voto ou o deixe em branco, ele deve comparecer. À essa primeira parte da solução podemos dar o nome de “aspecto legislativo”. A outra parte pode ser considerada o “aspecto de suporte” da solução. Isso significa que tenho que oferecer os meios adequados para que o cidadão possa cumprir com a sua obrigação.

A questão da compulsoriedade da mediação e da conciliação deve, então, ser pensada a partir desses dois enfoques. Em sendo compulsória, temos condições de oferecer um processo conciliatório adequado, ou seja, que atenda aos fins a que se propõe? Isso significa, no aspecto também de gestão, saber se estamos designando tempo suficiente para as interações inerentes às negociações entre as partes assistidas por um terceiro, espaço físico apropriado, pessoas treinadas para potencializar o processo negocial, pesquisa de qualidade para conhecer a percepção a partir do ponto de vista do usuário etc.

Seja no contexto trabalhista, seja no contexto dos juizados especiais ou nas ações cíveis comuns e de família, a obrigatoriedade pode ser pensada em vários níveis. Com exceção dos casos previstos em lei, pode-se estabelecer a obrigatoriedade da participação das partes em uma espécie de sessão de apresentação do processo de mediação ou de conciliação, onde as partes só podem aceitar ou negar após conhecerem com mais detalhes o tipo de solução que está sendo proposta.

Em doze anos de experiência, contudo, conhecendo a realidade de programas em vários estados brasileiros, não me deparei com nenhuma situação onde havia problema de falta de casos para iniciar e dar continuidade aos programas de ADR. A maior justificativa para as partes e seus advogados participarem de processos de conciliação ou mediação deve ser a efetividade do seu resultado e não o fato de serem obrigatórios. Fatores como controle sobre o resultado, tempo, custos da transação, recorrência da disputa, satisfação com o resultado, impacto no relacionamento devem ser utilizados como alguns dos principais critérios no momento da escolha.

e) Qual o momento mais adequado para recomendar a autocomposição?

A premissa básica aqui é que não existe uma única resposta para essa questão. Podemos considerar alguns pontos para que magistrados e servidores possam utilizar como informação para as reflexões acerca do planejamento do projeto de implantação do programa. É preciso, portanto,

levar em consideração os seguintes momentos: i) Pré-processual; ii) Início do processo; iii) Após a inicial; e iv) A qualquer momento.

Como já é possível concluir, o programa ideal é aquele que oferece a possibilidade de mediação ou conciliação em qualquer fase do conflito. No caso da fase pré-processual, é preciso selecionar que tipo de casos podem se beneficiar dessa opção e definir como serão os procedimentos para realização das sessões e homologação dos acordos. Nitidamente, essa opção pode economizar tempo e dinheiro dos litigantes, além de funcionar como um filtro para casos novos nos tribunais.

Caso a ação já tenha sido ajuizada, as partes podem optar por tentar uma composição logo no início do processo. Novamente, essa opção pode poupar tempo, dinheiro e preservar o relacionamento na medida em que ajuda a interromper a espiral de conflito.

Contudo, uma ou mais partes podem não possuir todas as informações sobre riscos, resultados e caminhos possíveis para o processo. Podem estar em um nível de mágoa e ressentimento com o outro lado tão arraigado ao ponto de enxergar a possibilidade de um acordo como uma demonstração de fraqueza.

Em outras situações, partes e seus advogados somente fazem a opção de conciliar após uma decisão em primeira instância, quando percebem que suas chances de obterem um resultado vantajoso unilateralmente são poucas.

Um programa maduro de RAD oferece a possibilidade de composição consensual da disputa em todas as fases acima descritas. No entanto, essa é uma condição que se adquire com o tempo e de forma incremental. Ao planejar a estrutura inicial de funcionamento do programa, um tribunal pode fazer algumas opções estratégicas no início e depois ampliar a oferta progressivamente. Do ponto de vista técnico e de gestão do programa, quanto maior o leque de opções em relação ao momento em que as partes podem acessar a opção autocompositiva indireta, maior a infraestrutura e o nível de suporte a ser oferecido.

É sempre importante pensar no binômio qualidade *versus*

quantidade em cada decisão a ser tomada no planejamento e estruturação do programa. A título de exemplo, se um tribunal opta por oferecer a mediação e a conciliação pré-processual, devem estar previstas as condições mínimas como procedimentos, espaço físico e conciliadores e mediadores em número suficiente. Caso exista a pretensão de oferecer a mediação e a conciliação em nível de segundo grau, pode ser necessário contar com terceiros facilitadores com preparação específica para atuar em tais processos. Isso significa que o perfil e as competências exigidas pode mudar de acordo com o tipo e o momento do processo. O desafio, em grande parte, é expandir aumentando a quantidade sem prejuízo da qualidade.

f) Quem serão os terceiros facilitadores?

O coração de todo programa de Resolução Adequada de Disputas em tribunais é o seu corpo de terceiros facilitadores. Paradoxalmente, na grande maioria das atividades conciliatórias nos tribunais, com destaque para os Juizados Especiais, os menores investimentos de tempo e recursos financeiros e materiais são destinados aos conciliadores e mediadores.

É comum o discurso favorável à mediação e à conciliação nos tribunais. Magistrados e servidores enaltecem a sua importância e sinalizam nessas práticas a grande mudança que permitirá ao Poder Judiciário prestar seus serviços de maneira mais humana e participativa, promovendo na sociedade seu mais valioso princípio de convivência e desenvolvimento: a paz. Entretanto, existe uma distância, na grande maioria dos programas, entre discurso e prática.

Novamente, podemos fazer uma analogia para ressaltar a importância da compreensão deste ponto fundamental. Se fôssemos indagados sobre o grau de prioridade que a educação deve ter para o desenvolvimento de uma nação, a resposta notadamente seria algo como uma priorização máxima para este tema. Contudo, na prática, sabemos que os investimentos em escolas e universidades relativos à qualidade das salas de aula, formação e salário de professores não estão nos mesmos níveis de prioridade externados

nos discursos. Na prática, uma educação de qualidade é promovida pelo contato do aluno com o professor e sua capacidade de gerar aprendizado.

Da mesma forma, se quisermos oferecer mediações e conciliações de qualidade, teremos que investir na formação de mediadores e conciliadores e em toda a infra-estrutura que permita que exerçam sua atividade com excelência. Apesar de óbvio, tal raciocínio tem sido negligenciado até o momento no país. Precisamos alterar essa realidade com a maior velocidade possível. O primeiro passo para a estruturação de um quadro de mediadores e conciliadores de qualidade é definir, portanto, como será composta essa matriz.

A situação mais comum no início de programas de RAD em tribunais é a utilização de servidores do quadro para a realização das conciliações e mediações nos projetos-piloto. No caso da Justiça do Trabalho, são os próprios juízes que assumem o papel de conciliadores de forma geral e, em alguns tribunais, delegam essa função para servidores de seu gabinete. Também é muito comum a utilização de estagiários em semanas de conciliação e nas conciliações dos Juizados Especiais. No caso de contar com voluntários, estudantes de Direito acabam atuando como força de trabalho na grande maioria das conciliações nos Juizados Especiais e alguns programas de mediação em convênio com Faculdades de Direito, na própria universidade. Outros tribunais pagam conciliadores utilizando a Lei do Voluntariado (Lei 9608, de 18 de fevereiro de 1998) e ainda outros optam por reservar orçamento para contratação direta.

É fácil visualizar a grande gama de opções disponível para montar uma matriz de terceiros facilitadores. Todas essas opções possuem suas vantagens e desvantagens. Os administradores do programa de RAD dos tribunais devem pesar tais fatores e verificar qual a combinação é a mais viável para o nível de desenvolvimento de seu programa e qual pode trazer o melhor custo/benefício para todos os envolvidos, sobretudo para as partes.

Vejamos uma breve análise sobre cada opção:

Juízes como conciliadores e mediadores

- Litigantes podem se sentir mais seguros e com mais atenção do tribunal para o seu caso tendo um magistrado a frente do processo consensual de solução da disputa.
- Necessidade de capacitação do magistrado em técnicas de autocomposição indireta, comunicação não adversarial e facilitação de negociações;
- Maior tempo do magistrado dedicado às sessões de conciliação para surtir o efeito desejado;
- Limites de utilização do processo de mediação e conciliação no caso do juiz ser o mesmo que irá proferir a decisão, uma vez que não pode contar com a vantagem que o princípio da confidencialidade proporciona em relação à revelação de informações que poderiam ajudar nas negociações.

Servidores do Tribunal

- Maior controle sobre a condução das conciliações e mediações;
- Alto nível de comprometimento;
- Ciclo de rotatividade longo;
- Formação de um corpo de terceiros facilitadores experientes para expansão do programa;
- Baixa capacidade de expansão da equipe para atender a grandes demandas;
- Alta capacidade de controle de qualidade.

Voluntários

- Ciclo de rotatividade curto;
- Necessidade constante de treinamento para habilitação;
- Nível de comprometimento variável;

- Alta capacidade de expansão da força de trabalho para atender a grandes demandas;
- Diferentes níveis de experiência de vida e capacidade de articulação nas negociações;
- Diferentes motivações para atuação como terceiros;
- Baixo custo para os tribunais;
- Média para alta capacidade de controle de qualidade.

Mediadores e conciliadores pagos

- Ciclo de rotatividade médio;
- Alto nível de comprometimento;
- Capacidade de expansão vinculada ao orçamento disponível;
- Possibilidade de seleção alinhada às diretrizes do programa;
- Alto custo para os tribunais;
- Alta capacidade de controle de qualidade;
- Necessidade de avaliação de desempenho constante.

É difícil afirmar que existe um matriz certa e outra errada. Os programas devem levar em conta o que é mais adequado de acordo com a realidade de cada tribunal. Se fôssemos apontar um modelo ideal de trabalho, apenas como referência, poderíamos estruturar uma matriz de conciliadores e mediadores com a seguinte sequência de composição e modelo:

- i) Formação de mediadores e conciliadores do próprio tribunal como equipe de referência;
- ii) Formação de um quadro de voluntários a partir de estudantes de Direito do 8º semestre em diante, Bacharéis em Direito, Professores e demais profissionais;
- iii) Quadro oficial de mediadores privados para o encaminhamento de casos.

Para que essa sequência possa ser estabelecida da forma mais produtiva possível, o modelo que pode gerar sustentabilidade para o programa deve conter alguns elementos fundamentais. O primeiro passo é formar uma equipe de referência com servidores do próprio tribunal. Essa equipe deve receber um treinamento básico em mediação ou conciliação (dependendo da área de atuação) nos moldes estabelecidos pela Resolução 125 do CNJ e pelas suas atualizações de referência. O ideal é que esse grupo possa variar entre 10 a 24 pessoas, entre servidores dedicados exclusivamente ao programa e servidores de outros setores que possuem perfil e disponibilidade para atuarem como mediadores. Desse grupo surgirão os futuros instrutores e supervisores de mediação e conciliação. A partir dessa equipe de referência, pode-se iniciar a expansão das atividades, reproduzindo o modelo de mediação e conciliação definido como padrão de qualidade pelo CNJ.

A expansão compreende treinar e formar mais mediadores e conciliadores com cursos que envolvem uma etapa teórico-prática e outra de estágio supervisionado. Esse movimento permite gerar experiência para os instrutores em formação e para a qualificação dos supervisores que ficarão responsáveis pelos estágios supervisionados em cada Vara ou Juizado. Os novos mediadores e conciliadores formados, ao atuarem nos casos reais adquirem experiência contínua na medida em que continuam a receber o suporte da supervisão. A partir dessas novas turmas, surgem os novos supervisores e possíveis instrutores que serão formados e farão parte do quadro de instrutores e supervisores do tribunal.

Esse movimento inicial pode levar de 6 a 12 meses para ser implementado na sua primeira fase e passa a ser o ponto de partida dos programas nos tribunais. A partir dessa estrutura inicial pode-se qualificar progressivamente tanto voluntários internos quanto externos e, nos casos em que são pagos, os mediadores e conciliadores remunerados. Qualquer que seja a composição do corpo de mediadores e conciliadores, é essencial lembrar que serão eles que estarão representando o tribunal naquele momento. Portanto, investimentos nesse setor são justificáveis na medida em que estão diretamente ligados à imagem do Poder Judiciário perante à sociedade.

CONCLUSÃO

Todos os tribunais do país, em maior ou menor medida, terão seus programas de Resolução Adequada de Disputas - RAD. Seja na Justiça Federal, Estadual ou Trabalhista, o incentivo pela solução consensual estará na porta de entrada, como um convite, e ao longo de todo o processo. Essa não é apenas uma responsabilidade dos tribunais, é de toda a sociedade. Promotores, Defensores Públicos, Advogados, Governo e Instituições de Ensino são atores diretamente ligados à essa mudança. Do cidadão comum às grandes empresas, todos poderão e deverão se beneficiar de métodos adequados de resolução dos seus conflitos de interesses como opção primeira.

Não existe outra solução para o Poder Judiciário. Se, o cidadão que paga seus impostos, ao procurar um tribunal para resolver seu problema, encontra um ambiente em que sua reclamação será ampliada, então perdeu-se a finalidade. O grande desafio é proporcionar maior participação no processo decisório daquele que origina o problema.

Quando um tribunal decide que irá implantar um programa de RAD como serviço complementar a ser prestado, não raro se depara com a falta de conhecimento em como iniciar e depois desenvolver essa atividade. É nesse momento em que a equipe de magistrados e servidores dedicada à implantação pode fazer e refletir sobre as perguntas colocadas nesse texto. No mínimo, existirão informações suficientes para planejamento de um projeto que aumenta as chances de estruturação de um serviço sólido e que se mantém sustentável ao longo dos anos, crescendo de maneira incremental.

As perguntas e seus detalhamentos são apenas o passo inicial dos aspectos técnicos necessários para administrar programas de RAD com efetividade nos tribunais. Outras questões, em níveis de aperfeiçoamento podem ser apresentadas. Como divulgar o programa? Como desenvolver a integração de procedimentos já existentes e vinculá-los com os novos procedimentos? Como desenvolver o controle de qualidade do programa?

Como e com quem estabelecer parcerias fundamentais para ampliar o alcance do programa? Como tornar a supervisão uma atividade de aprendizado contínuo? Como garantir fontes de investimentos contínuos no programa?

A mediação e a conciliação nos tribunais são atividades complementares à disposição dos magistrados para contribuir na promoção da paz social. Tais métodos não resolverão todos os problemas e tampouco se prestam para tanto. Entretanto, seu potencial e capacidade resolutória foram pouquíssimo explorados. Para que tribunais e sociedade se beneficiem das suas maiores vantagens, a mediação e a conciliação devem ser percebidas como atividades técnicas que necessitam ser gerenciadas por pessoas que possuam conhecimento específico e capacidade de vislumbrar o desenvolvimento contínuo da atividade. Em todas as partes do mundo onde a mediação e a conciliação obteve sucesso como atividade institucional de tribunais, a gestão do programa é feita com uma combinação harmoniosa de magistrados e servidores que trabalham para o mesmo fim. No Brasil não será diferente.

A ENCÍCLICA *RERUM NOVARUM* E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE¹

Luiz Eduardo Gunther²
Willians Franklin Lira dos Santos³

Resumo: O artigo debruça-se sobre a importância atual da Encíclica *Rerum Novarum* 120 anos após a sua edição. Compara-a com duas outras obras importantes: *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, e o *Manifesto Comunista*, de Karl Marx e Friedrich Engels. Examina o que a Encíclica propõe sobre a condição dos operários e o princípio da subsidiariedade.

Sumário: 1. A importância histórica e jurídica da Encíclica *Rerum Novarum*; 2. As preocupações sobre as condições dos operários; 3. O princípio da subsidiariedade; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. A importância histórica e jurídica da Encíclica *Rerum Novarum*

Completam-se cento e vinte anos da edição da Encíclica *Rerum Novarum* neste ano de 2011.

Torna-se necessário, portanto, lembrar, comemorar e fazer não só

¹ Este trabalho é resultado da Palestra apresentada no evento promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná e por sua Escola Judicial sobre o tema “A Encíclica *Rerum Novarum* e o Trabalho 120 anos depois”, no dia 13 de maio de 2011, que inspirou o livro “*Rerum Novarum: Estudos em Homenagem aos 120 anos da Encíclica Papal*”, publicado pela Juruá Editora, coordenado e organizado, respectivamente, pelos autores deste artigo e pelos Professores Marco Antônio César Villatore e Ronald Silka de Almeida.

² Desembargador Federal do Trabalho e Diretor da Escola Judicial do TRT da 9ª Região (2010-2011); Professor do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho; do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná e da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho.

³ Assessor Jurídico da Presidência do TRT da 9ª Região. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito pela UFPR e pela PUCPR. Graduado em Letras pela UFPR. Integrante da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), da *Asociación Iberoamericana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social* (AIDTSS) e da Sociedade Brasileira de Estudos Clássicos (SBEC).

um registro histórico, mas, sobretudo, apresentar uma memória do que ficou e do que está sendo construído relativamente ao direito do trabalho.

Afinal de contas, não é sempre que se comemora mais de um século (cento e vinte anos) de uma pessoa ou de alguma obra.

Trata-se de fazer uma nova leitura dessa aniversariante ilustre, a primeira Encíclica social, sob um tríplice olhar. Olhar para trás, visualizando o contexto do fim do século XIX, no qual esse documento surge, e para os princípios fundamentais que procura formular. Olhar ao redor para as coisas que surgiram durante o século XX. Mas, principalmente, olhar para o futuro, procurando visualizar o terceiro milênio carregado de incógnitas e de promessas⁴.

Para se ter uma ideia do que representou a Encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, exemplifica-se com um problema grave e recente. Na época da Encíclica os trabalhadores não tinham qualquer tipo de proteção para desenvolver suas atividades nas minas, nas fábricas ou nas indústrias. O Papa Leão XIII retratou as dificuldades e propôs algumas soluções.

Pode-se, em comparação a outro acontecimento atual, lembrar da profunda crise econômica que sacudiu os Estados Unidos há dois, três anos e, num processo em cadeia, também alguns países da Europa. Para isso torna-se necessário recorrer a alguns autores e obras que trataram do problema social e econômico com profundidade. Esses escritos fundamentais verificaram especialmente o papel do Estado na economia e na sociedade.

Vale a pena lembrar de três obras, pelo menos as mais significativas: *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith; *O Manifesto Comunista*, de Karl Marx e Friedrich Engels e a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII.

Quando nos referimos ao livro *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, do escocês Adam Smith, de 1776, a primeira frase que lembramos é: “a mão invisível do mercado governará o mundo”.

⁴ ÁVILA, S. J., Pe. Fernando Bastos. *A doutrina social da igreja*. Disponível em: <<http://www.cnl.org.br/pub/publicacoes/2fc58a3a1fc07fdba15a514c0794eeb8.doc>> Acesso em: 23.04.2011.

No plano da teoria econômica, Smith é o primeiro estudioso a tomar por objeto central a produção em seu aspecto social ou, em síntese, o trabalho. A riqueza das nações depende fundamentalmente do trabalho⁵.

Mas sua noção de trabalho é inseparável de sua concepção de liberdade natural. Daí porque esse autor vai se deter nas questões objetivamente humanas e sociais do trabalho. Trata, assim, da eficácia do trabalho, que, nas sociedades civilizadas, advém da “divisão do trabalho”, dependente da extensão do mercado, da maior ou menor abundância de capitais.

Em nome da “liberdade natural”, segundo Smith, a melhor organização econômica se alcança espontaneamente, devendo o homem conduzir-se livremente, ao sabor dos seus próprios interesses.

Condena Smith, em síntese, a intervenção do Estado, quer nos negócios individuais, quer no convívio internacional.

A sua obra sempre é lembrada, recorde-se, como marco do liberalismo - o Estado mínimo⁶.

Em termos de importância histórica, a obra que vem a seguir é o *Manifesto Comunista*, de Karl Marx e Friedrich Engels, de 1848⁷.

Duas frases que fazem parte desse livro são sempre lembradas: a) “*Proletários do mundo inteiro, uni-vos*”; e b) “*Tudo que é sólido se desmancha no ar*”.

Em 24 de fevereiro de 1848, Karl Marx e Friedrich Engels publicaram o folheto *Manifesto Comunista*, o primeiro esboço da teoria revolucionária que, mais tarde, seria chamada de *marxismo*⁸.

⁵ SMITH, Adam. *Riqueza das nações*: edição condensada. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

⁶ SMITH, Adam. *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução de Conceição Jardim Maria do Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 7-247.

⁷ BITTAR, Eduardo C.B e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 295-315.

⁸ WILSON, Edmund. *Rumo à estação Finlândia*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 135-395.

Inicialmente o marxismo é uma teoria política que explica a história universal como história da luta de classes (o que se chamaria de materialismo histórico e prevê o fim do capitalismo pelas suas contradições internas, que culminariam em uma revolução do proletariado).

Além de explicar detalhadamente aqueles problemas econômicos, o marxismo também é uma teoria sociológica (embora muitos marxistas rejeitem a sociologia); uma teoria sociológica tratando da alienação do homem pelo mecanismo da produção e pela divisão do trabalho.

Também é o marxismo uma teoria filosófica, aceitando a dialética de Hegel, mas interpretando-a de maneira diferente, substituindo o idealismo hegeliano por uma filosofia materialista⁹.

O marxismo quer ser um socialismo científico, rejeitando os motivos filantrópicos e sentimentais e os ideais utópicos dos socialistas da primeira metade do século XIX. Aceita como suas fontes só o materialismo francês do século XVIII, a filosofia idealista alemã (de Hegel) e a economia política inglesa (sobretudo Ricardo)¹⁰.

Pode-se fazer um corte no texto e dizer, de forma comparativa entre esses dois autores, que:

- para Adam Smith o mais importante consistia na liberdade, a menor presença possível do Estado na economia. Aqui temos a propriedade privada como essencial;

- para Marx e Engels o mais importante consistia na igualdade, sendo fundamental uma maior presença do Estado. Aqui temos os meios de produção (e a propriedade privada, portanto) centralizados nas mãos do Estado.

Desde 1776, quando apareceu a obra de Adam Smith e manifestou-se a teoria do liberalismo político e econômico até vir a lume o Manifesto Comunista, em 1848, decorreram setenta e dois (72) anos.

⁹ MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Seleção por José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

¹⁰ MARX, Karl Heinrich. *O capital*: edição condensada. Condensador Gabriel Deville. Tradução Murilo Coelho. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

É bem verdade que a obra de Marx apanha a Revolução Industrial e todos os seus problemas em andamento e os conflitos são muito sérios. Para quem quiser conhecer as tragédias desse período, os abusos praticados pelos empresários e as péssimas condições de vida em que se encontravam os trabalhadores é imprescindível ler a obra *Germinal*, do francês Émile Zola. Também existem diversas versões desse livro disponíveis em filmes.

Passaram-se mais quarenta e três (43) anos até que, em 1891, editou-se a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII.

A orientação social foi a marca do período de atuação do Papa Leão XIII. Sua atuação evita que grandes massas de trabalhadores continuem saindo das hostes católicas. Ao mesmo tempo, torna os capitalistas filiados à Igreja mais sensíveis à dramática condição dos seus empregados. Numerosos governos, especialmente de países católicos, são, também, influenciados por essa atuação.

Mas é principalmente com sua Encíclica *Rerum Novarum* (publicada em 15 de maio de 1891) que o Papa Leão XIII deixa seu nome gravado na história da Igreja.

Encíclica é uma carta circular pontifícia, do Papa, portanto. *Rerum Novarum* é uma locução latina que quer dizer Das Coisas Novas, Das Inovações. A Encíclica *Rerum Novarum* tem um subtítulo importante: “sobre a condição dos operários”.

Nesse documento é defendido o direito do trabalhador de se unir em sindicatos e cooperativas. A reunião em sindicatos durante muito tempo foi proibida, havendo até condenações criminais a respeito por ser considerada atividade ilícita. Depois foi tolerada e hoje, principalmente a partir das Constituições do México (de 1917) e de Weimar (de 1919), a vinculação dos trabalhadores aos sindicatos e o direito de greve passaram a garantias fundamentais nos Estados democráticos modernos. Contribuiu para isso o reconhecimento da importância dos sindicatos por essa Encíclica.

Reafirmam-se, na Encíclica, os direitos da família e da propriedade privada contra os abusos do Estado. Mas também se defende a necessidade do Estado proteger os trabalhadores e suas organizações sindicais.

É a primeira manifestação aberta da Igreja nesse sentido e, como consequência, surgem sindicatos católicos em diversos países europeus.

Partidos políticos existentes, especialmente na Alemanha e na Bélgica, têm grande impulso e, juntamente com os sindicatos, passam a exercer sensível influência nos governos.

Vale lembrar que no Brasil, nesse ano, ocorreu a promulgação da nossa primeira Constituição Republicana. Em 1888 havia sido abolida a escravidão e em 1889 proclamada a República.

Há uma relação entre a Encíclica *Rerum Novarum* e a proclamação da República no Brasil, especialmente a partir da análise das causas do surgimento do cooperativismo em nosso país. Quatro seriam essas causas: a) a vinda de imigrantes - como os imigrantes já tinham conhecimento do cooperativismo em seus países, ao chegarem aqui também criaram cooperativas; b) os estudantes - boa parte dos filhos de burgueses estudava na Europa, lá eles tinham contato com o cooperativismo e quando retornavam colocavam em prática seus princípios; c) a Encíclica *Rerum Novarum* - o Papa Leão XIII escreveu a Encíclica *Rerum Novarum*, que ajudou a nascer e a frutificar o cooperativismo no país; d) a República - em 13 de maio de 1888 a Lei Áurea é assinada. Dessa forma os negros tinham a mão-de-obra mas não detinham capital. E o contrário acontecia com os brancos, que detinham apenas o capital. Fato que culminou com a busca de uma alternativa viável a todos. O governo da época apostou no cooperativismo como uma solução plausível¹¹.

Pode-se falar, então, nos chamados marcos teóricos das relações trabalhistas. Menciona-se o marco teórico marxista-socialista e o marco teórico da doutrina social cristã.

A ótica marxista das relações trabalhistas, segundo Ives Gandra Martins Filho, dirige-se no sentido de que “os trabalhadores só obterão seus direitos através do enfrentamento com seus empregadores, o que faz das relações

¹¹ Relação entre a Encíclica *Rerum Novarum* e a proclamação da República. Disponível em: <www.wikipedia.com.br>. Acesso em: 20.04.2011.

*trabalhistas algo extremamente conflituoso*¹².

Em sentido diverso, outro marco teórico deve ser mencionado, por fundamentar a tutela estatal nas relações laborais, partindo “*da premissa ideológica da natural solidariedade humana*”¹³. Trata-se da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1810-1903), publicada em 1891, atualizada sucessivamente por outros Papas (nos 40º, 70º, 80º, 90º e 100º aniversários dessa primeira Encíclica social), naquilo que se convencionou chamar de “*doutrina social cristã*”¹⁴.

Feita essa análise comparativa entre as três obras, que consideramos as mais importantes em termos ideológicos para a formação do juslaboralismo, pode-se dividir a história do Direito do Trabalho em quatro períodos denominados de formação, intensificação, consolidação e autonomia¹⁵.

O primeiro período, chamado de **formação**, vai de 1802 a 1848. Uma lei inglesa de 1802 proíbe o trabalho dos menores à noite e por duração superior a doze horas diárias. Em 1813 proibiu-se na França o trabalho de menores nas minas. Em 1824, na Inglaterra a coalizão deixa de constituir crime.

No segundo período, nominado de **intensificação**, (1848 a 1990), os acontecimentos mais importantes foram a publicação do *Manifesto Comunista* de Marx e Engels e a implantação da primeira forma de seguro social na Alemanha, em 1883, no governo de Bismarck.

O terceiro período, intitulado de **consolidação** (1890 a 1919), caracteriza-se pela importante conferência a respeito do Direito do Trabalho realizada em Berlim (1890) e sobretudo pela publicação da Encíclica Papal *Rerum Novarum* (Coisas Novas), do Papa Leão XIII, preconizando o salário justo.

¹² MARTINS FILHO, Ives Gandra. A Justiça do Trabalho e a harmonização das relações entre capital e trabalho. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coord.). *A efetividade do direito e do processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (p. 3-64), p.7.

¹³ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p.7.

¹⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p.7.

¹⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 4-5. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 68-69.

Por fim, o quarto período, que é o da **autonomia** (de 1919 aos nossos dias), caracteriza-se pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. A ação internacional desenvolve um excelente trabalho de universalização do Direito do Trabalho. O Tratado de Versalhes (de 1919) desempenha papel importante: em seu art. 427, não admite que o trabalho seja mercadoria; assegura jornada de 8 horas; igualdade de salário para trabalho de igual valor; repouso semanal; inspeção do trabalho; salário mínimo; dispensa tratamento especial ao trabalho da mulher e do menor; além de dispor sobre direito sindical. Nesse ano começa na Europa a Constitucionalização do Direito do Trabalho, com a Constituição alemã de Weimar (1919).

Segundo Teodosio A. Palomino, a Encíclica *Rerum Novarum* influenciou notavelmente o Tratado de Versalhes. Este documento se ocupou da questão trabalhador-empregador, prescrevendo que o “*trabalho do obreiro não era uma mercadoria, que os trabalhadores tinham direito à associação, que a jornada laboral máxima seria de (8) oito horas e seu descanso semanal seria obrigatório*”¹⁶. Dessa maneira, o Tratado de Versalhes recorria à essência da *Rerum Novarum*.

Em suas origens, o denominado Constitucionalismo Social fundamentou-se nos marcos teóricos marxista-socialista e na doutrina social cristã. A Constituição do México, de 1917, calcada em relações de cunho laico, baseou-se explícita ou implicitamente na matriz marxista. A Constituição da República de Weimar, de 1919, teve explícita ou implicitamente inspiração cristã, na matriz da *Rerum Novarum*¹⁷.

A Consolidação das Leis do Trabalho, nosso diploma legal trabalhista, de 1943, também inspirou-se nos princípios da Doutrina Social Cristã, decorrentes da Encíclica *Rerum Novarum*, considerada a Carta Magna da Justiça Social¹⁸.

¹⁶ PALOMINO, Teodosio A. **Século XXI: definição dos sindicatos?** Tradução Yone Frediani. Disponível em: <www.iidd.com.br/congresso/arquivos/palestra_palomino.doc>. Acesso em: 22.09.2010.

¹⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra. A Justiça do Trabalho e a harmonização das relações entre capital e trabalho. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coord.). **A efetividade do direito e do processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 7.

¹⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Op. cit.*, p.7.

2. As preocupações sobre as condições dos operários

O aparecimento da Encíclica *Rerum Novarum* não é obra de acidente, mas de maturidade atingida após diversos acontecimentos.

Aos noventa anos, em 1891, Leão XIII rompe o silêncio da Igreja Apostólica Romana quanto à Questão Social, escrevendo e divulgando a Carta Encíclica *Rerum Novarum* sobre a condição dos operários. Esse terreno foi preparado pela União de Friburgo, sob a direção do Cardeal Mermillod, “*tendo recebido influência de patrísticos e escolásticos, bem como dos sermões do monsenhor alemão Keteller (1846)*”¹⁹.

Trata-se de documento notável, de extensa e fecunda repercussão, “*inspirado em ideias inconciliáveis com o Marxismo*”²⁰.

Ouviu-se, então, em 15 de maio de 1891, a voz do Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*, cujos cento e vinte (120) anos agora comemoramos. Qual o alcance desse documento pontifício? Segundo Haroldo Valladão, foi uma Constituição para a ordem econômica e social de todos os Estados. Juridicamente, representou “*a Lei Magna para os indivíduos, para as associações, para os Estados, para a Igreja, em questões de liberdade, de família, de propriedade, de capital e de trabalho*”²¹.

Ao tratar da gênese histórica do problema social, Roberto Barretto Prado lembra que a magnífica tradição formada com a Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII “*soube chamar a atenção do homem moderno para a revisão da estrutura da sociedade contemporânea*”²². Nessa revisão dever-se-á assegurar, sempre, segundo esse autor, com o amparo na Doutrina Social da Igreja, “*a liberdade de iniciativa dentro do primado do bem-comum, com todos*

¹⁹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 2. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1. p. 10.

²⁰ CATHARINO, José Martins. *Op. cit.*, p.10.

²¹ VALLADÃO, Haroldo. Nonagésimo aniversário da Encíclica *Rerum Novarum* de sua Santidade o Papa Leão XIII. **Revista LTr**. Vol. 45. nº 6. Junho de 1981. São Paulo: LTr, 1981. (p. 647-649). p. 647.

²² PRADO, Roberto Barretto. **Tratado de direito do trabalho**. São Paulo: RT, 1967. V.1. p.39.

os corolários decorrentes desse princípio fundamental”²³.

Historicamente, somente em 1891, como instituição, a igreja Católica iniciou uma participação efetiva (e a partir daí continuada), “no acompanhamento das alterações forçadas pela irreversível sociedade industrial”²⁴. O veículo utilizado foi a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, considerado hoje um dos marcos da evolução universal do Direito do Trabalho, centrando-se na Questão Social, em seu todo, “e nos grandes problemas despertados pela necessidade de dignificar a condição humana do trabalhador, em particular”²⁵. A importância desse documento, “leitura indispensável ao estudioso do Direito do Trabalho”, transparece no debate sobre temas que, além de fundamentais, continuam atuais, tais como: “os relativos ao repouso do trabalhador, à retribuição de seu trabalho e à formulação de regras protetoras de sua pessoa”²⁶, constituindo um conjunto apto a elevar a relação jurídica do trabalho “ao nível de dignidade social e espiritual que deve ter como objeto final, em última análise”²⁷.

Leão XIII costuma ser chamado “O Papa Obreiro”, pois a Encíclica que escreveu refutou a tradicionalista solução liberal de deixar ao livre jogo da vontade a fixação das condições de trabalho, rompendo com o princípio liberal, afirmando, com razão, que entre o débil e o forte a liberdade oprime e a lei liberta e que, em consequência, não é possível deixar à vontade das partes a fixação das condições de trabalho, pois o obreiro, por sua natural debilidade, ver-se-ia obrigado a aceitar, por necessidade, “qualquer condição que se lhe oferecesse, ainda que fosse inumana e desatinada, para evitar morrer de fome”²⁸.

Essa Encíclica refutou o socialismo e sugeriu os remédios que,

²³ PRADO, Roberto Barretto. *Op. cit.*, p.40.

²⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p.40.

²⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.*, p.40.

²⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.*, p.40.

²⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.*, p.41.

²⁸ PALOMINO, Teodosio A. *El futuro del sindicalismo*. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 36. nº 138. abril-junho 2010. São Paulo: RT, 2010 (p. 334-343). p. 334-335.

na opinião do Vaticano, poderiam suavizar ou equilibrar os interesses das forças produtoras. Até então, patrões e empregados se encontravam frente a frente, divididos em dois grupos desiguais em importância. Ambos eram considerados inimigos. A Doutrina Social da Igreja estabeleceu como necessário retribuir com um salário justo ao trabalhador: homens, mulheres e crianças. Fomentou, também, o direito de associação, medidas de prevenção e outras reivindicações laborais. Por isso tudo, a *Rerum Novarum* é considerada “a pedra angular da Doutrina Social da Igreja”²⁹, pois procurou a aplicação da justiça no campo obreiro-patronal e serviu “para estruturar e confirmar os direitos naturais irrenunciáveis da pessoa humana”³⁰.

Batizado Joaquim Pecci, Leão XIII, arcado já devido peso da idade avançada, deu ao mundo verdadeira carta de guia para solução dos conflitos entre patrões e empregados. Torna-se importante entender o espírito da época em que foi tornada pública a Encíclica, reconhecendo a coragem e elevada compreensão dos problemas sociais demonstrados pelo Papa Social. A Encíclica *Rerum Novarum* representou posição tomada, “clara, insofismável e irrespondível, que norteou e norteia, ainda, a quantos militam no campo social”³¹.

Embora outras Encíclicas sejam muito importantes, como a *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, de 1931, a *Mater et Magistra*, de 1961, e a *Pacem in Terris*, de 1963, ambas de lavra do Papa João XXIII, bem como a *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI, “nenhuma delas superou o magistral pronunciamento de Leão XIII, que continua atual e oportuno, como se houvesse sido escrito ontem”³².

Com as características que hoje apresenta, o Direito do Trabalho incrustou-se nas legislações de vários países, passando a fazer parte de diversos textos constitucionais, “como princípio básico da organização

²⁹ PALOMINO, Teodosio A . *Op. cit.*, p. 335.

³⁰ PALOMINO, Teodosio A . *Op. cit.*, p. 335.

³¹ TEIXEIRA, João Régis Fassbender; SIMM, Zeno. *Teoria prática do direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 14-15.

³² TEIXEIRA, João Régis Fassbender; SIMM, Zeno. *Op. cit.*, p. 14-15.

dos Estados Modernos”³³. Para isso influenciaram, de modo decisivo, os movimentos socialistas e as Encíclicas papais, especialmente a *Rerum Novarum*, de Leão XIII, que arrancaram, passo a passo, pelo receio de uma revolta ou pela invocação do sentimento, “*concessões sobre concessões, cristalizadas em leis e em códigos*”³⁴.

Se fosse possível sintetizar os grandes temas em tópicos, traduzidos pela Encíclica *Rerum Novarum*, Hugo Gueiros Bernardes faria a seguinte síntese: a) organização do capitalismo; b) função social da propriedade; c) intervenção do Estado em favor dos trabalhadores; d) normas de trabalho; e) justo salário; f) associação de trabalhadores³⁵.

Quando se analisa qual o significado do trabalho, seu conceito, sua qualificação jurídica, verifica-se que, na concepção moderna, antepondo-se ao entendimento das sociedades antigas e medievais, o trabalho “*tem um sentido altamente dignificante*”³⁶. Essa dignificação, a propósito, realizou-se na Encíclica *Rerum Novarum*: “*o trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, faz honra ao homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida*”³⁷.

O trabalho constitui-se, como se sabe, em direito natural do homem. Mas também pode ser considerado um dever pessoal e um dever social. Sendo direito tem por finalidade a conservação da vida. Dessa forma fala-se em direito ao trabalho, originário do próprio direito à vida. Entretanto, o trabalho também é um dever social. Vivendo o homem em sociedade, a coletividade não dispensa o seu trabalho para a manutenção da existência. Assim, o trabalho representa obrigação que os seres humanos possuem perante a própria coletividade. Sendo o trabalho um direito, o Estado deve

³³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 1978. p.18.

³⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p.18.

³⁵ BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1989, v. I. p. 28.

³⁶ BARATA SILVA, C. A. *Compêndio de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978. p. 21.

³⁷ LEÃO XIII. *Rerum Novarum*: Carta Encíclica sobre a condição dos operários. São Paulo: Paulinas, 1997. p. 23 (item 12 - obrigações dos operários e dos patrões).

intervir para estabelecer as normas desse direito; sendo o trabalho um dever social, a medida desse dever deve ser dada pelo Estado³⁸.

Conforme Segadas Vianna, a *Rerum Novarum* manifesta advertências a serem meditadas e lições que já deveriam ter sido seguidas. Ao mesmo tempo que condena “a influência da riqueza nas mãos de pequeno número ao lado da indigência da multidão”, também denuncia (a usura voraz de homens ávidos de ganância e de insaciável ambição” e profliga o “vergonhoso e desumano usar dos homens como de vis instrumentos de lucro”³⁹.

Em uma síntese ideológica, José Ajuricaba da Costa e Silva considerou o Direito do Trabalho “como a Doutrina Social da Igreja transformada em direito positivo”⁴⁰. Pois, para esse autor, aplicando a Doutrina Social da Igreja concilia-se “o capital e o trabalho, em benefício não só dos trabalhadores e dos empresários, como de toda a coletividade, que tem, em ambos, o fundamento do progresso”⁴¹.

Essa parte introdutória, considerando as preocupações da Encíclica *Rerum Novarum* sobre as condições dos operários nos leva ao passo seguinte, ao exame do princípio da subsidiariedade, e como ele se disseminou no direito brasileiro.

3. O Princípio da Subsidiariedade

O vocabulário subsidiário provém do latim, de *subsidiariu*, que, originalmente, significa aquilo que tem caráter de ajuda. Trata-se do elemento secundário que reforça outro de maior importância ou para que ele converja. A palavra carrega, sempre, o sentido de acessório, de

³⁸ BARATA SILVA, C. A. *Op. cit.*, p. 21.

³⁹ VIANNA, Segadas *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. v. 1. p. 93.

⁴⁰ SILVA, José Ajuricaba da Costa e. *Rerum Novarum* e Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. v. 61/92. São Paulo: LTr, 1993. (p. 49-53). p. 53.

⁴¹ SILVA, Ministro José Ajuricaba da Costa e. *Op. cit.*, p. 53.

secundário⁴².

O princípio da subsidiariedade é um princípio de organização social e política. Trata-se de um princípio normativo que indica qual é a função da autoridade, bem como quais são os limites para o seu exercício⁴³.

Consideram-se como elementos precursores do princípio da subsidiariedade a ideia de que: a) é da natureza humana a busca de seus semelhantes; b) o Estado é uma associação que, além de perseguir o bem comum, gera condições para que as pessoas busquem associação com os seus semelhantes⁴⁴.

Após registrar a urgência de garantir direitos como jornada de trabalho, descanso, proteção às mulheres e às crianças, salário suficiente para assegurar a subsistência do operário sábio e honrado, exortou o Estado a intervir nas relações sociais⁴⁵. Para tanto, consignou a Encíclica *Rerum Novarum*:

[...] o trabalho tem uma tal profundidade e tal eficácia, que se pode afirmar, sem receio de engano, que ele é a fonte única de onde procede a riqueza das nações. A equidade manda, pois, que o Estado se preocupe com os trabalhadores e proceda de modo que todos os bens que eles proporcionam à sociedade lhe seja dada uma parte razoável, como habilitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalho e privações. De onde resulta que o Estado deve favorecer tudo o que, direta ou indiretamente possa contribuir para melhorar-lhes a sorte.

⁴² SILVA, Daniela Romanelli da. Princípio da subsidiariedade. In BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-RS/Editora UNISINOS; Rio de Janeiro-RJ: Editora Renovar, 2006. p. 789.

⁴³ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 789.

⁴⁴ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 789.

⁴⁵ BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr: Jutra - Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho, 2007. p. 127.

Lança, portanto, a Encíclica *Rerum Novarum*, outros importantes elementos para a formulação do princípio da subsidiariedade. Tendo constatado o grande acúmulo de riqueza nas mãos de poucos e a existência de uma multidão destituída de recursos materiais, anuncia Leão XIII competir ao Estado “tomar todas as medidas necessárias para salvaguardar os interesses dessa multidão”⁴⁶. Os poderes públicos deveriam velar pelo bem comum, o que significava, naquele momento:

Incentivar a intervenção do Estado na economia, para que aquela massa de destituídos que passou a povoar os vários países pudesse contar com parte dos bens produzidos pela sociedade⁴⁷.

Em 2009, portanto 118 (cento e dezoito) anos após o lançamento da Encíclica *Rerum Novarum*, novamente a Igreja Católica preocupa-se com o princípio da subsidiariedade ao enunciar:

O princípio de subsidiariedade há de ser mantido estritamente ligado com o princípio de solidariedade e vice-versa, porque, se a subsidiariedade sem a solidariedade decai no particularismo social, a solidariedade sem a subsidiariedade decai no assistencialismo que humilha o sujeito necessitado⁴⁸.

Para essa Encíclica, o princípio da subsidiariedade expressa a “inalienável liberdade humana”, constituindo “uma ajuda à pessoa, na autonomia dos corpos intermediários”. Essa ajuda deve ser oferecida:

⁴⁶ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 789.

⁴⁷ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 789-790.

⁴⁸ BENTO XVI. *Carta Encíclica Caritas in Veritate*: do Sumo Pontífice Bento XVI aos Bispos, Presbíteros e Diáconos, às pessoas consagradas, aos fiéis leigos e a todos os homens de boa vontade sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. São Paulo: Paulinas, 2009. p. 108.

[...] quando a pessoa e os sujeitos sociais não conseguem operar por si sós, e implica sempre finalidades emancipativas, porque favorece a liberdade e a participação enquanto assunção de responsabilidades. A subsidiariedade respeita a dignidade da pessoa, na qual vê um sujeito sempre capaz de dar algo aos outros. Ao reconhecer na reciprocidade a constituição íntima do ser humano, a subsidiariedade é o antídoto mais eficaz contra toda forma de assistencialismo paternalista.

O Papa Bento XVI, inclusive, considera-o um princípio particularmente idôneo para governar a globalização e “orientá-la para um verdadeiro desenvolvimento humano”⁴⁹. Propõe que o governo da globalização seja do tipo subsidiário, para não “gerar um perigoso poder universal de tipo monocrático”, sendo articulado segundo vários e diferenciados níveis que colaborem reciprocamente. Reconhece que a globalização necessita de autoridade, uma vez que tem o problema de um bem comum global a alcançar, mas ressalta que tal autoridade “deverá ser organizada de modo subsidiário e poliárquico, seja para não lesar a liberdade, seja para resultar concretamente eficaz”⁵⁰.

Não há qualquer dúvida que a Encíclica *Rerum Novarum* trouxe em seu bojo a ideia central do princípio da subsidiariedade, mas não o enunciou formalmente⁵¹. Somente em 1931, ao celebrar os quarenta anos dessa Encíclica, o Papa Pio realça expressamente o princípio da subsidiariedade na Encíclica *Quadragesimo Anno*. Por esse princípio deve-se respeitar a liberdade e proteger a vitalidade dos corpos sociais intermediários, por exemplo, a família, grupos, associações, entidades culturais, econômicas, ONG’s, e outras que são formadas espontaneamente no seio da sociedade.

⁴⁹ BENTO XVI. *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁰ BENTO XVI. *Op. cit.*, p. 107-108.

⁵¹ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 790.

Desse modo, por esse princípio, “não deve o Estado interferir no corpo social e na sociedade civil além do necessário”. Por outro lado, deve o Estado exercer atividade supletiva “quando o corpo social, por si, não consegue ou não tem meios de promover determinada atividade, como também deve o Estado intervir para evitar situações de desequilíbrio e de injustiça social”⁵². Repete, em 1961, na Encíclica *Mater et Magistra*, o Papa João XXIII, o princípio da subsidiariedade, afirmando que a presença do Estado no domínio econômico, por maior que seja, não tem o sentido de diminuir cada vez mais a esfera de liberdade na iniciativa pessoal dos indivíduos, mas, ao contrário, destina-se “a garantir a essa esfera a maior amplitude possível, ao tutelar os interesses daqueles que necessitam”⁵³.

Portanto, entre os grandes princípios da Doutrina Social da Igreja encontra-se o princípio da subsidiariedade, pelo qual “as instâncias superiores de poder não se devem atribuir o desempenho naquilo que as instâncias inferiores podem melhor realizar”⁵⁴. Considera esse princípio como sendo o dever das instâncias superiores apenas supletivo, “de coordenação e promoção da iniciativa e da criatividade das instâncias inferiores”. Trata-se de um princípio que originou a vitalidade de um número imenso de instituições, movimentos e iniciativas, “que são a expressão da maturidade democrática liberta do paternalismo estatal”⁵⁵. Por outro lado, é um princípio oferecedor de critérios para discernir, na variedade das conjecturas, “a solução de problemas tais como a centralização e descentralização, nacionalização e privatização”⁵⁶.

No último quartel do século , consagrou-se definitivamente, no Direito Constitucional, o princípio da subsidiariedade do Estado,

⁵² **Doutrina Social da Igreja**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Doutrina_Social_da_Igreja>. Acesso em: 21.03.2011.

⁵³ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 790.

⁵⁴ ÁVILA, S. J. Pe. Fernando Bastos. **A doutrina social da igreja**. Disponível em: <<http://www.cnl.org.br/pub/publicacoes/2fc58a3a1fc07fdbe15a514c0794eeb8.doc>>. Acesso em: 23.04.2011.

⁵⁵ ÁVILA, S. J. Pe. Fernando Bastos. *Op. cit.*

⁵⁶ ÁVILA, S. J. Pe. Fernando Bastos. *Op. cit.*

contrapondo-se à exagerada intervenção do Estado no domínio econômico e à opressão por ele exercida “sobre os agentes econômicos e a sociedade em geral, a fim de resguardar e proporcionar a eficácia plena dos direitos fundamentais do homem, objetivando a realização do bem estar social”⁵⁷. Esse princípio destina-se a redirecionar o papel e a função do Estado “no sentido de igualizar as relações jurídico-econômicas e corrigir as distorções verificadas na formulação das políticas econômicas”⁵⁸.

A formulação do princípio da subsidiariedade, no contexto da ordem econômica, decorre da evolução das propostas proclamadas através das Encíclicas: *Rerum Novarum* de Leão XIII; *Quadragesimo Anno*, de Pio XI; *Mater et Magistra*, de João XXIII e, finalmente, da *Centesimus Annus*, de João Paulo II⁵⁹.

A Encíclica *Quadragesimo Anno* menciona que só as grandes sociedades podem levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas. E que é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetivar com a própria iniciativa e indústria para conferi-lo à coletividade. Assim também, passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podem conseguir constitui injustiça, um grava dano e perturbação da boa ordem social. Por isso, o fim natural da sociedade e de sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los⁶⁰.

A ideia do Estado Subsidiário, segundo Maria Sylvia Zanella DiPietro, inspira-se na globalização e na chamada Reforma do Estado, baseando-se, fundamentalmente, no princípio da subsidiariedade, formulado pela Doutrina Social da Igreja a partir de fins do século XIX, e que agora “assume importância fundamental na definição do papel do

⁵⁷ MARQUES, Carlos Henrique de Magalhães. A ordem econômica e o princípio da subsidiariedade. *Agenda PMRAF* - Número 7, janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.pmradv.com.br/novosite/noticias/Interno.aspx?codigo=481>>. Acesso em: 24.05.2011.

⁵⁸ MARQUES, Carlos Henrique de Magalhães. *Op. cit.*

⁵⁹ MARQUES, Carlos Henrique de Magalhães. *Op. cit.*

⁶⁰ MARQUES, Carlos Henrique de Magalhães. *Op. cit.*

Estado”⁶¹. Esse princípio compacta duas ideias fundamentais, segundo essa autora: de um lado, a de que o Estado deve respeitar os direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos, em consequência, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, “a ideia de que o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condenação de seus empreendimentos”⁶².

Refere a autora, ainda, que em consonância com esse princípio, várias medidas vêm sendo adotadas, como a privatização de empresas estatais, a volta do instituto da concessão de serviço público para delegar a execução de serviços públicos comerciais e industriais do Estado a particulares; a ampliação da atividade de fomento a entidades particulares que desempenhem atividades de interesse público; a desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre liberdade e autoridade; a diminuição do aparelhamento administrativo, mediante a extinção de entidades da administração indireta e de órgãos públicos, bem como a diminuição do quadro de servidores públicos⁶³.

O princípio da subsidiariedade, no entanto, “não deve ser entendido como limite de atuação do Estado, mas como especificação da natureza dessa intervenção”⁶⁴.

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, o princípio da

⁶¹ DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08.09.2011.

⁶² DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

⁶³ DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*

⁶⁴ BARROS, Júlia Prestes Chuffi. O princípio da subsidiariedade e o Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1277, 30 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9347>>. Acesso em: 10.05.2011.

subsidiariedade pode ser entendido segundo duas interpretações: ideia do que é secundário, pelo que se trata da qualidade do que é secundário; ideia de supletividade, absorvendo dois significados: a) complementariedade - é o que se integra, que se complementa ou que se completa. Como exemplo, pode haver convivência entre o direito público e o privado, sendo que as regras de um complementam as do outro; b) suplementariedade - é o que se acrescenta, amplia ou que é adicional. Como exemplo: a questão subsidiária é destinada suplementarmente para desempatar concorrentes. Na questão subsidiária ocorre e ideia de decidir⁶⁵.

O princípio da subsidiariedade aconselha, sempre, a não estatizar, se o serviço empresarial pode ser prestado idoneamente por particulares. Mas isso não quer dizer Estado mínimo. Pelo próprio sentido conceitual do princípio da subsidiariedade é possível compreender que a autoridade só deve fazer o que for preciso para alcançar o bem comum, mas somente aquilo que os particulares não sabem, não querem ou não possam fazer por si mesmos⁶⁶.

A responsabilidade do Estado, segundo a Doutrina Social da Igreja, seria subsidiar as formas inferiores de organização social ou fazer apenas aquilo que um grupo inferior, sem a sua assistência, não tem condições de realizar por conta própria. Desse modo, a subsidiariedade afirma o valor da diversidade dentro da sociedade. Nasce, assim, respostas criativas e originais. Como se pode salientar, quem gerencia os poderes do Estado não pode planejar o surgimento de sujeitos ou movimentos populares capazes de gerar respostas às necessidades da coletividade. Por isso, a aplicação do princípio da subsidiariedade contribui para que se mantenham vivas todas as identidades culturais e cresça a cultura da solidariedade no seio do povo⁶⁷.

⁶⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Princípio da subsidiariedade**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG (Nova Fase), 1995. p. 10-11.

⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 52-53.

⁶⁷ VALENTINI, Vando. **O que é subsidiariedade**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/textos/pessoa_sociedade/24_subsiariedade.html>. Acesso em: 07.09.2011.

Não é o princípio da subsidiariedade, contudo, estanque. Aplica-se a todos os domínios da vida social em que “existe distribuição de competências”⁶⁸. Emprega-se em diferentes ramos do direito e serve a diferentes finalidades. Pode-se exemplificar com o federalismo utilizado em países como os Estados Unidos e a Suíça. Esses dois países nasceram em decorrência de acordo entre unidades que eram autônomas e que decidiram unir-se para formar um Estado soberano. Estão aí dois modelos de aplicação concreta do princípio da subsidiariedade⁶⁹.

Ganhou notoriedade, também, esse princípio, desde 1992, quando, no processo de construção da União Européia, recebem expressa referência no Preâmbulo do Tratado de Maastrich e em seu artigo 2B. Esse dispositivo registra que o princípio da subsidiariedade refere-se apenas às competências concorrentes “de modo que a Comunidade Européia poderá intervir apenas em caso de ação insuficiente dos Estados-membros e sob a condição da atuação comunitária ser mais eficaz”⁷⁰.

Conforme leciona J. J. Gomes Canotilho, atrás do princípio da subsidiariedade parece estar: a) a ideia de freio e balanço relativamente a um crescente centralismo europeu; b) a ideia de regionalizar mais fortemente os processos de decisão comunitária; c) a ideia de encontrar decisões o mais possível próximas dos cidadãos (democracia da proximidade). Também não é alheia ao princípio da subsidiariedade a ideia de pluralismo e diferenças culturais e históricas dos Estados-membros, bem como das respectivas dimensões territoriais⁷¹.

O princípio da subsidiariedade, na União Européia, anuncia-se ao mesmo tempo como critério de orientação positivo para as novas competências e como proteção contra as precipitações do poder central. Tendo em vista as necessidades concretas, a ação subsidiária da Comunidade

⁶⁸ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 791.

⁶⁹ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 791.

⁷⁰ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 791-792.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 362.

Européia não se afirma apenas sob formas múltiplas de cooperação ou coordenação, esforços dos Estados-membros⁷². Como explica Dusan Digjanski, são muitos os exemplos:

a política regional, a proteção do meio ambiente, bem como toda uma série de novas atividades comunitárias em domínios como a saúde pública, a proteção aos consumidores (...) num mesmo espírito mas num contexto diferente, os contributos subsidiários da União balizam as iniciativas comunitárias de política externa e de segurança comum, bem como a cooperação nos domínios da justiça (...)⁷³

Segundo Dusan Sidjanski, “o segredo para uma melhor distribuição das competências da União consiste numa melhor aplicação do princípio da subsidiariedade, “tendo em conta a necessidade de adaptação a circunstâncias e prioridades que evoluem a um ritmo acelerado. As distribuições rígidas não correspondem à dinâmica do mundo real.”⁷⁴.

O princípio da subsidiariedade, portanto, em razão de sua flexibilidade, tanto pode ser um instrumento “para conter o progresso do processo de integração, quanto para legitimar o desenvolvimento das competências da Comunidade”⁷⁵.

Invoca-se, também, esse princípio para compreender a natureza e a função do Direito Penal. Nessa disciplina também se denomina o princípio de intervenção mínima ou *ultima ratio*. Por esse princípio, a função do Direito Penal é reforçar a proteção daqueles “interesses considerados

⁷² BARROS, Júlia Prestes Chuffi. O princípio da subsidiariedade e o Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1277, 30 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9347>>. Acesso em: 10.05.2011.

⁷³ SIDJANSKI, Dusan. *O futuro federalista da Europa*. Lisboa: Gradiva, 1996.

⁷⁴ SIDJANSKI, Dusan. *Op. cit.*, p. 230.

⁷⁵ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 792.

particularmente importantes para as pessoas e para a manutenção da sociedade”⁷⁶. Aplica-se, assim, o Direito Penal, como o recurso mais grave existente no ordenamento jurídico, “apenas quando fracassaram todas as demais formas de sanção previstas em outros ramos do Direito”⁷⁷.

Encerra-se aqui este item, afirmando-se que do princípio da subsidiariedade, certamente, ainda emanarão muitos estudos, mas, sempre, com a ideia certa, sem dúvida, da contribuição que recebeu para sua conceituação jurídica da Encíclica *Rerum Novarum*.

4. Considerações Finais

Podemos, hoje, considerar o Direito do Trabalho como a Doutrina Social da Igreja transformada em direito positivo, constituindo o Direito do Presente, pois “concilia o capital e o trabalho, em benefício não só dos trabalhadores e dos empresários, como de toda a coletividade, que tem, em ambos, o fundamento do progresso”⁷⁸.

Aparentemente, o princípio da subsidiariedade, que tem na Encíclica *Rerum Novarum* importantes fundamentos, encerra um paradoxo. Isso porque, primeiramente, “estimula a existência de alguma intervenção do Estado no domínio econômico”⁷⁹. Considera ser essa a forma de evitar a enorme concentração das riquezas nas mãos de um pequeno grupo, “subtraindo de grande parcela da população a liberdade para perseguirem os seus próprios fins”⁸⁰. Em segundo lugar, ao mesmo tempo, esse princípio justifica “a negação de uma excessiva intervenção do Estado, visto que isso suprime a liberdade de associação”⁸¹. Contrapõe-se, portanto, o princípio

⁷⁶ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 792.

⁷⁷ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 792.

⁷⁸ SILVA, José Ajuricaba da Costa e. *Rerum Novarum* e Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. v. 61/92. São Paulo: LT, 1993. (p. 49-53). p. 53.

⁷⁹ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 791.

⁸⁰ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 791.

⁸¹ SILVA, Daniela Romanelli da. *Op. cit.*, p. 791.

“tanto ao Estado mínimo quanto ao Estado intervencionista”, criando uma espécie de terceira via ideológica.

Ante essa ponderação, torna-se possível afirmar, como o fez o Ministro José Ajuricaba da Costa e Silva: “face ao insucesso tanto do capitalismo puro, como do socialismo marxista, a Doutrina Social da Igreja aparece, atualmente, como o caminho a ser trilhado pela humanidade”⁸².

Os elementos trazidos neste estudo, de ordem histórica, sociológica, jurídica, poderão servir (quem sabe?) para uma reflexão profunda da Encíclica *Rerum Novarum*, como fonte de princípios jurídicos, após 120 (cento e vinte) anos de sua edição.

Como se pode ver, existem muitos, e importantes, argumentos jurídicos para a utilização do princípio da subsidiariedade, que está cheio de vitalidade, como o apoio, ainda recente, da Doutrina Social da Igreja, por outro ângulo (o da globalização!).

A releitura do princípio, no momento em que se comemora mais um aniversário da *Rerum Novarum*, serve para chamar atenção a esse documento que continua, em tantos aspectos, extremamente atual.

5. Referências

ÁVILA, S. J., Pe. Fernando Bastos. **A doutrina social da igreja**. Disponível em: <<http://www.cnl.org.br/pub/publicacoes/2fc58a3a1fc07fdbe15a514c0794eeb8.doc>>. Acesso em: 23.abr.2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Princípio da subsidiariedade**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG (Nova Fase), 1995. p. 10-11.

BARATA SILVA, C. A. **Compêndio de direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1978.

⁸² SILVA, José Ajuricaba da Costa e. *Op. cit.*, p. 53.

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4.ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROS, Júlia Prestes Chuffi. O princípio da subsidiariedade e o Estado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1277, 30 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9347>>. Acesso em: 10.05.2011.
- BENTO XVI. **Carta Encíclica Caritas in Veritate**. São Paulo: Paulinas, 2009.
- BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. v. I
- BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil - 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr: Intra-Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho, 2007.
- BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 295-315.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 362.
- CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1981. v. I.
- CARVALHO, José Quintella de. A função social do contrato e o Direito do Trabalho. In LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Org.). **Novo Código Civil e seus desdobramentos no direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2003. p. 72-89.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Função Social do contrato individual de trabalho. In COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Transformações do direito do trabalho**: estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira. Curitiba: Juruá, 2000. p. 25-50.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08.09.2011.

Doutrina Social da Igreja. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Doutrina_Social_da_Igreja>. Acesso em: 21.03.2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade). In RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2005. p. 233-253.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Os conflitos coletivos de trabalho que se solucionam sem a participação do Poder Judiciário: negociação coletiva e o princípio da solidariedade. In GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS,

Willians Franklin Lira dos (Coord.). **Jurisdição, crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2009. v. II. p. 463-487.

LEÃO XIII. **Rerum novarum**: carta encíclica sobre a condição dos operários. Tradução de Manuel Alves da Silva, S. J. São Paulo: Paulinas, 1997.

LUCCA, Newton de. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

MARQUES, Carlos Henrique de Magalhães. A ordem econômica e o princípio da subsidiariedade. **Agenda PMRAF** - Número 7, janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.pmradv.com.br/novosite/noticias/Interno.aspx?codigo=481>>. Acesso em: 24.05.2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. A Justiça do Trabalho e a harmonização das relações entre capital e trabalho. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coord.). **A efetividade do direito e do processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 3-64.

MARX, Karl Heinrich. **O capital**: edição condensada. Condensador Gabriel Deville. Tradução Murilo Coelho. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos recolhidos**. Seleção por José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993.

PALOMINO, Teodosio A. *El futuro del sindicalismo*. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 36. nº 138. Abril-junho 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 334-343.

PALOMINO, Teodosio A. **Século XXI**: definição dos sindicatos? Tradução Yone Frediani. Disponível em: <www.iidd.com.br/congresso/arquivos/palestra_palomino.doc>. Acesso em: 22.09.2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PRADO, Roberto Barretto. **Tratado de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v. I.

Relação entre a Encíclica *Rerum Novarum* e a Proclamação da República. Disponível em: <www.wikipedia.com.br>. Acesso em: 20.04.2011.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1978.

_____; Mozart Victor. **Direito do trabalho & direito processual do trabalho**: novos rumos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SIDJANSKI, Dusan. **O futuro federalista da Europa**. Lisboa: Gradiva, 1996.

SILVA, Daniela Romanelli da. Princípio da subsidiariedade. In BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo-RS, Rio de Janeiro-RJ: Editora UNISINOS, Editora Renovar, 2006. p. 789-792.

- SILVA, José Ajuricaba da Costa e. *Rerum Novarum* e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. v. 61/92. São Paulo: LTr, 1993. p. 49-53.
- SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Função social da propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, nº 2076, 8 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12400>>. Acesso em: 24.fev.2011.
- SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução de Conceição Jardim Maria do Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 7-247.
- SMITH, Adam. **Riqueza das nações**: edição condensada. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- TEIXEIRA, João Régis Fassbender; SIMM, Zeno. **Teoria prática do direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TOKARS, Fábio Leandro. Função social da Empresa. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 77-96.
- VALENTINI, Vando. **O que é subsidiariedade**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/textos/pessoa_sociedade/24_subsiariedade.html>. Acesso em: 07.09.2011.
- VALLADÃO, Haroldo. Nonagésimo aniversário da Encíclica *Rerum Novarum* de sua Santidade o Papa Leão XIII. **Revista LTr**. vol. 45, n. 6, junho de 1981. São Paulo: LTr, 1981. p. 647-649.

VIANNA, Segadas *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 22 ed. atual.
por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr,
2005. v. I.

WILSON, Edmund. **Rumo à estação Finlândia**. Tradução Paulo Henrique
Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 135-395.

NUEVO PROCESO LABORAL EN URUGUAY. LEYES 18.572 y 18.847

Nanci Corrales Garcia¹

I. Introducción; II. Análisis de la Ley 18.572 y circunstancias a su entrada en vigencia; III. Análisis de la Ley 18. 847; IV. Esquema de los Procesos vigentes; V. Conclusiones finales; VI. Texto de Ley 18.572 y 18.847

I. Introducción

Ha sido un largo camino el de la creación del Nuevo Proceso Laboral y no podemos solo hacer mención a lo previsto por las leyes que lo rigen sin resumidamente hacer referencia como surge, como se desarrolla y cuál es la situación actual.

La Ley 18.572 se aprueba en Octubre del año 2009 y entra en vigencia (previa suspensión de su aplicación) el 1 de febrero de 2010, norma que se denomino “Ley de Abreviación del Proceso Laboral”.

Con anterioridad el proceso laboral se regía por el trámite del proceso ordinario, previsto en el Código General del Proceso. El mismo tramite previsto para el Proceso Civil.

Este proceso insumía una demora importante en el trámite de los procesos laborales que a criterio de unos se debía al proceso en sí, y a criterio de otros a la mala aplicación del proceso por los operadores jurídicos (oficinas, jueces y abogados).

Con las mejores intenciones se formó una comisión para la modificación o creación de un nuevo proceso laboral, aspiración de los

¹ Ministra de Tribunal de Apelaciones en lo Laboral de 2do Turno, Ex-Vice Presidenta y miembro actual de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo - ALJT.

laboralistas, pero que encontraba fuertes negativas de los procesalistas y aun dentro de los operadores jurídicos. Es así que en octubre 2009 se aprueba esta Ley, que estuvo vigente y se pretendió aplicar sin el menor respaldo logístico, lo que llevo a que se suspendiera su aplicación, y comenzara a regir efectivamente el 1 de febrero de 2010.

Sin perjuicio, cabe aclarar que aun en esta última fecha se impone esta Ley sin dotar a los operadores de los medios necesarios para hacerlo.

Este proceso se aplica a nivel Nacional, en todo el territorio de la República, y en el interior del país con la particularidad que los Juzgados y jueces del interior no tienen solo competencia en Laboral, para estos no se proveyó apoyo logístico alguno, al igual que en la Capital con los Juzgados con competencia en Primera Instancia y Tribunales de Segunda Instancia.

La ley entra en vigencia solo con la creación de tres juzgados de única Instancia con competencia en los Procesos de Menor Cuantía en Montevideo. (Capital del país).

Con posterioridad y atento a la situación que se plantea se aprueba una modificación de esta Ley. La nueva Ley es la N° 18.847, actualmente vigente.

Es necesario hacer estas precisiones, porque aún a la fecha con la modificación de la Ley original, el único apoyo que se ha recibido para su funcionamiento ha sido la creación de juzgados de única Instancia. Situación que sin duda dificulta su funcionamiento.

Tenemos una Ley muy bien intencionada, pero sin las herramientas necesarias para su correcta aplicación. Si bien vigente y en funcionamiento la marcha de la misma está depositada sobre el factor humano que intenta cumplirla dentro de lo posible.

No se puede o no se debería imponer una ley de este estilo sin dotar a los operadores de los medios necesarios para hacerlo.

Todos coincidimos que la finalidad de abreviación perseguida por el legislador es correcta, en tanto en materia laboral se requiere de un tratamiento más ágil, el que con la legislación aplicada al año 2009 no se lograba. Por múltiples razones, principalmente no derivadas de la

estructuración legal del procedimiento, sino originadas en particularidades sustantivas, temática de organización y distribución del trabajo entre los órganos jurisdiccionales, situaciones coyunturales de crisis económico-sociales, desempeño de los operadores del sistema.

En conclusión en la actualidad se rige el proceso laboral uruguayo las leyes 18.752 y su ley modificativa 18.847. En los extremos que estas leyes no prevén se aplican normas del Código General del Proceso.

- Se han observado VENTAJAS EN ESTE PERIODO de APLICACIÓN:

- En los procesos que han logrado llevarse adelante se han abreviado los tiempos.
- Se ha obtenido una conducta más activa de las partes en materia probatoria.
- Es bueno arribar a la condena liquida de la sentencia.
- La condena en audiencia a los rubros reconocidos, lo que evita el manejo de mala fe históricamente utilizado para forzar una transacción global.
- Mayor ponderación por todos los operadores jurídicos del manejo de los plazos procesales en cuanto a solicitud de prórroga o continuidad de la audiencia.

II. ANALISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY 18.572

(Deberá verse el texto de la ley adjunto para su mejor comprensión)

La Ley 18.572 es una ley de 32 artículos, inmediatamente a su puesta en vigencia se interpusieron recursos de Inconstitucionalidad respecto de gran parte de ellos.

El proceso de inconstitucionalidad en el Uruguay se aplica caso a caso, este recurso lo resuelve la Suprema Corte de Justicia, tiene efecto suspensivo del proceso una vez interpuesto y resuelto solo alcanza al caso concreto, lo que significa que se produjo una generalizada interposición de inconstitucionalidades por las partes demandadas casi en la totalidad

de los juicios, lo que significo la suspensión de sus trámites. Debieron ser elevados al órgano Supremo, con un gran atascamiento y las demoras correspondientes.

Para poder entender este proceso de Inconstitucionalidades, que culmino con la necesidad de reformar la norma realizare un esquema del contenido de la Ley, dividiéndola en lo que prevé, que artículos se atacaron y los artículos que fueron dentro de estos declarados inconstitucionales.

La Ley básicamente prevé dos procesos, uno de Única Instancia por el cual se tramitan los proceso menores a \$ 82.000 y un proceso Ordinario con Primera y Segunda Instancia a los montos superiores. Para esto la Ley se diagramo:

- **Arts. 1 y 2** - Los principios que deben regir el proceso laboral.
- **Arts. 3 a 6** - Regulan la audiencia de Conciliación Previa, que se tramita ante el Órgano Administrativo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Esto significo el dictado de una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 8 de febrero de 2010 mediante la cual se adecuaron los servicios prestados para ajustarse a la norma.

- **Arts. 7 a 18** - Regula El Proceso Laboral Ordinario

Nos remitimos al texto de ellos y señalare las incertidumbres que surgieron en su momento respecto de lo previsto.

- Sin perjuicio de prever la audiencia única, surgía de la realidad (a seis meses de su aplicación) que se prorrogaban invariablemente las audiencias por imposibilidad de diligenciamiento de la prueba. (con el consentimiento de las partes o a solicitud de las partes) Se entendía necesario que la norma previera la prorroga.
- Se consideró que el plazo de señalamiento de la audiencia era totalmente insuficiente para el cumplimiento de todo lo que debe de cumplirse en el mismo y mayoritariamente se entendía que deberían de ser 60 días después de contestada la demanda.
- Excepciones previas. Se prevé en la norma que salvo la incompetencia por razón de territorio o de cuantía serán resueltas en la sentencia.

La duda fue si era más beneficioso o hacia el trámite más rápido no resolver las excepciones previas al comienzo como ser la prescripción, transacción, litispendencia.

- No se aprovechó la notificación electrónica
- Se encontró que era una exigencia innecesaria y perjudicial el requisito del anuncio del recurso de apelación con referencia a la sentencia definitiva.

- De los artículos del Proceso Ordinario fueron declarados Inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia los Arts 14 inc. 1 y 17 inc. 2.

- ART. 14 INC. 1 - Refiere a la comparecencia de las partes a la audiencia única.-

La SCJ entiende que viola el principio constitucional de igualdad, pues ante una misma situación jurídica, la incomparecencia a la audiencia, legisla dos consecuencias diversas para sujetos que están en una misma posición.-

La situación es la misma, pues se trata de comparecencia a la audiencia.-

Pero la sanción es diversa y más grave para uno de los sujetos que se coloca en la misma situación y es así, porque el archivo que se establece para el caso de que el incompareciente sea el actor, es casi irrelevante, no quedando tampoco claro si en caso de pretender continuar el proceso, mientras que si el incompareciente es el demandado, se dictará sentencia teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en la demanda y estando a la prueba obrante en autos con anterioridad a la audiencia.-

Según la SCJ, la solución es discriminatoria para quienes son igualmente partes del proceso, lo que viola el principio de igualdad.-

No se trata de la aplicación del criterio de la desigualdad compensatoria, porque frente al deber de comparecer no hay situación de desigualdad real que determine mecanismos compensatorios, dado que el trabajador no queda en una posición de indefensión, debilidad o desamparo frente a la posibilidad de concurrir.-

Expresamente dice la SCJ, cual es la solución al declararse esta inconstitucionalidad, en tanto dice que habrá de buscarse la solución en labor de integración, es decir el art. 31, por lo que rige el art. 340.1, 2 y 3 CGP

- **EL ART. 17 INC. 2** - la SCJ aclara que el planteo de inconstitucionalidad solo refiere al inciso 2 del artículo, el cual determina que se deberá depositar el 50% del monto de la condena para poder interponer el recurso de apelación.-

A juicio de la SCJ la norma implica una restricción al derecho de defensa, imponiendo un condicionamiento al acceso a la segunda instancia.-

Afirmo aquella que es un requisito de admisibilidad de la apelación de la demandada, cuya excesiva gravosidad conspira con el derecho de defensa, que comprende la revisión por el órgano de alzada de lo decidido.-

Parte de la base que es un proceso que reconoce la procedencia de la doble instancia y en él se obstaculiza el acceso a la segunda instancia, cuando el principio general en el ámbito de este proceso es la facilitación de los medios impugnativos que permitan el reexamen por un tribunal colegiado.-

Se viola el principio de igualdad porque da un trato diferencial a quienes deben ser tratados en una similar categoría que es la de parte del proceso, siguiendo la postura de Torello en sentencia publicada en LJU C. 12.121.-

Rechazan el argumento basado en el art. 18 de la Constitución, en cuanto a que el que puede lo mas puede lo menos y por tanto, si se puede imponer un proceso sin apelación, puede limitarse ésta, porque eso desconoce el principio de igualdad, dado que ésta rige para ambas parte del proceso, en cambio el depósito es solo para una de ellas.-

Continuando con lo que prevé el articulado de la Ley 18.572

- **ART 19 a 23 PROCESO DE MENOR CUANTIA**

Es un proceso de única Instancia, el cual depende del monto de la reclamación, fijándose en la propia ley el límite del reclamo para su tramitación.

HA SIDO DECLARADO INCONSTITUCIONALES LOS ARTS 21 y 22 INC 2.

- **Art 21**

Según la Suprema Corte de Justicia en este proceso no hay plazo entre emplazamiento y audiencia, ni siquiera deja de lado el concepto de plazo razonable sino que directamente no se fija plazo.-

Esto afecta a actor y demandado, porque el actor también puede verse privado de prueba en estos casos.-

La ley no establece un plazo mínimo asegurado par que el demandado conteste y eso es inaceptable desde el punto de vista del debido proceso, en tanto no se prevé una razonable oportunidad de mínima defensa.-

- **Art. 22 INC. 2** Siendo la norma que regula las consecuencias de la incomparecencia de la parte a la audiencia, única en el proceso de única instancia, se asume la misma solución que para el proceso ordinario y por tanto se declara la inconstitucionalidad.-

Pero como el texto es diferente, en tanto éste dice que se tiene por cierto lo expresado en la demanda, dice que ello determina una sanción más grave, dado que no hay referencia a prueba alguna.-

No hay razonabilidad en el hecho de determinar una desigualdad a favor del actor incompareciente.-

Se concluye que viola el principio de igualdad.-

Los artículos de la Ley,

- **ART 24 A 32 DISPOSICIONES GENERALES**

Regulan la Representación, Notificaciones, plazos, ejecución, multa ante la omisión del pago de los créditos laborales, interpretación e integración de normas.

SOBRE RECURSOS.

Se crearon grandes dudas en la procedencia de los recursos de ampliación y aclaración que no se prevén, así como la adhesión a la apelación.

* También se opusieron INCONSTITUCIONALIDADES respecto de los siguientes Artículos PERO NO FUERON DECLARADAS. (Detalle extraído de trabajo de la Sra. Ministro de Tribunal de Apelaciones Dra. Doris Morales)

ART. 7 - es el artículo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma y establece que salvo lo establecido por normas que prevean procedimientos especiales, el proceso laboral se rige por lo previsto por la ley.-

ART. 9 - refiere al plazo para el traslado de la demanda en el proceso ordinario y la SCJ entendió que no limita el derecho de defensa, ni el debido proceso, en tanto la Constitución solo requiere que tenga su día ante el Tribunal, contando con la posibilidad de ser oído, rendir prueba y formular defensas.-

ART. 10 - es la norma que establece que en ningún caso procede la reconvencción, emplazamiento o noticia de terceros y la SCJ dice que más allá de lo discutible de la decisión legislativa, la norma no vulnera el debido proceso o el derecho de defensa en juicio, en tanto éste significa tener su día ante el tribunal, lo que no está impedido por la norma, ni surge cercenado su derecho a la defensa, aunque señala que ese derecho queda restringido.-

De todos modos el demandado puede iniciar un proceso contra el actor y si lo desea, solicitar la acumulación, que no está proscripta en el texto legal.-

También puede demandar iniciar la acción contra el tercero que considera responsable para obtener el reembolso o reintegro.-

ART. 13 - entre otras cosas refiere a la providencia compleja que dicta el Tribunal y la SCJ, considera discutible la norma, en tanto el juez realiza ese acto sin la presencia de las partes, no es inconstitucional, porque

la parte tiene la posibilidad de recurrir la providencia, por lo que no hay violación del debido proceso ni de igualdad.-

ART. 14 INC. 2 - Si bien no se planteó esta inconstitucionalidad, la SCJ, dice al resolver sobre el inciso primero que no se advierte la misma.-

ART. 23 - la SCJ entiende que la doble instancia carece de consagración constitucional, no integrando las garantías del debido proceso y la norma se ajusta a lo que establece el artículo 22.3 CGP.-

ART. 25 - refiere a las notificaciones y la SCJ dice que no se advierte inconstitucionalidad alguna, sin decir por qué.-

ART. 28 - refiere a la gratuidad y la SCJ dice que la supuesta inconstitucionalidad no tendría consecuencias por el demandado, que fue quien la planteó, pues no le es aplicable, por lo que su interés no es vulnerado directamente por la norma.-

ART. 31 - el fundamento para considerar que no es inconstitucional, radica en sostener que, como el art. 30, se remite al bloque de constitucionalidad, no puede haber incompatibilidad con las normas de los art. 72 y 332 de la Constitución, por lo que pese a lo confusa que es su redacción, no pueden vulnerarse esos artículos, en la norma de integración si en la de interpretación están incluidos.-

PODEMOS ADVERTIR QUE EL NACIMIENTO DE LA NORMA NO HA SIDO UN CAMINO FACIL Y QUE NO OBTUVO LA LOABLE FINALIDAD CON LA QUE NACIO.

A esta altura transcurren los años 2010 y 2011, en un ámbito de demora, disconformidad, y con la necesidad imperiosa de una solución legislativa que demoró en surgir, así llegamos a la entrada en vigencia de la Ley 18.847

III. ANALISIS DE LA LEY 18.847

Esta norma de 12 artículos, subsana las inconstitucionalidades declaradas en la Ley 18.572 (ya referenciadas) y recogió algunas de las críticas planteadas por los operadores jurídicos. La ley modificó 15 de los 32 artículos de la ley anterior, lo que denota lo amplio de esta reforma.

A los efectos elimina las normas que fueron declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia: - derogando las sanciones previstas por la incomparecencia de las partes a la audiencia.

- Se deroga la norma que impone al apelante el depósito del 50% del monto de la condena.

- Regula mas adecuadamente la oportunidad de defensa del demandado en el proceso de menor cuantía.

- Aumenta los plazos para el ejercicio de las defensas. El plazo para contestar la demanda se amplía de 10 a 15 días hábiles.

- Los alegatos en el proceso ordinario se formulan en la audiencia o dentro del plazo de 6 días hábiles, no incidiendo en el plazo para dictar sentencia.

- El plazo para interponer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva se amplía de 5 días a 10 días hábiles, al igual que el plazo del traslado del recurso.

- El plazo para celebrar la audiencia en el proceso ordinario pasa a ser de 60 días corridos, contados a partir de la fecha de la contestación de la demanda o del traslado de las excepciones o del vencimiento del término.

- La audiencia única en el proceso ordinario podrá prorrogarse por única vez cuando exista prueba pendiente de diligenciamiento que no haya podido ser incorporada pese a la diligencia del Tribunal y de las partes.

Si la falta de incorporación fuere imputable al Tribunal generará su responsabilidad y si fuera imputable a una parte determinara que se prescinda del medio probatorio propuesto por la parte omisa, salvo que la contraparte lo solicitare o el Tribunal en uso de sus facultades previstas por el art 1º inc segundo de esta Ley y por resolución fundada, dispusiere igualmente su diligenciamiento.

La prórroga de la audiencia será por seis días hábiles, pudiendo el Tribunal extender el plazo hasta 20 días corridos por motivo debidamente fundado, que sera comunicado a la Suprema Corte de Justicia quedando aquel sometido a eventual responsabilidad por la dilación si no se la considerase justificada.

- La audiencia única en el proceso de menor cuantía se celebra dentro de los 10 días hábiles de contestada la demanda (en la primera ley se contaban los 10 días desde la presentación de la demanda), y se puede prorrogar hasta por seis días hábiles en los mismos supuestos de la prorroga de audiencia del proceso ordinario.

- En lo que refiere a los recursos, para el proceso ordinario además de reposición y apelación (que previa la primera ley), se prevén los recursos de aclaración y ampliación, queja por denegación de apelación, revisión y casación.

- Se regula el trámite de los incidentes en audiencia y fuera de audiencia

- Se prevé la aplicación del proceso ordinario laboral para el proceso general de tutela de la actividad sindicación previsto en el art 2 núm. 1 de la ley 17.940 y para el proceso de infracción a la ley de igualdad de trato previsto en el art 4 de la ley 16.045.

CON REFERENCIA AL PROCESO DE UNICA INSTANCIA:

- Se prevé la contestación de la demanda por escrito en el plazo de 10 días hábiles

- Se prevé la posibilidad de prorrogar la audiencia hasta por seis días hábiles.

- Se prevé la fijación provisoria fuera de audiencia del objeto del proceso y de la prueba inmediatamente después de contestada la demanda y la fijación definitiva en la audiencia.

- Se ordena el diligenciamiento del a prueba antes de la audiencia

- Se admiten expresamente los recurso de aclaración y ampliación.

Esta Norma prevé a diferencia de la primera la notificación electrónica de la sentencia y se dispone la implantación del expediente electrónico en el ámbito de la jurisdicción laboral.

IV. ESQUEMA DE LOS PROCESOS

Si bien hablamos del “Proceso Laboral” tenemos en el Uruguay dos procesos laborales, que varían dependiendo del monto del reclamo.

Extremo muy controvertido, sobre todo porque el proceso de Menor cuantía no admite el recurso de apelación, siendo de única instancia.

Esquemáticamente hasta \$ 82.000 (que deben incluir créditos, daños y perjuicios preceptivos, actualización, intereses y multa) se aplica el denominado “PROCESO DE MENOR CUANTIA. Reclamos por Montos superiores se tramitan por “PROCESO ORDINARIO”.

***TRAMITE ESQUEMATICO DEL PROCESO DE MENOR CUANTIA**

- Previo a su iniciación Tentativa de Conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

- Se presenta demanda escrita.

- Se da traslado y emplazamiento al demandado por un plazo de 10 días.

- Se contestara por escrito oponiendo excepciones.

- Contestada la demanda o vencido el plazo el Tribunal, el juez fija el Objeto del Proceso y de la Prueba, ordena el diligenciamiento de la prueba y convoca audiencia en un plazo no mayor a los 10 días

- El art 22 de la ley 18.847 regula las actividades en la audiencia. Audiencia que podrá prorrogarse si hay prueba pendiente, por un plazo no mayor a los seis días.

- Culminada la audiencia se dictara sentencia en la audiencia o en un plazo máximo de seis días.

- Este proceso solo admite los recursos de reposición, aclaración y ampliación.

***TRAMITE ESQUEMATICO DE PROCESO ORDINARIO**

- Previo a su iniciación Tentativa de Conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

- Se presenta demanda escrita.
- Traslado y emplazamiento al demandado por un plazo de 15 días, debiendo contestar por escrito y oponiendo las excepciones. (previstas en el art 133 del C.G.P.)¹.
- Si se presentan excepciones traslado al actor por 5 días hábiles.
- Evacuado el traslado o vencido el plazo se convocara audiencia o se dictara resolución si correspondiere.
- A las 48 horas de presentada la contestación o de evacuado el traslado de las excepciones, el Tribunal fija el Objeto del proceso y de la prueba, ordena el diligenciamiento de la prueba y convoca audiencia dentro un plazo no mayor a los 60 días contados a partir de la fecha de contestación o de evacuación del traslado de las excepciones o vencido el plazo para hacerlo.
- Si la demandada se allana o no contesta la demanda se fijara fecha para el dictado de sentencia, sin diligenciar prueba.
- Art 14 de la Ley 18.847 regula las actividades a realizar en la audiencia
- La audiencia solo podrá prorrogarse por única vez cuando exista prueba pendiente de diligenciamiento que no haya podido ser incorporada pese a la diligencia del tribunal y de las partes. La prórroga de la audiencia será por seis días, salvo motivo fundado que este plazo se puede extender a 20 días.
- El Tribunal podrá dictar sentencia definitiva en la audiencia o fuera de ella dentro de los 20 días siguientes.
- Las sentencias deberán contener condena a suma liquida, incluidas multas, intereses, actualizaciones y recargos que correspondan.
- La sentencia admite recurso de apelación que podrá interponerse en un plazo de 10 días. Si la sentencia se dicto en la audiencia el recurso deberá ser anunciado en ella y fundado dentro de un plazo de 10 días.
- Del recurso de apelación se dará traslado por un plazo de 10 días
- El Tribunal de Apelaciones tendrá un plazo de 30 días contados desde que el expediente ingrese a dicho Tribunal para dictar sentencia de Segunda Instancia.

NORMAS GENERALES PARA AMBOS PROCESOS

*Con la sola presentación de la demanda el letrado firmante queda investido de la representación judicial del trabajador con las más amplias facultades de disposición, salvo la cesión de créditos.

*Solo se notifican a domicilio el decreto que ordena el traslado de la demanda, y el emplazamiento, todas las restantes providencias se notifican en la oficina.

*Todos los plazos son perentorios e improrrogables.

*Todas las actuaciones administrativas y judiciales son gratuitas para la parte trabajadora.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Como puede advertirse el presente trabajo redactado para una revista extranjera no puede abarcar serias discrepancias que aún se mantienen respecto del proceso, para lo cual se debería hondar en el análisis del Código General del Proceso Uruguayo, el cual excedería el objeto del presente.

Sin perjuicio, como simples consideraciones finales,

- Ha quedado en claro que la celeridad no se obtiene mediante la simple reducción de plazos.
- En pos de una pretensa autonomía, la ley se divorcia de pautas, principios y soluciones que en mucho ayudan para una correcta interpretación y aplicación de disposiciones normativas, y provoca importantes problemas que pueden dificultar u obstar la consecución del objetivo principal perseguido.
- No se comprende la imprevisión organizativa al momento de su entrada en vigencia y que continúa actualmente. Volcando el poco apoyo sobre el proceso de Instancia única y desatendiendo el Proceso ordinario y la Segunda Instancia.

No hay buenos procesos, ni decisión que protejan a nadie si el juez no tiene los medios y posibilidades de trabajar normalmente, estudiar y

evaluar. El proceso puede ser bueno, pero su aplicación no puede depender solo del factor humano.

Es indudable que el proceso laboral o lo que ha dado en denominarse derecho procesal laboral no puede dejar de lado los principios de celeridad, concentración, publicidad, buena fe, efectividad de los derechos sustantivos, poderes inquisitivos, desigualdad compensatoria, que si bien no le son privativos de la materia, si son relevantes en esta.

Pero la aplicación de ellos sin lograr un equilibrio entre la celeridad y la calidad de lo que se resuelve, no desembocará en la protección que los derechos laborales necesitan.

El Código General del Proceso, no preveía una actividad del juez pasiva, no estábamos frente a esa situación al momento que ingresar a la autonomía del proceso laboral, la falta de aportes logísticos a la tarea que los magistrados ya realizaban, ha significado que el peso de la aplicación de la ley haya recaído sobre estos ya recargados, y llevado a la inaplicación de muchos de los contenidos por no proporcionársele la infraestructura necesaria.

Si bien se responsabiliza de esta situación al órgano superior del Poder Judicial, la suscrita no comparte su sola responsabilidad. Es el legislador también el que debe tener en cuenta que la Ley que aprueba funcionara si la dota de los medios necesarios para ello, son los operadores jurídicos los que ante estas situaciones deben alzar sus voces y son las organizaciones sindicales y empresariales las que en lugar de buscar culpables en el Poder Judicial deberían entender que todos buscamos la aplicación de los principios previstos en el art 1 de la norma vigente.

Objetivo y finalidad del derecho laboral.

Dra. Nanci Corrales Garcia.-

Ministra de Tribunal de Apelaciones en lo Laboral de 2do Turno.-

A continuación el texto de ambas leyes, con una ubicación paralela para apreciar las modificaciones.

Ley Nº 18.572
ABREVIACIÓN DE LOS
PROCESOS LABORALES

CAPÍTULO I
PRINCIPIOS

Artículo 1º - Los procesos laborales se ajustarán a los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales.

El Tribunal, de oficio, podrá averiguar o complementar la prueba de los hechos objeto de controversia, quedando investido, a tales efectos, con todas las facultades inquisitivas previstas para el orden procesal penal.

CAPÍTULO II
COMPETENCIA

Artículo 2º - Los Tribunales de la jurisdicción laboral entenderán en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo.

Ley Nº 18.847

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PREVIA</p> <p>Artículo 3º (Conciliación previa)- Antes de iniciarse juicio en materia laboral, deberá tentarse la conciliación previa ante el Centro de Negociación de Conflictos Individuales de Trabajo o ante la Agencia Zonal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según corresponda al domicilio del empleador o al lugar en el que se cumplieron las prestaciones. Cuando en la jurisdicción territorial del Tribunal competente no existan agencias zonales, el reclamante quedará exonerado de tentar la conciliación. La solicitud de inicio del procedimiento conciliatorio deberá realizarse por escrito presentado por el interesado o por apoderado, asistido de abogado, salvo que la reclamación fuera por sumas inferiores al equivalente de 20 UR (veinte unidades reajustables). En dicha solicitud deberá indicarse con precisión los hechos que fundamentan el reclamo y el</p>	<p>Artículo 1º - Modifícase el artículo 3º de la Ley N° 18.572, de 13 de setiembre de 2009, el que quedará redactado de la siguiente manera:</p> <p>“ARTÍCULO 3º (Conciliación previa) - Antes de iniciarse juicio en materia laboral, deberá tentarse la conciliación previa ante el Centro de Negociación de Conflictos Individuales de Trabajo en la ciudad de Montevideo o ante la Oficina de Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el interior de la República, según corresponda al domicilio del empleador o al lugar en que se cumplieron las prestaciones. La solicitud de inicio del procedimiento conciliatorio deberá realizarse por escrito presentado por el interesado o por apoderado, asistido de abogado, salvo que la reclamación fuera por sumas inferiores al equivalente de 20 UR (veinte unidades reajustables). En dicha solicitud deberán indicarse con precisión los hechos que fundamentan el reclamo y el detalle y el monto de los rubros reclamados. El Ministerio de</p>
---	---

<p>detalle y el monto de los rubros reclamados.</p> <p>Artículo 4º (Audiencia y contenido del acta) - La audiencia se convocará para día y hora determinados, con una anticipación no menor de tres días. En acta resumida deberá señalarse en forma detallada el reclamo, las soluciones propuestas, el resultado final y el domicilio que indiquen las partes. Si el citado entiende que existe un tercero total o parcialmente responsable deberá individualizarlo en la audiencia, quedando constancia en el acta. Su omisión en este aspecto así como su incomparecencia a la audiencia constituirán presunciones simples contrarias a su interés en el proceso ulterior. El acuerdo a que se arribe en el procedimiento habilitará su ejecución forzada por los procedimientos propios regulados en el Título V del Libro II del Código General del Proceso.</p>	<p>Trabajo y Seguridad Social regulará los mecanismos y la forma de presentación de la solicitud, así como el procedimiento que se sigue posteriormente a la misma”.</p> <p>Artículo 2º - Modifícanse los incisos segundo y cuarto del artículo 4º de la Ley Nº 18.572, de 13 de setiembre de 2009, los que quedarán redactados de la siguiente manera: “En acta resumida deberán señalarse los datos identificatorios de cada una de las partes, los domicilios constituidos a los efectos de lo dispuesto en el artículo 5º de la presente ley, los rubros y montos reclamados por el citante, la respuesta del citado y el resultado final obtenido”.</p> <p>“El acuerdo al que se arribe en el procedimiento habilitará su ejecución forzada por el proceso regulado en el Título V del Libro II del Código General del Proceso”.</p>
--	---

Artículo 5º (Domicilio) - El domicilio fijado por las partes en la audiencia de conciliación administrativa previa se tendrá como válido para el proceso, siempre que se iniciare dentro del plazo de un año computable desde la fecha del acta respectiva.

Artículo 6º (Solicitud de constancia) - Si el trámite administrativo no hubiere culminado, dentro de los treinta días contados a partir de la solicitud de audiencia, el trabajador podrá solicitar una constancia con la que podrá interponer la demanda.

CAPÍTULO IV PROCESO LABORAL ORDINARIO

Artículo 7º (Ámbito de aplicación) - Con excepción de lo establecido en normas que prevean procedimientos especiales, en materia laboral el proceso se regirá por lo previsto en esta ley.

Artículo 8º (Demanda) - La demanda se presentará por escrito en la forma prevista en el artículo

117 del Código General del Proceso. Deberá incluir el valor total de la pretensión y la liquidación detallada de cada uno de los rubros reclamados, lo que deberá ser controlado por el Tribunal, que dispondrá se subsanen los defectos en el plazo de tres días con apercibimiento de tener por no presentada la demanda.

Artículo 9º (Traslado, convocatoria a audiencia única y contestación de la demanda) - Interpuesta la demanda en forma, el Tribunal decretará el traslado y emplazamiento al demandado; al mismo tiempo convocará a las partes a una audiencia dentro de un plazo no mayor a los sesenta días contados a partir de la fecha de la presentación de la demanda. El demandado contestará por escrito en la forma prevista en el artículo 130 del Código General del Proceso, dentro del término de diez días hábiles perentorios e improrrogables, debiendo oponer al mismo tiempo, si las tuviere, todas las excepciones referidas en el artículo 133 del Código General del Proceso.

Artículo 3º - Modifícanse los artículos 9º, 11 y 13 de la Ley Nº 18.572, de 13 de setiembre de 2009, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 9º (Traslado, emplazamiento y contestación de la demanda) - Interpuesta la demanda en forma, el Tribunal decretará el traslado y emplazamiento al demandado. El demandado contestará por escrito en la forma prevista en el artículo 130 del Código General del Proceso, dentro del término de 15 (quince) días debiendo oponer al mismo tiempo, si las tuviere, todas las excepciones referidas en el artículo 133 del Código General del Proceso”.

Artículo 10º (Reconvención, citación y noticia de terceros)-

En ningún caso procederá la reconvención, el emplazamiento o la noticia de terceros.

Cuando por las circunstancias previstas en los artículos 3º y 6º de la presente norma no haya mediado instancia de conciliación previa, el demandado, si entiende que existe un tercero responsable, al contestar la demanda podrá individualizarlo, pudiendo éste ser emplazado si así lo considera el actor.

En tal caso, aquél no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer dentro del término de diez días hábiles perentorios e improrrogables, por escrito en la misma forma prevista para la contestación de la demanda.

Artículo 11º (Traslado de las excepciones) - De las excepciones opuestas se dará traslado al actor por el plazo de tres días hábiles. Vencido el plazo o contestado el traslado, se dictará resolución, si correspondiere.

“ARTÍCULO 11 (Traslado de las excepciones) - De las excepciones opuestas se dará traslado al actor por el plazo de 5 (cinco) días hábiles. Vencido el plazo o evacuado el traslado, se convocará a audiencia o se dictará resolución si correspondiere”.

Artículo 12º (Resolución sobre las excepciones) - Todas las excepciones serán resueltas en la sentencia definitiva, salvo la de incompetencia por razón de territorio o de cuantía. En este caso la sentencia se dictará en plazo de seis días y admitirá recurso de apelación con efecto suspensivo, que deberá ser interpuesto en plazo de tres días y sustanciarse con un traslado a la contraparte por igual término.

Artículo 13º (Diligenciamiento de la prueba) - Dentro de las cuarenta y ocho horas de recibido el escrito de contestación de demanda o de traslado de las excepciones al actor, el Tribunal fijará el objeto del proceso y de la prueba, se pronunciará sobre los medios probatorios y ordenará el diligenciamiento de la que corresponda, instrumentando todo lo que sea necesario para agotar su producción en la audiencia única. En caso de allanamiento total a la pretensión o cuando no se hubiera contestado la demanda en tiempo, el Tribunal fijará fecha para el dictado de la sentencia definitiva.

“ARTÍCULO 13 (Convocatoria a audiencia y diligenciamiento de la prueba) - Dentro de las 48 (cuarenta y ocho) horas de recibido el escrito de contestación de demanda o de traslado de las excepciones, o vencido el término, el Tribunal fijará provisionalmente el objeto del proceso y de la prueba, se pronunciará sobre los medios probatorios y ordenará a la oficina el inmediato diligenciamiento de los que corresponda, instrumentando todo lo que sea necesario para agotar su producción en la audiencia única que será convocada dentro de un plazo no mayor a los 60 (sesenta)

<p>Artículo 14º (Audiencia única) - Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo que a juicio del tribunal exista un motivo justificado que habilite la comparecencia por representante. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia determinará el archivo de los autos. En caso de inasistencia no justificada del demandado el Tribunal dictará sentencia de inmediato, teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en la demanda y estando a la prueba obrante en autos con anterioridad a la audiencia.</p>	<p>días, contados a partir de la fecha de la contestación de la demanda o del traslado de las excepciones o del vencimiento del término. En caso de allanamiento total a la pretensión o cuando no se hubiera contestado la demanda en tiempo, y sin necesidad de diligenciar otra prueba el Tribunal fijará fecha para el dictado de la sentencia definitiva”.</p> <p>Artículo 4º - Sustitúyese el artículo 14 de la Ley Nº 18.572, de 13 de setiembre de 2009, por el siguiente:</p> <p>“ARTÍCULO 14 (Audiencia única) - La audiencia se iniciará con la acreditación de las partes o sus representantes y será presidida por el Tribunal bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional. Iniciada la audiencia, se cumplirán las siguientes actividades: 1. Las partes ratificarán, en su caso, el contenido de la demanda y de la contestación, y podrán aclarar sus extremos por iniciativa propia o sujetas a la decisión del Tribunal si resultaren oscuros o imprecisos. 2. El Tribunal dictará sentencia</p>
--	---

Iniciada la audiencia, se cumplirán las siguientes actividades:

- 1) Las partes ratificarán el contenido de la demanda y de la contestación, y podrán aclarar sus extremos, si a juicio del Tribunal resultaren oscuros o imprecisos.
- 2) El Tribunal ordenará el pago de los rubros o montos no controvertidos con las condenas accesorias preceptivas y los recargos, reajustes e intereses que correspondan y tentará la conciliación en los demás. Esta resolución será apelable sin efecto suspensivo y constituirá título de ejecución.
- 3) El diligenciamiento de toda la prueba pendiente que el Tribunal estime necesaria.
- 4) Las resoluciones dictadas en el curso de la audiencia, así como la que fija el objeto del proceso y de la prueba y provee sobre los medios probatorios admitirán recursos de reposición y apelación con efecto diferido, los que deberán proponerse y anunciarse, respectivamente, en la propia audiencia.
- 5) Las partes podrán formular sus alegatos de bien probado en la

definitiva parcial ordenando el pago de los rubros o montos no controvertidos con las condenas accesorias preceptivas y los recargos, reajustes e intereses que correspondan y tentará la conciliación en los demás. Esta resolución será apelable sin efecto suspensivo y constituirá título de ejecución. La apelación se regirá por el régimen aplicable a las sentencias definitivas.

3. El diligenciamiento de toda la prueba pendiente que el Tribunal estime necesaria.
4. Las resoluciones dictadas en el curso de la audiencia, así como la que fija definitivamente el objeto del proceso y de la prueba y provee sobre los medios probatorios, admitirán recursos de reposición y apelación con efecto diferido, los que deberán proponerse en la propia audiencia.
5. Las partes deberán formular sus alegatos de bien probado en la audiencia o reservarse hacerlo por escrito dentro del plazo de 6 (seis) días.
6. La audiencia única podrá prorrogarse por única vez cuando exista prueba pendiente de

audiencia o reservarse hacerlo por escrito dentro del plazo que fije el Tribunal, que no podrá exceder de diez días corridos. En tal caso, el término para dictar sentencia definitiva quedará reducido en el mismo número de días dispuestos para alegar por escrito.

diligenciamiento que no haya podido ser incorporada pese a la diligencia del Tribunal y de las partes. Si la falta de incorporación fuere imputable al Tribunal, generará su responsabilidad y si fuera imputable a una parte determinará que se prescinda del medio probatorio propuesto por la parte omisa, salvo que la contraparte lo solicitare o el Tribunal, en uso de las facultades previstas por el artículo 1º inciso segundo de esta ley y por resolución fundada, dispusiere igualmente su diligenciamiento. La prórroga de la audiencia será por 6 (seis) días, pudiendo el Tribunal extender el plazo hasta 20 (veinte) días por motivo debidamente fundado, que será comunicado a la Suprema Corte de Justicia, quedando aquél sometido a eventual responsabilidad por la dilación si no se la considerase justificada.

7. Los incidentes promovidos fuera de audiencia se sustanciarán con un traslado a la contraparte por 3 (tres) días. Los incidentes promovidos en la audiencia única se sustanciarán y resolverán en la misma. En ambos casos tanto la

<p>Artículo 15º (Sentencia definitiva)- El Tribunal podrá dictar sentencia definitiva en la audiencia única o dentro de los veinte días siguientes</p>	<p>demanda como la contestación ofrecerán la prueba bajo las mismas reglas que para el proceso principal. Si fuera necesario, la prueba se terminará de producir en la audiencia que se celebrará en un plazo no mayor a 3 (tres) días en la que además, se oirá brevemente a las partes y se dictará sentencia, salvo que por su complejidad y por resolución fundada el Tribunal resuelva diferirla por un plazo máximo de 3 (tres) días a cuyos efectos y sin convocatoria de nueva audiencia, fijará día y hora. La inasistencia no justificada de una de las partes no impedirá el desarrollo de la audiencia y la continuación del proceso. En caso de inasistencia de ambas partes a la audiencia, el Tribunal archivará las actuaciones sin más trámite”.</p> <p>Artículo 5º - Sustitúyese el artículo 15 de la Ley Nº 18.572, de 13 de setiembre de 2009, por el siguiente:</p> <p>“ARTÍCULO 15 (Sentencia definitiva) - El Tribunal podrá dictar sentencia definitiva en la audiencia única o fuera de</p>
--	--

a la misma, a cuyos efectos fijará fecha, sin necesidad de realizar otra convocatoria.

En los procesos regulados por esta ley, las sentencias que condenen al pago de créditos laborales de cualquier naturaleza deberán establecer el monto líquido de los mismos, incluidas las multas, intereses, actualizaciones y recargos que correspondieren.

Artículo 16^o (Actualización monetaria e interés legal) - En los procesos regulados por esta ley, el monto líquido del crédito reconocido por sentencia generará un interés del 6% (seis por ciento) anual contado desde la fecha de su exigibilidad, además de la actualización monetaria prevista en el Decreto Ley N^o 14.500, de 8 de marzo de 1976 y de los daños y perjuicios establecidos por el

audiencia y dentro de los 20 (veinte) días siguientes. En este último caso, en la misma audiencia fijará fecha para su pronunciamiento. La sentencia se notificará electrónicamente el mismo día de dictada.

En aquellos casos en los que no se haya implementado la comunicación electrónica la sentencia definitiva se notificará en los domicilios constituidos en autos. En los procesos regulados por esta ley, las sentencias que condenen al pago de créditos laborales de cualquier naturaleza deberán establecer el monto líquido de los mismos, incluidas las multas, intereses, actualizaciones y recargos que correspondieren”.

Artículo 6^o.- Modifícase el artículo 17 de la Ley N^o 18.572, de 13 de

artículo 4º de la Ley Nº 10.449 de 12 de noviembre de 1943.

Artículo 17º (Apelación y segunda instancia) - El plazo para interponer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia será de cinco días perentorios e improrrogables contados desde la fecha de dictada. Si la sentencia se dictare en audiencia, el recurso deberá ser anunciado en la misma audiencia disponiendo de cinco días perentorios e improrrogables para expresar y fundar por escrito los agravios. Si la sentencia se dictare fuera de audiencia, el recurso será interpuesto por escrito fundado en el que se expresarán los agravios y sus fundamentos.

Si la sentencia fuera de condena, el apelante deberá depositar el 50% (cincuenta por ciento) del monto a la orden del Juzgado y bajo el rubro de autos. En caso de no cumplirse con este requisito la apelación será rechazada sin más trámite y se tendrá por desistido al apelante. Del recurso de apelación se dará traslado a la contraparte por el término de cinco días perentorios e

setiembre de 2009, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 17 (Apelación y segunda instancia) - El plazo para interponer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia será de 10 (diez) días. Si la sentencia se dictare en audiencia, el recurso deberá ser anunciado en la misma audiencia disponiendo de 10 (diez) días para expresar y fundar por escrito los agravios. Si la sentencia se dictare fuera de audiencia, el recurso será interpuesto por escrito fundado en el que se expresarán los agravios y sus fundamentos.

Del recurso de apelación se dará traslado a la contraparte por el término de 10 (diez) días. Evacuado el traslado o vencido el término para hacerlo, se elevará el expediente ante el Tribunal que corresponda en un plazo no mayor a los 5 (cinco) días.

El superior dictará sentencia dentro de los 30 (treinta) días contados desde que los autos hayan ingresado al Tribunal; en caso de discordia dicho plazo se extenderá proporcionalmente. Recibidos los

<p>improrrogables. Evacuado el traslado o vencido el término para hacerlo, se elevará el expediente ante el Tribunal que corresponda en un plazo no mayor a los cinco días hábiles. El superior dictará sentencia dentro de los treinta días contados desde que los autos hayan ingresado al Tribunal; en caso de discordia dicho plazo se extenderá proporcionalmente. Recibidos los autos por el Tribunal, en plazo de cuarenta y ocho horas se señalará la fecha del acuerdo dejándose constancia y serán pasados a estudio simultáneo durante siete días corridos. Finalizado el estudio se considerará en el acuerdo y, acordada sentencia, será dictada en plazo de diez días. En caso de discordia, en el mismo acuerdo se sorteará la integración y, reunidos los votos necesarios, se dictará sentencia en el mismo plazo.</p> <p>Artículo 18º (Otros recursos) - Las resoluciones que resuelvan los incidentes serán apelables con efecto diferido en la forma prevista en el párrafo final de este artículo. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 y en el numeral 4)</p>	<p>autos por el Tribunal, en un plazo de 48 (cuarenta y ocho) horas se señalará la fecha del acuerdo dejándose constancia y serán pasados a estudio simultáneo durante 7 (siete) días corridos. Finalizado el estudio se considerará en el acuerdo y, acordada sentencia, será dictada en un plazo de 10 (diez) días. En caso de discordia, en el mismo acuerdo se sorteará la integración y, reunidos los votos necesarios, se dictará sentencia en el mismo plazo”.</p> <p>Artículo 7º - Sustitúyense los artículos 18, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley Nº 18.572, de 13 de setiembre de 2009, por los siguientes:</p> <p>“ARTÍCULO 18 (Recursos) - En el proceso ordinario sólo se admitirán los siguientes recursos: aclaración, ampliación, reposición, apelación, queja por denegación de apelación, revisión y casación. Los recursos de aclaración,</p>
---	--

del artículo 14 de la presente ley, contra todas las demás providencias que se dicten durante el proceso no se admitirá otro recurso que el de reposición. Este recurso deberá interponerse en audiencia si la resolución se dicta en la misma, o dentro de los tres días si la resolución se dictara fuera de audiencia.

El recurso de reposición interpuesto contra la sentencia interlocutoria dictada fuera de la audiencia se sustanciará con un traslado de tres días.

ampliación y reposición proceden contra todas las resoluciones dictadas en el curso del proceso. Contra las resoluciones dictadas en audiencia, estos recursos se interpondrán verbalmente, se oírán a la contraparte en el mismo acto antes de decidir y se resolverán en la misma en forma inmediata. Contra las resoluciones dictadas fuera de audiencia, estos recursos se interpondrán por escrito dentro del plazo de 3 (tres) días. Del recurso de reposición se dará traslado a la contraparte por el mismo plazo. Evacuado el traslado o vencido el término para ello, el Tribunal deberá dictar resolución dentro del plazo de 3 (tres) días. Del mismo plazo dispondrá el Tribunal para resolver los recursos de aclaración y ampliación.

Los recursos de aclaración, ampliación, apelación y revisión proceden contra la sentencia definitiva y contra la sentencia interlocutoria que ponga fin al proceso. Los recursos de aclaración y ampliación serán interpuestos en la forma prevista en el inciso anterior. El recurso de apelación procede contra la sentencia definitiva y

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO V PROCESO DE MENOR CUANTÍA</p> <p>Artículo 19º (Ámbito de aplicación) - Los asuntos cuyo monto total no supere la suma de \$ 81.000 (pesos uruguayos ochenta y un mil), que será actualizada anualmente por la Suprema</p>	<p>contra la interlocutoria que pongan fin al proceso. Este recurso será interpuesto, sustanciado y resuelto en la forma prevista en el artículo 17 de la presente ley. El recurso de queja por denegación de apelación se interpondrá dentro del plazo de 5 (cinco) días, con un traslado a la contraparte por el mismo plazo y será resuelto en la forma prevista en el artículo anterior.</p> <p>El recurso de casación se registrá por el artículo 268 y siguientes del Código General del Proceso, con excepción del plazo para interponerlo, que será de 10 (diez) días contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia definitiva. El traslado será por igual término, y la sentencia definitiva deberá pronunciarse y notificarse en un plazo máximo de 90 (noventa) días”.</p>
--	---

Corte de Justicia, se sustanciarán en instancia única, por el procedimiento establecido en los artículos siguientes.

Artículo 20º (Demanda) - La demanda se deducirá por escrito en la forma prevista en el artículo 8º de esta ley.

Artículo 21º (Traslado de la demanda y convocatoria a audiencia única) - Interpuesta la demanda y dentro de las cuarenta y ocho horas de recibida, el Tribunal proveerá:

- 1) Ordenando el traslado y emplazamiento del demandado, previniéndolo que deberá concurrir a la audiencia única munido de toda la prueba que pretenda ofrecer.
- 2) Convocando a las partes a la audiencia única en un plazo no mayor a los diez días contados a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

Examinando los medios probatorios ofrecidos por el actor ordenará el diligenciamiento de los que corresponda, instrumentando todos los mecanismos necesarios para que ello se agote en la audiencia única.

“ARTÍCULO 21 (Traslado, contestación de la demanda y convocatoria a audiencia única) - Interpuesta la demanda en forma el Tribunal decretará el traslado y emplazamiento al demandado. El demandado contestará por escrito en la forma prevista por el artículo 9º de esta ley dentro del término de 10 (diez) días, debiendo oponer al mismo tiempo, si las tuviere, todas las excepciones referidas en el artículo 133 del Código General del Proceso. Será aplicable lo previsto por el artículo 10 de la presente ley. Contestada la demanda o vencido el plazo, el Tribunal fijará el objeto del proceso y de la prueba, se pronunciará sobre los medios probatorios y ordenará el diligenciamiento de los que corresponda, instrumentando todo

<p>Artículo 22^o (Audiencia única) - Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo que a juicio del Tribunal exista motivo justificado que habilite la comparecencia por representante. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia determinará el archivo de los autos. En caso de inasistencia no justificada del demandado, el Tribunal dictará sentencia de inmediato, teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en la demanda. En la audiencia se cumplirán las siguientes actividades:</p> <p>1) El demandado contestará la demanda y podrá oponer excepciones. En ningún caso</p>	<p>lo que sea necesario para agotar su producción en la audiencia única, que la convocará en un plazo no mayor a 10 (diez) días. En caso de allanamiento total a la pretensión o cuando no se hubiera contestado la demanda en tiempo, y sin necesidad de diligenciar otra prueba, el Tribunal fijará fecha para el dictado de la sentencia definitiva”.</p> <p>“ARTÍCULO 22 (Audiencia única) - En la audiencia única que será presidida por el Tribunal bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional se cumplirán las siguientes actividades:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las partes ratificarán, en su caso, el contenido de la demanda y de la contestación, y podrán aclarar sus extremos, por iniciativa propia o sujetas a la decisión del Tribunal si resultaren oscuros o imprecisos. 2. De las excepciones se dará traslado al actor quien deberá contestarlas en audiencia y todas serán resueltas en la sentencia definitiva. 3. El Tribunal tentará la conciliación y fijará definitivamente el objeto del proceso y de la prueba
---	---

<p>podrá reconvenir o solicitar el emplazamiento de terceros.</p> <p>2) De las excepciones se dará traslado al actor quien deberá contestar en la audiencia y todas serán resueltas en la sentencia definitiva.</p> <p>3) El Tribunal tentará la conciliación y, en caso de no prosperar, fijará el objeto del proceso y de la prueba y acorde con ello la recibirá.</p> <p>4) Oirá los alegatos de ambas partes y dictará sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de seis días, a cuyos efectos fijará fecha sin necesidad de realizar otra convocatoria.</p>	<p>y, acorde con ello, realizará el diligenciamiento de toda la prueba pendiente que estime necesaria.</p> <p>4. Se oirán los alegatos de ambas partes y el Tribunal dictará sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de 6 (seis) días y fuera de audiencia a cuyos efectos fijará la fecha y la hora.</p> <p>5. La audiencia no se suspenderá por la ausencia de una de las partes. El Juez producirá la prueba ofrecida y dictará sentencia. En caso de inasistencia de ambas partes a la audiencia, el Tribunal archivará las actuaciones sin más trámite.</p> <p>6. Los incidentes promovidos fuera de audiencia se sustanciarán con un traslado a la contraparte por 3 (tres) días. Los incidentes promovidos en la audiencia única se sustanciarán y resolverán en la misma. En ambos casos tanto la demanda como la contestación ofrecerán la prueba bajo las mismas reglas que para el proceso principal. Si fuera necesario, la prueba se terminará de producir en la audiencia que se celebrará en un plazo no mayor a 3 (tres) días en la que, además, se oirá brevemente a las partes y se dictará sentencia,</p>
---	---

<p>Artículo 23º (Recursos) - Las resoluciones dictadas en el curso del proceso sólo admitirán el recurso de reposición.</p>	<p>salvo que por su complejidad y por resolución fundada el Tribunal resuelva diferirla por un plazo máximo de 3 (tres) días a cuyos efectos y sin convocatoria de nueva audiencia, fijará día y hora.</p> <p>7. La audiencia única solamente podrá prorrogarse cuando exista prueba pendiente de diligenciamiento que no haya podido ser incorporada pese a la diligencia del Tribunal y de las partes. Si la falta de incorporación fuere imputable al Tribunal, generará su responsabilidad y si fuera imputable a una parte determinará que se prescinda del medio probatorio propuesto por la parte omisa, salvo que la contraparte lo solicitare o el Tribunal en uso de las facultades previstas por el artículo 1º, inciso segundo de esta ley y por resolución fundada dispusiere igualmente su diligenciamiento. En ningún caso la audiencia podrá prorrogarse por más de 6 (seis) días”.</p> <p>“ARTÍCULO 23 (Recursos) - Las resoluciones dictadas en el curso del proceso de menor cuantía admitirán recursos de reposición,</p>
---	---

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VI DISPOSICIONES GENERALES</p> <p>Artículo 24º (Representación judicial) - Con la sola presentación de la demanda el letrado firmante quedará investido de la representación judicial del trabajador con las más amplias facultades de disposición, salvo la cesión de créditos. En todo momento podrá dejar sin efecto o sustituir esta representación judicial.</p> <p>Artículo 25º (Notificaciones)- Con excepción del auto que ordena el traslado de la demanda, emplazamiento y la convocatoria</p>	<p>aclaración y ampliación. Los recursos interpuestos contra las providencias dictadas en audiencia, se tramitarán a petición verbal de cualquiera de las partes, oyendo a la contraria y resolviéndose en la misma. Las providencias dictadas fuera de audiencia se impugnarán, sustanciarán y resolverán en un plazo de 3 (tres) días.</p> <p>La sentencia que pone fin al proceso será susceptible de los recursos de aclaración y ampliación que se interpondrán, sustanciarán y resolverán en los mismos plazos”.</p> <p>“ARTÍCULO 25 (Notificaciones) - Salvo que ya se hubiera constituido domicilio electrónico en autos, el traslado de la demanda y</p>
--	---

a la audiencia única, que será notificado personalmente en el domicilio del demandado, todas las demás providencias se notificarán en la oficina, en los términos del primer párrafo del artículo 86 del Código General del Proceso.

Artículo 26º (Plazos) - Todos los plazos previstos en la presente ley son perentorios e improrrogables.

emplazamiento se notificará en el domicilio del demandado.

Todas las demás providencias se notificarán electrónicamente (Ley Nº 18.237, de 26 de diciembre de 2007), salvo en aquellos lugares donde no se haya implementado la comunicación electrónica, en cuyo caso, la notificación se hará ficta en la oficina, excepto los casos en que el Tribunal disponga que se practique en el domicilio constituido en autos”.

“ARTÍCULO 26 (Plazos) -

Todos los plazos previstos en la presente ley son perentorios e improrrogables.

Salvo disposición en contrario, todos los plazos para la actuación del Tribunal serán de 48 (cuarenta y ocho) horas.

Todos los plazos comenzarán a correr el primer día hábil siguiente a su notificación, salvo que sean comunes, en cuyo caso se contarán desde el primer día hábil siguiente a la última notificación.

Los plazos que se cuentan por días sólo se suspenderán en las ferias judiciales y en la semana de turismo.

<p>Artículo 27º (Ejecución de sentencia) - La ejecución de sentencia se llevará a cabo en los Juzgados especializados que hayan conocido en el proceso de conocimiento. En caso de concurso, se estará a lo dispuesto por la Ley N° 18.387, de 23 de octubre de 2008.</p> <p>Artículo 28º (Gratuidad) - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la presente ley, todas las actuaciones administrativas y judiciales serán gratuitas para la parte</p>	<p>Los plazos de hasta 15 (quince) días sólo computarán los días hábiles y los mayores a 15 (quince) días se contarán por días corridos.</p> <p>Los plazos que finalicen en día inhábil se entenderán prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.</p> <p>Son horas y días hábiles las indicadas por el artículo 96 del Código General del Proceso.</p> <p>El incumplimiento de los plazos previstos para el Tribunal, deberá ser expuesto y comunicado a la Suprema Corte de Justicia, quedando aquel sometido a eventual responsabilidad por la dilación si no se la considerase justificada”.</p> <p>Artículo 8º - Modifícase el artículo 28 de la Ley N° 18.572, de 13 de setiembre de 2009, el que quedará redactado de la siguiente manera: “ARTÍCULO 28 (Gratuidad) - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la presente ley, todas las actuaciones administrativas y judiciales serán gratuitas para</p>
--	--

<p>actora, incluidos impuestos y tasas registrales y catastrales, expedición de testimonios o certificados de partidas y sus legalizaciones.</p> <p>Artículo 29º (Multa) - La omisión de pago de los créditos laborales generará automáticamente, desde su exigibilidad, un recargo del 10% (diez por ciento) sobre el monto del crédito adeudado.</p> <p>Artículo 30º (Interpretación) - Las normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el artículo 1º de la presente ley y a los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 72 y 332 de la Constitución de la República).</p> <p>Artículo 31º (Integración) - Todo lo que no esté previsto en la presente ley se regirá por lo dispuesto en las disposiciones especiales en materia laboral y en el Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto en los artículos 1º y 30 de esta ley y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo.</p>	<p>la parte trabajadora, incluidos impuestos y tasas registrales y catastrales, expedición de testimonios de partidas del Registro de Estado Civil, certificados y sus legalizaciones”.</p> <p>Artículo 9º (Aplicación de la ley en el tiempo) - Las modificaciones introducidas por la presente ley serán de aplicación inmediata, alcanzando a los asuntos en trámite. Exceptúanse los actos y plazos procesales que hayan tenido principio de ejecución.</p>
---	---

Artículo 32º (Disposición transitoria) - La presente ley se aplicará a las reclamaciones iniciadas a partir de su entrada en vigencia, aun cuando se hubiesen promovido procesos preliminares con anterioridad.

Artículo 10. (Proceso digital) - Dispónese la implantación del expediente electrónico en el ámbito de la jurisdicción laboral.

Artículo 11. (Proceso general de tutela de la actividad sindical)- Sustitúyese el procedimiento previsto en el artículo 2º, numeral 1) de la Ley Nº 17.940, de 2 de enero de 2006, por el proceso laboral ordinario previsto en la Ley Nº 18.572, de 13 de setiembre de 2009, con las modificaciones introducidas por la presente ley.

Artículo 12. (Proceso de infracción a la ley de igualdad de trato) - Sustitúyese el proceso previsto en el artículo 4º de la Ley Nº 16.045, de 2 de junio de 1989, por el proceso ordinario previsto en la Ley Nº 18.572, de 13 de setiembre de 2009, con las modificaciones introducidas por la presente ley.

(presentación comparativa realizada por el Sr. Juez Letrado Dr. José Pedro Rodríguez)

ESTARIA EM CURSO UM NOVO TIPO DE CORPORATIVISMO NO BRASIL?¹

Juarez Varallo Pont²

O presente artigo tem por objetivo analisar as formas de relação entre Estado e Sociedade no Brasil e, em particular, as relações entre o Estado e uma fração dessa sociedade: o empresariado industrial. Para tanto, o artigo analisa as várias modalidades de corporativismo descritas na literatura, a partir da concepção de que o corporativismo é a chave explicativa dessa relação. Como decorrência dessa escolha metodológica, pode-se afirmar que, a despeito das mudanças observadas na relação empresariado e Estado no Brasil, notadamente a partir do primeiro governo Lula, o tipo de corporativismo que preside essa relação está distante do velho corporativismo estatal, implantado por Vargas, ainda na década de 1930, quanto do corporativismo societário, descrito por Schmitter, e que norteou as relações entre sociedade e Estado na Europa Ocidental pós-Segunda Guerra Mundial. Por fim, o artigo propõe que as características peculiares dessa relação permitem pensar na ocorrência de um novo tipo de corporativismo no Brasil.

Palavras-chave: corporativismo, relação, Estado, empresariado, novo corporativismo.

A relação Estado e Sociedade no Brasil

O período que se inaugura com a República, embora rompendo com a antiga ordem, não implicou a centralização do poder político no

¹ Este artigo é uma versão modificada do Capítulo 5 de minha tese de Doutorado em Sociologia, defendida junto ao Departamento de Ciências Sociais (DECISO), da UFPR, em 28 de maio de 2012.

² Economista, Especialista em Economia do Trabalho e Sociologia Política (UFPR), Mestre e Doutor em Sociologia (UFPR), pesquisador do NUSP/UFPR.

governo federal, uma vez que esse estava diluído entre as oligarquias provinciais. Por sua vez, o poder político nas províncias era controlado por dois setores integrantes da classe dominante: o grande capital cafeeiro urbano (comercial e exportador) e a lavoura (fazendeiros do interior).

Em face desse domínio, era compreensível porque o Estado, mesmo não podendo ser classificado como antiindustrialista, estava longe de ser um incentivador da indústria. Contudo, como afirma Renato Perissinotto, “o Brasil da Primeira República não era apenas uma vasta fazenda permeada por monótonas relações sociais arcaicas. Era também o país de alguns centros urbanos que despontavam na economia nacional” (1994, p. 127).

Há que ser considerado, ainda, que nas transformações ocorridas durante a República Velha, a indústria não se constituiu em mera alternativa de investimentos aos lucros excedentes provenientes da economia agroexportadora, ou em apêndice do setor cafeeiro. Assim, se é possível afirmar que o avanço da industrialização no país esteve intimamente ligado à economia cafeeira, é também certo que a subordinação à dinâmica da economia agroexportadora não implicou na inexistência da burguesia industrial, ou que, existindo, não se fizesse presente na cena política ou na luta ideológica (PERISSINOTTO, 1994).

Todavia, a relação entre indústria e economia agroexportadora foi marcada, tanto pela unidade quanto pela contradição. Unidade, na medida em que a expansão da indústria dependia da expansão cafeeira; contradição, porquanto a economia cafeeira impunha limites ao pleno desenvolvimento da indústria, como observa Sonia Draibe (2004). Essa contradição e seus efeitos econômicos e políticos, assim como a formação de uma burguesia industrial, cada vez mais dissociada da economia agroexportadora, estão entre as principais razões que levaram a deflagração da Revolução de 1930.

A propósito da Revolução de 30, o governo que dela emergiu rompeu o sistema oligárquico provincial que perdurara desde a proclamação da República, vindo a produzir um Estado forte, cuja característica principal era a centralização de poder em torno do Presidente e da Presidência. Essa centralização certamente se coloca como uma das questões que melhor

expressa a relação entre Estado e sociedade brasileira no pós-1930. Em relação ao primeiro, a literatura considera que a centralização estaria relacionada ao fenômeno da personalização do poder, em particular durante o período ditatorial de 1937-1945. Em relação à segunda, a centralização seria consequência da autonomização do Estado durante o período de transição capitalista inaugurado em 1930.

A centralização decisória no topo do Executivo Federal, para pensar como Adriano Codato,³ não re presentou apenas a marginalização das oligarquias regionais; determinou a perda de poder político dos estados mais importantes (São Paulo, em particular). Ela representou também a força do núcleo estatal na ocupação de um espaço político que se abria pela ausência de hegemonia dos diversos grupos dominantes, a burguesia em especial, “como agente de mudança e equilíbrio entre as diversas forças sociais em confronto, delineando-se as condições para a emergência de um sistema político autoritário e fechado” (DINIZ, 1978, p. 20).

A constituição desse sistema autoritário e fechado pode ser analisada sob dois aspectos: o primeiro, mais amplo, diz respeito ao processo de construção da autoridade do Estado sobre a sociedade; o segundo, diretamente relacionado ao tema em estudo, permite pensar que esse sistema tornou-se a precondição para a mudança no modelo de desenvolvimento econômico do país ocorrido na primeira metade do século XX. Dito em outros termos, o papel preponderante do Estado brasileiro na constituição de um novo modelo de crescimento econômico e de um processo mais amplo de modernização pode ser visto como contrapartida de seu autoritarismo e da referida crise de hegemonia.

Esse autoritarismo, que expressou a forma do Estado se relacionar com a sociedade, se fez presente enquanto regime político na maior parte do período de 1930 a 1985. Ao longo de 34 anos o País esteve submetido

³ Para apreender a gênese e o desenvolvimento da capacidade estatal a partir de variáveis políticas, tomando por base a centralização decisória no Executivo Federal, notadamente após 1937, ver Adriano N. Codato, *Quando o Brasil era moderno: o Estado antes da crise do Estado*. In: Dois Pontos, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, pp.143-168, outubro, 2008.

a algum tipo de regime de exceção, a saber: Governo Provisório (1930-1934); Estado Novo (1937-1945); Regime Militar (1964-1985).

Durante os últimos anos do regime militar, e a despeito das prerrogativas que concentrava, do poder de decisão que acumulava e dos recursos políticos e econômicos que controlava, o Estado foi revelando uma fragilidade crescente, incapaz de fazer valer suas decisões e impor o acatamento aos seus ordenamentos legais. O resultado dessa ambígua situação, na qual conviviam concentração de poder e baixa capacidade de implementação, foi a rarefação do poder público, a falência do Estado no que diz respeito a sua capacidade de ação e de implementação de políticas, em que pese o alto grau de voluntarismo e o poder discricionário da cúpula estatal.

Assim, pensando como Eli Diniz (1996), o hiato entre uma institucionalidade estatal rígida, dotada de fraco potencial de incorporação política, e uma estrutura social cada vez mais complexa e diferenciada, aprofundou as tensões ligadas ao processo de modernização, de tal modo que no tocante ao empresariado, instaurou-se um sistema multifacetado de representação de interesses, extravasando o arcabouço institucional vigente, implodindo o antigo padrão corporativo do Estado sobre a sociedade.

A construção do corporativismo estatal no Brasil

Antes de aprofundar a análise acerca da construção do corporativismo estatal no Brasil, é necessário conceituar corporativismo. Para tanto, recorrendo a Norberto Bobbio (... et. al., 2004), é possível entender corporativismo como uma doutrina, que propugna pela organização da coletividade baseada na associação representativa de interesses. Propõe, graças à solidariedade orgânica dos interesses concretos e às fórmulas de colaboração que daí podem derivar, a remoção ou neutralização dos elementos de conflito: a concorrência, no plano econômico; a luta de classes; no plano social; as diferenças ideológicas, no plano político.

A exemplo de outras experiências corporativas, o regime implantado no Brasil por Vargas, após a Revolução de 1930, tinha entre seus objetivos suprimir a luta de classes, a partir de um Estado centralizador, autoritário e detentor de amplas prerrogativas. O modelo varguista monístico pretendia reduzir à unidade todo complexo produtivo. Também, almejava subordinar o bem-estar das categorias e seus próprios interesses concretos ao objetivo geral do desenvolvimento econômico. Essas características permitem afirmar que o corporativismo implantado no Brasil, continha fortes elementos da concepção original do corporativismo nacionalista (e fascista) idealizado por Alfredo Rocco, e implantado por Mussolini na Itália. Essa tentativa de, coercitivamente, conceder ao Estado o poder exclusivo de arbitrar conflitos, claramente presente no projeto varguista, fez com que o corporativismo fosse identificado com o autoritarismo e com privilégios para grupos específicos. Tal constatação permite concluir que, na construção do corporativismo estatal no Brasil, o autoritarismo foi a contrapartida ao papel preponderante que o Estado exerceu na constituição de um novo modelo de crescimento econômico e de um processo mais amplo de modernização.

Foi esse corporativismo estatal, onde ressalta o papel central do Estado, enquanto agente controlador das organizações de interesse, em particular aquelas vinculadas ao capital e ao trabalho, que presidiu suas relações com a sociedade, desde a década de 1930 até o final da década de 1980. Não obstante suas características autoritárias e concentradoras, foi conveniente para gestão da economia e benéfico para a indústria, em particular, na medida em que o protecionismo econômico implícito nessa relação permitiu sua sobrevivência, a despeito do seu atraso tecnológico e dos preços elevados que praticava em relação à concorrência externa.

De outra forma, se o corporativismo estatal foi importante para a gestão da economia, apresentou várias imperfeições, das quais a ausência da representação de trabalhadores no modelo implantado pelo Estado, foi a que determinou maior prejuízo social. Essa talvez foi a razão pela qual nem mesmo a instauração de uma Assembleia Constituinte tenha sido capaz de abrir espaço para a implantação de uma democracia representativa clássica.

Com isso não se está afirmando que o corporativismo pode ser considerado uma alternativa à democracia representativa e, tampouco, tem sentido elevar uma crítica corporativista da democracia representativa a um nível teórico abstrato, como se o corporativismo fosse um sistema melhor de representação, recorrendo ao alerta feito por Paul Hirst (1992).

Entretanto, dispositivos corporativos não precisam ser necessariamente autoritários. Ao contrário, podem ser um meio eficaz de gestão relativamente não-coercitiva da economia, desde que nas negociações esteja assegurada a participação da indústria, do trabalho e do Estado nos níveis nacionais, regional e local. Agindo dessa forma, esses mesmos dispositivos corporativos podem assegurar uma forma de representação dos interesses sociais organizados que faz crescer a democracia, no sentido de permitir maior influência popular.

É preciso ressaltar, todavia, que essas considerações de ordem teórica se aplicam a democracias representativas consolidadas, que conseguiram implantar o Estado de Bem-Estar Social e, por esta razão, o corporativismo é visto sob outra perspectiva. Entretanto, em países onde a sociedade, em suas diversas ramificações, é tradicionalmente fraca, e as instituições públicas são detentoras de um poder de implementação muito alto, como no Brasil, é possível entender porque as articulações que se originam da sociedade em direção ao Estado sejam mais raras, quando não inexistentes. Em contrapartida, as articulações do Estado em direção à sociedade refletem exatamente as prerrogativas que concentra, o poder de decisão que acumula e os recursos políticos e econômicos que controla.

Diferentemente do que ocorreu nas democracias europeias, onde na década de 1980, a democracia representativa não apenas deixou de ser contestada, mas estimulada pelos mesmos movimentos que antes pediam sua extinção, primeiramente em favor de regimes fascistas e stalinistas e, mais tarde, em favor de uma democracia participativa e direta, o Brasil, ao final daquela década, ainda lutava para consolidar a democracia recém reconquistada, ao mesmo tempo em que tinha que se haver com a construção de uma agenda que permitisse sua inserção num mundo cada vez mais globalizado.

De toda forma, no final dos anos 80 o empresariado, enquanto ator coletivo evoluiu para um padrão mais fragmentado e diversificado de representação. A proliferação de entidades, o enfraquecimento do sistema dual de representação, a criação de novas organizações empresariais, com destaque para os “think tanks”, significou o aguçamento desse processo de diferenciação. O maior pluralismo da estrutura de representação empresarial, ao lado da inexistência de uma entidade de cúpula de caráter abrangente - a CNI (Confederação Nacional da Indústria), embora reformulada não conseguiu desempenhar este papel -, capaz de contrabalançar os efeitos centrífugos das clivagens setoriais, não permitiu evoluir no sentido de formas mais unitárias de atuação. Contudo, o aumento da competição entre antigas e novas organizações, a renovação de lideranças e o confronto entre distintos estilos de ação têm agido no sentido de imprimir maior maleabilidade e flexibilidade ao conjunto da estrutura.

Por outro lado, embora a democratização no Brasil não tenha levado à ruptura com o antigo padrão de articulação Estado-sociedade, algumas mudanças foram observadas. De maneira mais ampla, a coexistência entre distintos formatos organizacionais e estilos de atuação, levou a instauração de um sistema híbrido e multipolar de representação de interesses. No que respeita às relações capital-trabalho, a ruptura da rigidez da estrutura legada pelo antigo modelo de industrialização tributária do Estado, permitiu novas configurações no sentido de maior abertura e intercâmbio com atores externos.

Isso explica, em grande parte, porque ao lado de formatos corporativos, clientelistas, pluralistas e, mesmo, particularistas, predatórios e universalistas de interação entre atores, esse sistema multifacetado de representação de interesses, passou a expressar um profundo processo de reordenamento social, que ainda não esgotou suas potencialidades, embora já permita esboçar algumas tendências. Entre estas, resta evidenciado que o modelo estatista concentrador, vigente até meados de 1980, tornou-se incompatível com uma sociedade diversificada, política e culturalmente, como a brasileira, ao mesmo tempo em que um padrão mais desconcentrado e flexível de ação estatal, tornava-se desejável (DINIZ, 1996).

O regime militar, que expressava um Estado que se revelou simultaneamente autoritário e fragilizado, e cujo último governo, em 1985, saiu pela “porta dos fundos” da história, deixou um legado, no mínimo, contraditório. Por um lado, a perspectiva desenvolvimentista levou o País a um processo de acelerada modernização econômica, que o colocou na condição de oitava economia mundial. “Em contraste, foi alto o custo social e político do desempenho favorável na esfera econômica. Quanto à dimensão social, o agravamento da concentração de renda e dos níveis de pobreza legou à Nova República uma pesada dívida social. No tocante aos problemas de ordem política, a deterioração das instituições estatais constituiu uma séria restrição aos governos civis que sucessivamente assumiram a direção do País” (DINIZ, 1996, p. 74).

Portanto, a modernidade que transformou economia, não teve o mesmo ímpeto nas relações sociais. A presença massiva do Estado na vida da Nação faz com que o mesmo permaneça não apenas como principal indutor do processo econômico, mas também, e principalmente, como o *locus* onde são administrados os interesses maiores desse mesmo empresariado industrial. Em decorrência, manteve-se a tendência histórica de dissociação entre a ordem corporativa de representação de interesses e o sistema político-partidário. Dito de outra forma, “permaneceu a fluidez das relações entre grupos organizados e partidos políticos, assim como a carência de articulação entre as instituições que expressam interesses específicos, de grupos ocupacionais, e aquelas que agregam interesses de corte classista”.⁴

Persistiu a competição entre essas duas lógicas de ação coletiva, cujo resultado perverso foi a reiteração da fragilidade e da incapacidade do sistema político de agregar e universalizar demandas da sociedade, delineando alternativas sociais abrangentes. O resultado foi a constituição

⁴ Uma crítica das formas de articulação de interesses no quadro mais amplo das relações Estado e sociedade civil, é encontrada em *Representação de interesses e reestruturação produtiva: para onde vai o corporativismo?*, de Jorge Tápia e Angela Carneiro Araújo, 1994.

de dois sistemas de representação de interesses pouco articulados entre si. Nesse sentido, pode-se afirmar que houve uma considerável ampliação das formas organizativas da sociedade civil, sem que isso tenha significado um maior enraizamento dos partidos políticos, determinando que as relações entre interesses e partidos permanecessem fluídas.

Em conclusão, se é correto afirmar que a possibilidade de transição do corporativismo estatal para outras formas de organização societais no Brasil tem sido bloqueada, muitas vezes, pela ação dos próprios governos, por temor à perda do poder que concentram, não é menos verdadeiro que os partidos políticos mantem-se distanciados da sociedade, estabelecendo relações muito fluídas com as entidades de representação de interesses. Assim, nem mesmo o fortalecimento dos sindicatos, a sua maior autonomia e a prática da negociação coletiva desenvolvida ao longo de vários anos foi suficiente para essa transposição, uma vez que ela também depende de uma sólida representação de interesses que, no caso brasileiro, permaneceu fragmentada.

Corporativismo societal e neocorporativismo no Brasil

O conceito de corporativismo societal, em oposição ao conceito de corporativismo estatal (abordado no item anterior), caracteriza processos de articulação e intermediação de interesses que emergem autonomamente da sociedade em direção ao Estado, com a preservação da autonomia relativa dos atores envolvidos. Schmitter (1979), formulador da distinção entre os dois tipos de corporativismo, identifica o primeiro como uma estrutura de intermediação de interesses característica dos Estados de Bem-Estar Social, democráticos e pós-liberais.

O conceito de “neocorporativismo”, de outra parte, expressa um modo particular de articulação entre o Estado e grupos de interesse, combinando dois aspectos centrais: a intermediação de interesses e uma modalidade específica de formulação/gestão de políticas públicas. Lehbruch (1988) apresenta um conceito pluridimensional de neocorporativismo, integrando

três desenvolvimentos inter-relacionados: a expansão de organizações de interesse centralizadas que detém o monopólio de representação; o reforço das relações entre o Estado e essas organizações; e a consolidação de negociações tripartites envolvendo organizações sindicais e empresariais, em coordenação com as políticas governamentais.

Os conceitos de corporativismo societal e de neocorporativismo, acima descritos, se prestam para demonstrar que a visão difundida de que a relação empresariado/Estado no Brasil, a partir dos primeiros anos da década de 2000, teria evoluído para um modelo semelhante ao neocorporativismo europeu, marca dos países socialdemocratas, estava equivocada. Na verdade, tratam-se de realidades muito distintas.

Primeiramente porque no caso do Brasil, implantou-se, como anteriormente observado, o corporativismo de Estado, através de um sistema imposto pelo alto, que tinha por objetivo incorporar os grupos estratégicos que emergiram com o processo de industrialização: o empresário e o proletariado industriais. O setor rural, como sabido, ficou fora desse arranjo.

Um segundo ponto que distingue a situação local do exemplo europeu, é que a implantação do corporativismo no Brasil se deu num contexto de fechamento crescente do sistema político, consolidando-se sob regimes autoritários, o que veio validar as teses que o vinculam ao corporativismo fascista italiano, como já referido anteriormente.

Em contraste, no caso europeu, o corporativismo surgiu como resultado de uma evolução espontânea das relações entre os principais setores econômicos, refletindo uma longa tradição de negociação entre associações empresariais e sindicatos operários, com o respaldo de sólidas instituições estatais e partidárias (SCHMITTER, 1979).

Ademais, na Europa, o corporativismo não só foi fruto de uma evolução espontânea, como se deu sob regimes pluralistas e democráticos plenamente consolidados. Essa diferença tem importantes consequências não apenas para a definição das identidades coletivas dos atores, como também para a consagração de estilos de gestão pública abertos ao jogo democrático (DINIZ, 1996).

Um terceiro ponto a considerar é que, no Brasil, a estrutura corporativa, ao lado das associações paralelas, transformou-se na via exclusiva de incorporação política dos setores empresariais, dada a debilidade dos partidos. A identidade política desses atores dar-se-ia fora das arenas partidárias e parlamentar, fato que somente nos últimos anos vem sendo lentamente revertido, não se constituindo, ainda, em uma ação política eficaz.

No caso europeu, a gênese e a consolidação das organizações de representação dos interesses das classes empresariais evoluíram em estreita conexão com os partidos políticos; as associações empresariais com os partidos conservadores, os sindicatos operários com os partidos socialdemocratas e socialistas.

Para além dos três pontos que marcam a diferença entre a estrutura corporativa brasileira e europeia, é preciso ter em conta que, para alguns autores, o corporativismo não precisa ser, necessariamente, autoritário e promotor de privilégios, como ocorreu no Brasil. Paul Hirst (1992), discorrendo acerca dos limites da democracia representativa na Europa, considera que um Estado plenamente pluralista e uma sociedade aberta a projetos associativistas podem ser objetivos de longo prazo para o socialismo democrático. A mais curto prazo, entretanto, uma forma colaboracionista de gestão da economia fornece base tanto para o enfraquecimento do poder do Estado centralizado, quanto para a redução do domínio dos grandes partidos - europeus, no caso em tela. Somente assim seria possível sair de uma democracia representativa cujo papel é cada vez mais plebiscitário e legitimatório do poder governamental estabelecido - como ocorre no Brasil de hoje.

A experiência de gerir a economia pela negociação e o acordo dos interesses organizados alcançados nos Estados e regiões mais progressistas da Europa mostra a possibilidade de se fortalecer o pluralismo. Mostra que a economia, que é a função central da política moderna, pode ser governada sem um grau elevado de coerção. Mostra, através de pactos sociais e da negociação

corporativa organizada, a possibilidade de conquistar um maior equilíbrio entre o Estado e a sociedade civil (HIRST, 1992, p. 16).

Com base nas considerações acima, e segundo a literatura especializada, o Brasil poderia, no limite, como propõe Eli Diniz, ser classificado como um caso de *fraco corporativismo setorial*, uma vez que a presença de uma representação corporativa de interesses no interior do aparelho de Estado esteve (e está) voltada à preservação de aspectos específicos da política econômica, em particular o protecionismo, a reserva de mercado e a alocação de incentivos e subsídios, ademais de estar restrita a certos estágios do processo decisório, principalmente relacionados à consulta e à implementação. De toda forma, em boa parte dos casos, o empresariado revelou-se capaz de exercer alguma influência na fase de execução das medidas, exercitando seu poder de veto ou, ainda, negociando mudanças que viessem atenuar os impactos das medidas desfavoráveis aos seus interesses. A negociação, nesses termos, tenderia a se deslocar para a fase de implementação e para aspectos específicos da política econômica.

Essa característica do capitalismo industrial brasileiro contrasta com o processo de formação de identidade coletiva das sociedades de capitalismo avançado, nas quais o setor empresarial definiu sua identidade via partidos políticos, defrontando-se com um setor operário aguerrido, autônomo, que se desenvolveu num contexto de afirmação das instituições e procedimentos democráticos. Para o empresariado brasileiro, esse estilo de incorporação via estruturas estatais teve ganhos e custos. Do ponto de vista dos ganhos, o empresariado obteve acesso a arenas estratégicas, principalmente para a defesa de certos interesses setoriais, ligados à proteção tarifária, às políticas de incentivos e subsídios, de fomento à industrialização, além de contar com a ação estatal no controle e subordinação dos movimentos operários. Por outro lado, esse arranjo teve como maior custo a perda da oportunidade de consolidar um sistema autônomo de representação de interesses, na medida em que a tutela do Estado foi desde logo consagrada nesse modelo.

Nesse modelo relacional estabelecido entre empresariado e Estado, os industriais ainda utilizariam uma série de procedimentos informais, como contatos pessoais, montagem de uma rede clientelista envolvendo segmentos do aparelho de Estado e representantes do setor privado. Essa complexa rede de conexões articulando os setores públicos e privados, que Fernando H. Cardoso (1966) viria denominar de “anéis burocráticos”, teve como característica central a setorização das demandas empresariais e a segmentação do aparelho estatal.

Sabe-se que a construção do capitalismo industrial no Brasil teve como pano de fundo uma engenharia político-institucional que aglutinou os interesses em categorias hierarquizadas e não competitivas, a partir da articulação direta entre os setores empresariais e agentes burocráticos, sem a mediação partidária. A exclusão da representação dos trabalhadores e a inoperância dos partidos como instrumento de intermediação política, associadas ao monopólio exercido pelo Executivo na produção de políticas públicas e a concentração do processo decisório no aparato burocrático, garantiriam a não-ingêrência de atores e interesses externos.

Ademais, a setorização de interesses e a inexistência de organizações de cúpula de alto teor de abrangência e de grande capacidade agregativa inviabilizaram, no caso brasileiro, o chamado neocorporativismo, capaz de operar no plano macropolítico, em arenas transectoriais, produzindo acordos de grande envergadura e cobrindo um amplo espectro de políticas (DINIZ, 1996, p. 72).

A conclusão que se pode chegar é que o Brasil não se implantou nem a experiência do corporativismo societal e, tampouco, a do neocorporativismo, por dois motivos.

Primeiramente, porque o funcionamento das Câmaras Setoriais, cujo caráter inovador parecia levar o País a práticas concertacionistas, características do neocorporativismo europeu, restou inviabilizada pelos

interesses contrariados com esse modelo. Com sua inviabilização perdeu-se um importante instrumento de política industrial, representando uma experiência de *economic governance*. Trata-se de uma nova forma de abordar a questão da eficácia da ação estatal. Tal como definido por uma importante corrente da literatura, *governance* significa a capacidade de o governo resolver aspectos da pauta de problemas do país através da formulação e da implementação de políticas; em outros termos, tomar e executar decisões, garantindo sua continuidade no tempo e seu efetivo acatamento pelos segmentos afetados. Nesse sentido, governança econômica implica levar em conta não só a capacidade de o Estado tomar decisões com presteza, mas também sua habilidade em criar coalizões de sustentação para as suas políticas, gerando adesões e condições para práticas cooperativas (LEHMBRUCH, 1988; SCHMITTER, STREECK, 1994; LOCKE, 1995).

Em segundo lugar, pela ausência de dois elementos essenciais que se fazem presentes tanto no corporativismo societal quanto no neocorporativismo: a) o reforço mútuo entre partidos e organizações de representação de interesses; b) a presença de representações sindicais de trabalhadores, permitindo a ocorrência de negociações tripartites.

Estaria em formação um “novo” corporativismo no Brasil?

A resposta à indagação contida no título acima, em parte está contida no item anterior, quando ficou demonstrado que nem o corporativismo societal e tampouco o neocorporativismo se implantaram no Brasil. Se essas experiências não vingaram, que forma de corporativismo se fez presente na relação Estado/sociedade, ou, mais especificamente, na relação Estado/empresariado industrial no período 1990-2010?

Para Armando Boito Jr. (2002), em que pese o capitalismo brasileiro ter sofrido importantes transformações sob a política neoliberal, o neoliberalismo não teria provocado nenhuma transformação importante na estrutura sindical corporativa de Estado, herdada do período varguista.

No “modelo” brasileiro, os trabalhadores sempre foram excluídos como parceiros dos acordos corporativos em torno das políticas econômicas mais relevantes. A participação dos trabalhadores, sob forte controle do Ministério do Trabalho, ficou circunscrita às políticas trabalhista e previdenciária. De tal modo que as mudanças havidas no cenário nacional pós-1990, não afetaram a organização institucional do sindicalismo brasileiro que “continua baseada no sindicato reconhecido pelo Estado, na unicidade sindical, na fragmentação dos trabalhadores em sindicatos de categoria e de base municipal, nas taxas sindicais obrigatórias impostas a todos os trabalhadores do mercado formal, inclusive os não-sindicalizados, e na tutela da Justiça do Trabalho sobre a ação reivindicativa dos sindicatos” (BOITO JR., 2002, p. 60).

Na história do Brasil por diversas vezes a estrutura sindical corporativa esteve em risco, notadamente durante o regime militar de 1964-1985, quando muitos estudiosos, equivocadamente, vaticinavam que ela entraria em crise. Bastou, todavia, uma reforma desta estrutura para que ela sobrevivesse. A política de afrouxamento do controle do governo sobre os sindicatos, iniciada na gestão de Almir Pazzianotto no Ministério do Trabalho e consagrada pela Constituição de 1998, aplacou a crítica que as lideranças mais combativas endereçavam à estrutura sindical. Portanto, a chegada ao poder da frente neoliberal, em 1990, não representou uma ruptura no regime político, de tal modo que a estrutura sindical continuou em pé, revelando, uma vez mais, sua força e sua capacidade de adaptação.⁵

Limitando a análise às organizações sindicais de trabalhadores que, ao longo da década de 1990, ainda tiveram que se defrontar com um aumento inaudito do desemprego, as interpretações de Boito são elucidativas e suficientes. Contudo, como o objetivo deste trabalho é análise das relações do Estado com as entidades de representação do empresariado industrial, se faz necessário um maior aprofundamento.

⁵ Para um aprofundamento deste tema, ver Armando Boito Jr., *Reforma e persistência da estrutura sindical*. In: BOITO JR., Armando (org.). *O sindicalismo brasileiro nos anos 80*. São Paulo, Paz e Terra, 1991.

Inicialmente, a chegada do neoliberalismo, notadamente a partir de 1990, ao mesmo tempo em que acarretou prejuízos aos interesses dos trabalhadores, passou a atender às demandas da maioria do empresariado nacional, que via o Estado como um entrave ao desenvolvimento e à inserção do país num mundo que se tornava cada vez mais globalizado. Nesse sentido, abertura comercial, privatização da produção de mercadorias e de serviços, desregulamentação do mercado de trabalho e redução dos gastos sociais do Estado, surgiam como ideias e valores que, de um lado apresentavam o mercado como a forma mais eficaz para a alocação dos recursos disponíveis e para o desenvolvimento intelectual e moral do cidadão e, de outro lado, estigmatizavam a intervenção estatal na economia como geradora de desperdícios e de dependência do cidadão diante da burocracia do Estado. Em outros termos, o mercado passava a ser o lugar da eficiência e da liberdade individual, enquanto o Estado era o lugar da ineficiência e do privilégio.

No entanto, é importante ter presente o caráter ideológico desse discurso. O neoliberalismo não acabou com a intervenção do Estado na economia, não implantou a concorrência nem a soberania do consumidor.

A intervenção do Estado na administração do câmbio e dos juros e o financiamento com recursos públicos, via BNDES, para os programas de privatização veio a desmentir a primeira premissa. A concorrência, que iria aumentar a produtividade e a eficiência das empresas, não ocorreu; ao contrário, estabeleceram-se novos monopólios e oligopólios, cujo controle, em sua maior parte, está fora dos limites do País. A prometida soberania do consumidor igualmente ficou apenas no campo das intenções, haja vista a ação das Agências Reguladoras, que mais se preocupam em defender os interesses das empresas reguladas do que os da sociedade, sua finalidade institucional.

“É falso, portanto, afirmar, como têm feito muitos observadores e estudiosos, que as políticas neoliberais interessam a todos aqueles, empresários ou trabalhadores, ligados ao ‘mercado competitivo’, e, em contrapartida, contrariam os interesses de todas as classes que dependem da intervenção estatal. Tal afirmação toma o discurso neoliberal ao pé da letra e ignora seu caráter ideológico” (BOITO JR., 2002, p. 64).

A afirmação acima se reveste de especial importância, porquanto ao contrário do alardeado, no campo das classes dominantes a política neoliberal, provocou modificações importantes no interior do bloco no poder (falando como Poulantzas). Primeiramente, verificou-se o crescimento das grandes empresas monopolistas, nacionais e estrangeiras. Em segundo lugar, mas não menos importante, o capital financeiro fortaleceu sua posição em detrimento das grandes empresas industriais. Em terceiro, a “nova burguesia de serviços”, ligada ao comércio da educação, saúde e previdência, aumentou sua taxa de lucro, expandiu seus negócios e, com o apoio da mídia, cresceu muito sob o liberalismo.

Ademais, a política neoliberal criou problemas para outras frações do bloco no poder. A burguesia nacional de Estado, representada pelo setor da burocracia pública civil e militar, que controlava as empresas estatais, começou a definhar na exata medida do avanço das privatizações. A grande burguesia interna, ligada à produção industrial, representada pelas entidades de classe como FIESP e CNI, passou a manifestar sua insatisfação com determinados aspectos da política neoliberal, embora tenha encontrado uma importante compensação na plataforma neoliberal, através da desregulamentação do mercado do trabalho e das privatizações, intensificadas no governo Fernando Henrique. Entretanto, a média burguesia industrial, alijada dos leilões de privatização, teve que se contentar apenas com a desregulamentação do mercado de trabalho. Mas tal compensação era insuficiente. Apoiada em fundos públicos, no protecionismo e no arrocho salarial, a burguesia industrial, de fato, acostumou-se a produzir mercadorias de má qualidade e vendê-las a preços elevados.

Contudo, foi esse caráter cartorial do Estado brasileiro que possibilitou a instalação de um parque industrial complexo, colaborando efetivamente para que o País ostentasse a condição de 8ª economia mundial, ainda nos anos de 1980. Distintamente do modelo europeu, a tradição corporativa brasileira consagrou a representação de interesses no interior do aparelho de Estado, muito embora esta representação tenha se limitado a questões específicas da política econômica - definição de medidas protecionistas e

concessão de incentivos e subsídios -, bem como a certos estágios do processo decisório, principalmente a consulta e a implementação.

Por outro lado, a ruptura desse sistema de proteção determinada pelos governos neoliberais da década de 1990, aliada a perda de poder político e econômico da indústria, levou parcelas consideráveis do setor industrial a contestar, de forma mais veemente, a política econômica em vigor, abrindo portas para uma alternativa desenvolvimentista, representada pela eleição de Lula à presidência da República. Mas, mesmo sob o governo Lula, o Estado não pode promover à volta ao protecionismo à indústria nacional, uma vez que se encontrava premido pelo constrangimento que a globalização econômica impõe aos Estados, reduzindo seu campo de ação em favor dos interesses nacionais.

Não obstante essas limitações, a partir de 2003, houve uma clara inflexão no processo de desindustrialização e de privatização em curso nos governos neoliberais da década de 1990. A posição do BNDES, passando de financiador das privatizações para promotor de atividades produtivas foi emblemática nesse sentido. Ademais, o aumento do crédito para consumo, os programas sociais como o Bolsa Família, a valorização do salário mínimo, possibilitaram a incorporação de uma massa considerável de brasileiros ao mercado interno, estimulando a produção de bens de baixa intensidade tecnológica, compatíveis com a estrutura produtiva nacional. É preciso não perder de vista que no antigo “tripé desenvolvimentista”, já havia uma clara divisão do trabalho. A infraestrutura ficava a cargo das empresas estatais, a produção industrial de alta tecnologia e maior capacidade financeira, sob a responsabilidade das empresas multinacionais aqui instaladas, enquanto que a produção de bens intermediários e de consumo ficava reservada à empresa nacional.

Ao longo do governo Lula, essa distribuição deu sinais claros de recomposição, ainda que sem a divisão ocorrida no passado. Esse fato levou autores consagrados a pensar na reconstrução de um novo pacto desenvolvimentista (BRESSER-PEREIRA, DINIZ, 2000). Contudo, falar em pacto implica assumir compromissos mútuos e metas a serem atingidas.

Tais situações não se fizeram presentes ao longo do governo Lula. Ao contrário, cada nova situação foi sendo tratada a partir de demandas setoriais, não articuladas globalmente. Primeiro, porque a indústria carece de uma entidade efetivamente de cúpula, em que pese o salto que a CNI demonstrou na última década, em termos de qualidade de representação. Segundo, porque o *lobby* das entidades setoriais tem sido mais eficaz na defesa de interesses específicos de setores da indústria.

A crise internacional, cujos efeitos no Brasil se fizeram mais nítidos em 2009, levou setores da indústria a pleitear, e conseguir, a redução de IPI para estimular a produção local. Setores como o automotivo, da chamada “linha branca” (geladeiras, fogões, máquinas de lavar, etc.), eletroeletrônicos, de material para a construção, tiveram sua carga tributária reduzida. A renúncia fiscal promovida pelo governo federal, contudo, não reduziu a arrecadação em 2010, senão que permitiu que o PIB do Brasil aumentasse 7,5%, com a indústria crescendo 10,5%.

Essa atuação da sociedade em direção ao Estado, no caso, setores empresariais da sociedade, parecia indicar a instauração de neocorporativismo no Brasil. Contudo, uma análise mais acurada dessa situação desautoriza qualquer tentativa nesse sentido, por vários motivos.

Em primeiro lugar, não se configurou uma demanda global da sociedade em relação ao Estado, apenas setores específicos agiram desta forma. Em segundo lugar, os partidos políticos ficaram absolutamente alheios (e alijados) desse processo, porque mesmo após a redemocratização do País, foram incapazes de se integrar com a sociedade na busca de um projeto para a Nação, restringindo-se a disputas paroquiais por recursos e poder. Em terceiro lugar, os trabalhadores não participaram dessa articulação, uma vez que suas entidade de representação, não obstante gozarem da maior autonomia outorgada pela Constituição de 1988, limitaram-se a demandas de natureza econômica por melhores salários, aproveitando o momento econômico propício, bem como a lutar pela manutenção do imposto sindical compulsório e pela unicidade sindical, estando longe de pensar na integração dos trabalhadores em um projeto de longo prazo, que assegure

sua participação em todas as discussões relevantes para o momento atual e futuro da Nação.

Assim, após um período em que as ações estatais pareciam estar relegadas a um plano secundário, com o mercado passando a ser o centro da vida econômica, a ação desse mesmo Estado foi fundamental para a reversão de um quadro recessivo e de franca desindustrialização, sendo que esta última, a rigor, ainda não foi eliminada.

Por certo que a intervenção do Estado ocorrida a partir de 2003 e intensificada no segundo governo Lula (2006-2010), não teve o mesmo ímpeto das intervenções havidas nas décadas de 1930 até 1970. Naquele tempo estava configurado um claro corporativismo de Estado. Nos dias atuais, entretanto, em face a diluição da representação industrial, e da maior autonomia das entidades na defesa de interesses gerais - como a redução do “custo Brasil -, ou de interesses específicos - como a redução do IPI para determinados setores -, não se pode afirmar que o corporativismo estatal, nos moldes daquele implantado na era Vargas, ainda persiste. Por outro lado, como já explanado, tampouco pode-se pensar em termos de um corporativismo societal ou, muito menos ainda, em termos de um neocorporativismo.

Diante desse impasse, a atual relação Estado/empresariado industrial no Brasil poderia ser classificada como um fraco corporativismo setorial, como propõe Eli Diniz, uma vez que a presença de uma representação corporativa de interesses no interior do aparelho de Estado esteve (e está) voltada à preservação de aspectos específicos da política econômica, em particular o protecionismo, a reserva de mercado e a alocação de incentivos e subsídios, ademais de estar restrita a certos estágios do processo decisório, principalmente relacionados à consulta e à implementação.

Contudo, essa proposição está sujeita a restrições, pelos motivos abaixo relacionados.

Em primeiro lugar, diferentemente do corporativismo societal europeu, o empresariado nacional não teve a preocupação de propor um projeto para o País que, mesmo sendo concebido em seu próprio benefício, ainda assim seria uma contribuição à Nação. Ao contrário, limitou-se a

buscar soluções setoriais e de curto prazo. O mais próximo de um projeto a que o empresariado industrial chegou, nos termos aqui propostos, foram os documentos elaborados pelo IEDI acerca da necessidade de implantação efetiva de uma política industrial para o País.

Em segundo lugar, nos acordos (setoriais) implementados, a presença efetiva, institucional, da representação dos trabalhadores não se fez notar. Foi o Estado que garantiu a manutenção dos postos de trabalho, salvo os casos de demissão por justa causa, nos acordos firmados com setores da indústria que tiveram o IPI reduzido. As entidades de representação sindical operárias, durante a década de 1990, procuraram manter o foco de sua atenção na preservação dos postos de trabalho, diante das demissões em massa que se sucediam naquele período, abdicando, inclusive, de reivindicar aumentos salariais. Na década de 2000, em especial após 2003, quando a conjuntura econômica se tornou mais favorável, estando afastado o fantasma das demissões, a pauta de reivindicações dessas entidades esteve centrada na recuperação do poder de compra dos salários, restando pouco espaço para considerações políticas de mais longo prazo.

Em terceiro lugar, a ausência do reforço mútuo entre partidos e organizações de representação de interesses, com os primeiros atuando como elementos catalizadores das demandas da sociedade, é outra condição que afasta o Brasil do corporativismo societal.

Por fim, considerando, de um lado, que no Brasil, desde a década de 1990, o mercado passou a ser o centro da atividade econômica, permanecendo como tal mesmo em um governo teoricamente de centro-esquerda, e de outro lado, que a presença do Estado continua sendo essencial para os interesses da indústria brasileira que, longe de recuperar o *status* que ostentava até a o final da década de 1980, teve mais uma vez na ação estatal a possibilidade de reerguer-se, voltando a ser um setor importante no contexto da economia nacional, tudo isso em um ambiente democrático, a proposição que o presente artigo oferece, mesmo não encontrando respaldo na literatura sobre o tema, é classificar o Brasil, diante das peculiaridades do capitalismo nacional, como sendo um *fraco corporativismo de Estado*.

Conclusão

Neste artigo, a preocupação inicial foi analisar a construção do corporativismo de Estado no Brasil, com o objetivo de mostrar, a partir de suas características, que o mesmo não mais se colocava como chave explicativa das relações entre Estado e empresariado industrial. Em parte, porque em decorrência da avalanche neoliberal dos anos de 1990, o papel do Estado como indutor do processo econômico foi sendo cada vez mais contestado pelas próprias entidades de representação da indústria. Em parte, porque os próprios governos neoliberais daquela década incumbiram-se de reduzir o Estado, privatizando significativa parcela do patrimônio público em favor do mercado. Diante desse quadro, tornava-se teórica e praticamente impossível caracterizar essa relação no marco de um corporativismo de Estado clássico.

Num segundo momento, a preocupação do trabalho esteve voltada à descrição de dois outros tipos de corporativismo: o corporativismo societal e o neocorporativismo, com o propósito de mostrar que os mesmos, tendo em vista suas características, também não foram implantados no Brasil. Muito embora alguns estudiosos tenham defendido que as articulações entre Estado e setores da indústria, em especial após 2007, poderiam indicar sinais de constituição de um corporativismo societal, nos moldes europeus, a não participação dos trabalhadores nesse processo e a ausência dos partidos políticos, como interlocutores legítimos das demandas das organizações de representação de interesses, atuaram no sentido de desclassificar esta proposição.

No terceiro momento, o estudo concluiu que, diante das características do capitalismo nacional, da presença ainda muito forte do Estado, que ressurgiu como indutor de um novo ciclo de desenvolvimento, sem perder vista que o mercado adquiriu centralidade na alocação dos recursos da economia, com a preservação dos princípios democráticos, que pressupõem, entre outros, a alternância no poder, no Brasil estaria se implementando um *fraco corporativismo de Estado*, mesmo considerando que tal classificação ainda não encontre respaldo na literatura especializada sobre o tema.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto, [et.al.]. *Dicionário de Política*; tradução Carmen C. Varriale [et. al.]. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12^a ed., 2004.
- BOITO JÚNIOR, Armando. *Neoliberalismo e corporativismo de Estado no Brasil*. In: *Do corporativismo ao neoliberalismo: Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. ARAÚJO, Maria Carneiro (org.). São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e DINIZ, Eli. *Empresariado industrial, democracia e poder político*. In: *Novos Estudos*, jul. 2009, pp. 83-99. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers2009/09> Acesso: 18.12.2009
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Empresário industrial e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Difel, 1964.
- CODATO, Adriano N. *Quando o Brasil era moderno: o Estado antes da crise do Estado*. In: *Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, pp.143-168, outubro, 2008.
- DINIZ, Eli. *Empresário, Estado e Capitalismo no Brasil: 1930-1945*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- _____. *As elites empresariais e a Nova República: corporativismo, democracia e reformas liberais no Brasil dos anos 90*. In: *Ensaíos FEE*, Porto Alegre (17) 2:55-79, 1996.
- _____. *Globalização, reformas econômicas e elites empresariais: Brasil, anos 1990*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2000.

- Do corporativismo ao neoliberalismo: Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra.* ARAÚJO, Ângela (org.). São Paulo: BoiTempo Editorial, 2002.
- DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas de industrialização no Brasil, 1930-1960.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.
- HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*; tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992.
- LEHMBRUCH, Gerhard. *Introduction: neo-corporatism in comparative perspective.* In: SCHMITTER, P. C. e LEHMBRUCH, G. (orgs.). *Trends towards corporatist intermediation.* London, Sage Publications, 1979.
- MANCUSO, Wagner Pralon. *O lobby da indústria no Congresso Nacional: empresariado e política no Brasil contemporâneo.* São Paulo: Humanitas; Edusp, 2007.
- PERISSINOTTO, Renato Monseff. *Classes dominantes e hegemonia na República Velha.* Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1994.
- SCHMITTER, Philippe C. *Modes of interest intermediation and models of societal change in Western Europe.* In: SCHMITTER, P. C. e LEMBRUCH, G. (orgs.). *Trends towards corporatist intermediation.* London, Sage Publications, 1979.
- TÁPIA, Jorge Rubens Biton e ARAÚJO, Angela M. Carneiro. *Representação de interesses e reestruturação produtiva: para onde vai o corporativismo?* In: *São Paulo em Perspectiva*, 8 (2), 1994, pp. 71-83.

CONSIDERAÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA, LINGUAGEM E DEMOCRACIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Maria Francisca Carneiro¹

PALAVRAS-CHAVE:

Hermenêutica - interpretação - linguagem - democracia - Direito - Constituição - Estado.

RESUMO

Indagamos qual é a melhor Hermenêutica para a Democracia, em consonância com os conceitos de cidadania e verdade. Analisamos o significado da palavra “Democracia”, verificando a sua evolução histórica. Observamos que, no Estado Democrático de Direito, há a exigência de uma resposta correta e que esta se materializa por meio da decisão judicial, cuja interpretação e aplicação envolvem desde grandes paradigmas até as questões mais fundamentais da linguagem e de sua significação. Assim sendo, a Democracia, no Estado Constitucional, não deve se furtar da análise crítica e constante dos problemas da linguagem, inerentes a toda e qualquer expressão humana.

SUMÁRIO

1. HERMENÊUTICA E DEMOCRACIA
2. CIDADANIA, VERDADE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO
3. HERMENÊUTICA DA SENTENÇA JUDICIAL NA DEMOCRACIA
4. CONCLUSÃO
5. REFERÊNCIAS

¹ Doutora em Direito pela UFPR, pós-doutora em Filosofia pela Universidade de Lisboa, membro do Centro de Letras do Paraná, da Italian Society for Law and Literature, editorial Board Member of the International Journal for Law, Language & Discourse e do Scientific & Academic Publishing.

1. HERMENÊUTICA E DEMOCRACIA

Qual é a hermenêutica mais adequada a assegurar a democracia, no Estado Constitucional? Sabemos que da interpretação aplicada pelos Tribunais depende uma série de fatores, que repercutem diretamente na sociedade, influenciando as práticas democráticas.

A democracia, para Fábio Tokars, não é o poder central da nossa organização social.² Diz esse autor que ela é, na melhor das hipóteses, um mecanismo de limitação e controle do poder real, ressaltando que, no século XXI, poder-se-ia ir além disso. Embora a democracia, em nossos dias, apresente limitações, o seu conceito não se afasta de todos das origens. Para Nicola Abbagnano, a democracia é uma como forma de governo na qual a todo cidadão é lícito fazer o que quer³, sugerindo assim que o seu conceito filosófico está intrinsecamente associado à liberdade, inicialmente pensado sem limitações. Do grego *demokratia*, significa etimologicamente “governo pelo povo”. Nesse sentido, esclarece Simon Blackburn:

No pensamento grego [a democracia] é o governo pelo povo em geral (excluindo, no entanto, as mulheres e, claro, os escravos), que contrasta com o governo pelos ricos e aristocratas. Na sociedade moderna, a democracia é a soberania do povo em geral, que não se exprime diretamente através do voto sobre questões particulares, mas através de representantes. Surgem questões tais como saber se os vários mecanismos garantem que a tomada de decisões corresponde, genuinamente, às expectativas do povo, servindo aos seus interesses. O problema de delimitar uma constituição democrática enfrenta essas e outras

² TOKARS, F. A democracia além das eleições. *Jornal O Estado do Paraná*, Caderno Direito e Justiça, Curitiba, 03.10.2010, p. 5.

³ ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. (Trad. de Alfredo Bosi). 2ª. Ed., São Paulo: Martins Fontes, p. 487.

dificuldades. Os críticos sugerem que a democracia política é estéril a menos que esteja acompanhada pelo poder em outras esferas, principalmente na área econômica.⁴

Vemos, assim, que a democracia, para que se efetive, pressupõe um estabelecimento de relações entre o poder e os interesses do povo, o que depende, não apenas da administração do poder, mas da interpretação aplicada pelos Tribunais à lei constitucional. Nesse sentido, Peter Häberle assevera que a teoria da interpretação constitucional tem colocado, em nossos dias, duas questões essenciais, a saber:⁵ a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, que são, por exemplo, a justiça, a equidade, o equilíbrio de interesses, os resultados satisfatórios, a razoabilidade, a segurança jurídica, a previsibilidade, a transparência, a capacidade de consenso, a abertura, a proteção efetiva da liberdade, a igualdade social e a ordem pública voltada para o bem comum; e a indagação sobre os métodos, que são o processo da interpretação constitucional e as regras dessa interpretação.

Para Häberle, todavia, não se conferiu ainda maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro e novo problema relativo aos participantes da interpretação, salientando que existe um contingente muito mais amplo de participantes do processo de uma interpretação pluralista e difusa, cuja inclusão seria mais consuetudinária à prática democrática. Isso amplia a idéia de “realidade constitucional” e remonta à noção da passagem de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição, para uma interpretação constitucional efetuada por uma sociedade aberta.⁶

⁴ BLACKBURN, S. *Dicionário Oxford de Filosofia*. (Trad. de Desidério Murcho *et al*). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 92.

⁵ HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional* - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. (Trad. de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 11.

⁶ *Idem, ibidem*, p. 12-3.

A tese de Häberle consiste em afirmar que, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas e todos os cidadãos e grupos, não se podendo fechar a questão em um número exato de co-partícipes dessa hermenêutica que, segundo o referido autor, deve incluir todos os cidadãos, na medida em que são eles os que realmente vivem a norma interpretada. Diz Häberle:

A relevância dessa concepção e da correspondente atuação de indivíduos ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito.⁷

Assim, o referido autor apresenta um catálogo dos participantes da interpretação constitucional, que é constituído de órgãos estatais e de outros, assim composto:⁸

a) Participantes do processo de decisão que não são, necessariamente, órgãos do Estado:

O requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional, autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um diálogo jurídico;

Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação na lide ou que são convocados pela própria Corte Constitucional; Pareceristas ou experts; Peritos, associações e partidos políticos; Os grupos de pressão organizados; etc.

b) A opinião pública democrática e pluralista, como a mídia, a imprensa, o jornalismo profissional, as cartas dos leitores, etc;

c) A doutrina Constitucional.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 17.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 20-3.

Embora idealista e utópica, podemos considerar que a tese de Häberle, de fato, pressupõe uma maior participação social no processo decisório constitucional, contribuindo assim para com a efetividade da democracia. Porém, por ser demasiado difusa, torna-se inviável na maioria dos países. No caso brasileiro, todavia, parece prevalecer, no que concerne à democracia e à sua melhor hermenêutica, parece ter se consolidado o que afirma Plauto Faraco de Azevedo:

Toda e qualquer concepção de direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance.⁹

Para tal autor, tudo no Direito, de certo modo, se refere à interpretação. Elaboram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação.¹⁰ Por essa razão, são de suma importância as relações entre a hermenêutica e a democracia no Estado Constitucional.

2. CIDADANIA, VERDADE E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

O conceito de cidadania não é unânime, mas permite algumas generalizações, podendo ser entendida como algo mais além do que a mera nacionalidade. Diz Calmon de Passos:

Pode-se dar à palavra “cidadão” um significado mais restrito, associando-o à nacionalidade. Cidadão seria,

⁹ AZEVEDO, P. F. *Crítica à dogmática e hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p.15.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 14.

nesse entendimento, o indivíduo que se vincula politicamente a um determinado Estado, entendendo-se cidadania como o laço que une juridicamente o indivíduo ao Estado e, até certo ponto, o Estado ao indivíduo. Ou, numa definição estritamente dogmática, laço jurídico-político de direito público interno que faz do indivíduo um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado. (...).Essa ótica, contudo, é muito pobre. Melhor a que, sem descartar o pressuposto da nacionalidade, empresta ênfase aos direitos que dela decorrem. Mais exatos, portanto, os que, como Hariou, imbricam na cidadania as liberdades políticas - direito de participação - e as liberdades civis - direito de autodeterminação.¹¹

Assim, vemos que o conceito de cidadania não apenas está ligado ao Estado pela nacionalidade, mas também pelas liberdades civis e políticas, o que inclui a participação democrática, incluindo as dimensões sociais, humanas e jurídicas do Estado Constitucional. Desse modo, constatamos que o conceito de cidadania se amplia ao longo da história do Direito, de acordo com o desenvolvimento do próprio Estado democrático.

Todavia, sendo a cidadania e a democracia conceitos plurais, indaga-se qual é a ‘verdade’ no Estado Constitucional, levando-se em consideração que a busca da Humanidade sempre foi por algo que pudesse ser considerado “verdadeiro”. Nesse sentido, observa Peter Häberle:

A pluralidade das verdades, o desencontro da verdade, o erro humano e o conhecimento de que toda a *busca* da verdade termina quase sempre “atolada” no processo

¹¹ PASSOS, j. j. C. Cidadania tutelada. In: FERREIRA, L. A. C. (Org). *Hermenêutica, cidadania e direito*. Millennium: Campinas, 2005, p. 12-3.

de *busca*, tudo isso não nos pode induzir a considera o conceito de verdade como juridicamente irrelevante, “platônico” ou, até mesmo, a rejeita-lo como uma “fórmula vazia”. (...) O conceito de verdade, como um *valor cultural* para o Estado constitucional, sobretudo após as experiências com o modelo totalitário oposto, é indispensável. (grifos e as pás no original).¹²

Vemos assim que a “verdade” constitucional e jurídica é um bem inalienável, inerente ao próprio conceito de hermenêutica, pois esta pressupõe uma interpretação que seja verdadeira, e não falsa. Ora, isso diz respeito à concretização do Direito e à universalidade do problema hermenêutico, sendo que a verdade é, então, um conceito conexo à liberdade, embora seja polissêmico. Esclarece Häberle:

O problema da verdade se apresenta particularmente para os juristas como especialmente *pluriestratificado*. Existem âmbitos, nos quais os (pen)últimos fundamentos da *Res publica* são questionados de forma relativamente abstrata e, conseqüentemente, declarações sobre a verdade devem ser tomadas na proporção em que elas apresentam conteúdos de quidade(direitos humanos). Existem campos concretos nos quais conceitos jurídicos especiais exigem declarações dotadas de fatos específicos “conforme a verdade”. Pode-se falar de diversos “patamares” e funções. (Itálicos e aspas no original)¹³

¹² HÄBERLE, P. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. (Trad. de Urbano Carvelli). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 123.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 127.

Vemos, dessa forma, que existe uma “verdade” jurídica, mas não se trata de um conceito monolítico. Ao contrário, comporta diferentes patamares, funções e graus de abstração, o que torna de suma importância a interpretação ou hermenêutica, para a concretização do Direito. Entende Kelly Susane Alflen da Silva que:

O termo *concretização* sobre novas bases designa uma variante da sua obscura representação pelo modelo da subsunção e do silogismo jurídico que não distingue entre a norma jurídica e o texto da norma, pois conforme o positivismo a concretização é concebida como um processo puramente cognitivo que se realiza dentro da conexão da significação (a norma jurídica) objetivamente dada pelo texto e por sua explicação técnico instrumental diante do caso concreto. *Concretização*, de acordo com uma teoria estruturante do direito, ao inverso de uma subsunção, não designa além de um esquema de *descoberta* do direito, quer dizer, *concretização* não designa invalidamente a redução de uma norma dada sobre a dimensão do caso de espécie, porém, a produção de uma norma jurídica geral no marco da solução de um caso determinado. (Itálicos no original).¹⁴

Desta feita, constatamos que a concretização do Direito é um ato criativo, que não se encontra logicamente pré-determinado, mas se faz de acordo com as circunstâncias da aplicação da norma ao caso concreto, configurando-se como uma resposta jurídica e verdadeira à sociedade democrática.

¹⁴ SILVA, k. S. A. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p.421-2.

3. HERMENÊUTICA DA SENTENÇA JUDICIAL NA DEMOCRACIA

Vejam os agora a questão hermenêutica aplicada à sentença judicial no Estado Democrático de Direito. Em tal contexto, entende-se que a sentença judicial deve atender, mais ainda, ao requisito de “dar a resposta correta em Direito”, na expressão de Lenio Luiz Streck.¹⁵ De fato, em meio a tantas correntes e teorias hermenêuticas, é necessário, no ambiente democrático, concretizar direitos, resolvendo problemas fáticos, que respondam às necessidades e anseios dos indivíduos e da sociedade, sem discricionariedades interpretativas.

Nesse contexto, à sentença judicial cabe a importante tarefa de conceder a “resposta correta” em Direito. Assim, os Tribunais e o Juízes têm também uma função política. Para tanto, ainda conforme Lenio Streck, “as teorias do Direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, não podem prescindir de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de¹⁶ preservar a autonomia do Direito e estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, principalmente, para que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.¹⁷

Visando atender a tais aspectos, diversas teorias da decisão judicial têm sido formuladas pelos tratadistas, de acordo com as diferentes tendências políticas e filosóficas. Ricardo Luis Lorenzetti aponta que as decisões judiciais vêm sendo tomadas de acordo com grandes paradigmas de nosso tempo e que tais paradigmas estão em expansão e assim conflitando, algumas vezes, entre si. Lorenzetti enuncia tais paradigmas, ressaltando que se trata de

¹⁵ STRECK, L. L. *Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas - da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 398.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 540.

¹⁷ *Idem, ibidem*.

modelos decisórios que privilegiam o contexto sobre a norma, por exemplo,¹⁸ o paradigma de acesso aos bens jurídicos primários; o paradigma do Estado de Direito constitucional e o paradigma ambiental, dentre outros.

Entretanto, mesmo com o estabelecimento de paradigmas e modelos decisórios, a prolação e a interpretação da sentença judicial não se furta ao problema da linguagem, que é inerente a toda e qualquer forma de expressão humana. Ora, isso nos remete aos problemas filosóficos da linguagem e da semântica, que é a sua significação e, assim sendo, novamente à hermenêutica, de modo circular. Nesse aspecto, Hans-Georg Gadamer observa que

Por detrás do campo de investigação que analisa a constituição de linguagem de um texto como um todo e que destaca sua estrutura semântica surge uma outra direção de questionamento e investigação: a hermenêutica.¹⁹

Ora, isso quer dizer que o problema hermenêutico da sentença judicial não envolve somente os grandes problemas dos paradigmas e princípios do Estado Democrático de Direito, mas aborda igualmente as temáticas da linguagem e do seu significado. O ideal de uma exposição positiva “hábil, clara, metódica e elevada”²⁰ não é tão simples de ser alcançado e, para alguns, consiste em um ideal quase inatingível.

Por estas razões, entendemos que o estudo da linguagem, especificamente voltado para a decisão judicial, deve ser considerado como um dos pontos-chave da hermenêutica, que não se conclui e evolui com as próprias transformações da sociedade, cada vez mais intensas no Estado Constitucional.

¹⁸ LORENZETTI, R. L. **Teoria da decisão judicial** - fundamentos de Direito. (Trad. de Bruno Miragem). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 366 *et passim*.

¹⁹ GADAMER, H. G. **Verdade e método II**. (Trad. de Enio Paulo Giachini), 4ª. ed., Petrópolis: Vozes, 2009, p.209.

²⁰ ARRUDA, G. A. **A linguagem do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

4. CONCLUSÃO

Vimos que, no Estado Democrático de Direito, o conceito de Hermenêutica deve atender a alguns requisitos e princípios, especialmente pelo fato de que deve estar em consonância com a possível “verdade” existente no regime democrático. Examinamos o conceito histórico de Democracia e verificamos que o mesmo sofreu variações através do tempo, todavia, preserva um núcleo fundamental que lhe confere unicidade. Observamos que a decisão judicial cumpre um papel fundamental no Estado constitucional Democrático, que é o de dar à sociedade e aos indivíduos uma resposta correta em Direito, ou seja, que esteja em conformidade com a “verdade” existente na Democracia.

Porém, a clareza e a verdade da sentença judicial não são assim tão evidentes e óbvias nas sociedades, que se tornam cada vez mais complexas. A interpretação da sentença judicial implica uma hermenêutica ampla, que envolve desde os grandes paradigmas de nosso tempo, até os problemas fundamentais da linguagem e da sua significação.

Assim sendo, entendemos que o estudo da linguagem e de sua evolução deve ser uma constante no âmbito da Hermenêutica, fazendo parte do *corpus* teórico e do vasto arcabouço intelectual que compõe a interpretação democrática.

5. REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. (Trad. de Alfredo Bosi). 2^a. Ed., São Paulo: Martins Fontes.
- ARRUDA, G. A. **A linguagem do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- AZEVEDO, P. F. **Crítica à dogmática e hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989

- BLACKBURN, S. **Dicionário Oxford de Filosofia**. (Trad. de Desidério Murcho *et al*). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- GADAMER, H. G. **Verdade e método II**. (Trad. de Enio Paulo Giachini), 4ª. ed., Petrópolis: Vozes, 2009.
- HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. (Trad. de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- LORENZETTI, R. L. **Teoria da decisão judicial** - fundamentos de Direito. (Trad. de Bruno Miragem). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- SILVA, k. S. A. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- STRECK, L. L. **Verdade e consenso** - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas - da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- TOKARS, F. A democracia além das eleições. *Jornal O Estado do Paraná*, Caderno Direito e Justiça, Curitiba, 03.10.2010.

O DIREITO DO TRABALHO E AS PECULIARIDADES DA ATIVIDADE DOS SALÕES DE BELEZA

Guilherme Augusto Caputo Bastos¹

Da natureza humana, eminentemente social, decorre a necessidade de ordenação das relações interpessoais por meio de normas e princípios jurídicos cuja observância é a todos imposta.

O Estado Democrático de Direito, ao qual chegamos tardiamente, somente após a Constituição de 1988, guindou em boa hora as conquistas dos trabalhadores urbanos e rurais a direitos fundamentais, núcleo guia de todo o ordenamento jurídico.

É com a força da fundamentalidade constitucional que o Direito do Trabalho se apresenta nesse início de século. Ocorre que, se nos idos da década de 40 a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) buscou garantir condições mínimas aos **empregados** frente ao alargado poder diretivo dos **empregadores**, temos que reconhecer que, atualmente, as relações econômicas possuem tamanha dinamicidade que a produção legislativa não consegue acompanhar.

O artigo 7º da Constituição Federal, ao orientar o rol de direitos trabalhistas gravados pela referida fundamentalidade, deixa claro que o objetivo do constituinte originário foi a constante melhoria da condição social dos trabalhadores, o que, nos dias de hoje, só pode ser alcançada, penso eu, com a estrita atenção à empregabilidade e ao aumento dos postos de trabalho.

Justamente por isso, o Direito do Trabalho tem fundamental importância nesse constante e infundável embate entre os interesses dos empregados e empregadores.

Ao passo que não se pode admitir afronta aos direitos dos trabalhadores, diga-se, conquistados à duras penas, não de ser reconhecidas

¹ Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

as **novas formas de trabalho**, como por exemplo, o fenômeno da terceirização, quarteirização e das parcerias, sob pena de servir o Direito do Trabalho instrumento a afetar de forma negativa a empregabilidade.

Assim sendo, cumpre à Justiça do Trabalho, fundada nos princípios e na legislação trabalhista, analisar e ponderar as peculiaridades inerentes às mais variadas formas de relação de trabalho. Nesse contexto, destaquemos as questões mais importantes que chegam à Justiça do Trabalho atinente às atividades desenvolvidas nos Salões de Beleza.

Pode-se afirmar que o ponto central das discussões trazidas a julgamento por aqueles que trabalham em Salões de Beleza é a alegação da existência de **vínculo de emprego** na relação estabelecida entre as partes.

Diz o artigo 3º da CLT que se considera “**empregado** toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Por seu turno o artigo 2º do mesmo estatuto afirma que “considera-se **empregador** a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

É justamente na função diretiva da prestação dos serviços que se estabelece a relação de subordinação entre empregados e empregadores, fonte para a verificação da presença ou não do vínculo de emprego entre os trabalhadores dos Salões de Beleza.

Para tanto, impõe-se destacar a importância do **princípio da primazia da realidade** nos contratos de trabalho, ou seja, independentemente do que esteja firmado na avença contratual, deve a Justiça do Trabalho verificar as reais características da relação de trabalho e a presença ou não dos requisitos da relação de emprego à luz da boa-fé objetiva e subjetiva. O que se pretende evitar é a tentativa de burla às normas trabalhistas por meio de relação que fraude a existência do vínculo de emprego.

A já consolidada organização sindical do ramo empresarial dos Salões de Beleza, somada à crescente busca ao assessoramento jurídico por parte dos empregadores, têm em muito contribuído para a diminuição da informalidade e do improviso neste setor.

Não raro, contudo, encontrarmos a situação de convivência, no mesmo local de trabalho, entre empregados, cujo vínculo de emprego é manifesto, e profissionais autônomos, submetidos a contratos de locação ou cessão de espaço.

Portanto, mostra-se oportuno estabelecer algumas características em relação à atividade autônoma e a de emprego. Na **relação de emprego** há a presença do requisito da personalidade, ou seja, a atividade se desenvolve *intuitu personae*, só podendo ser realizada por pessoa certa e determinada, o que não ocorre na relação autônoma, podendo ser realizada por intermédio de outras pessoas.

Por outro lado, na **relação de emprego** o trabalhador não assume o risco da atividade, recebe salário e está submetido ao poder diretivo do empregador. Já na **relação autônoma** o trabalhador divide os riscos inerentes à atividade econômica, recebe valores pelo serviço prestado e trabalha sem subordinação. Pode-se concluir, assim, que “nem todo trabalhador é empregado”.

No que toca à realidade dos Salões de Beleza, o que se vê com frequência é a **contratação de locação de espaço, instalações e utensílios**, relação havida entre locador (dono do salão) e locatário (profissionais autônomos - cabeleireiros, manicures, pedicures, entre outros). Nesse tipo de avença o locador fornece espaço físico, utensílios e instalações para que o locatário possa desenvolver sua atividade profissional, mediante pagamento de porcentagem do valor auferido pelos serviços prestados, o que se aproxima da figura da **parceria**, conforme tem reconhecido a jurisprudência:

“VÍNCULO DE EMPREGO.

MANICURE.

CARACTERIZAÇÃO.

Consoante a maciça jurisprudência desta Corte, as relações de trabalho envolvendo as empresas prestadoras dos chamados “serviços de beleza” assemelham-se, em

regra, à figura da parceria, em que um dos agentes se responsabiliza pelo local da prestação dos serviços e suas necessidades básicas (luz, água, móveis, etc.) e o outro pela prestação dos serviços propriamente dita. Não é comum se encontrar nestas relações as figuras da subordinação e dependência necessárias a configurar o vínculo de emprego, conforme os requisitos inscritos nos arts. 2º e 3º da CLT. Nesta modalidade de relação trabalhista, a “sociedade” é no interesse de ambos, cada qual auferindo seus ganhos, em geral, repartidos em percentuais compatíveis com a relação custo/benefício.

(TRT 10ª Região, 1ª Turma, RO00183-2011-006-10-00-8, Relator Juiz João Luis Rocha Sampaio, DEJT 15/07/2011)

EMENTA: CABELEIREIRO. SALÃO DE BELEZA. CONTRATO DE ARRENDAMENTO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO.

A existência de vínculo empregatício deve ser examinada à luz da boa-fé objetiva e subjetiva, com perquirição da autêntica intenção das partes ao contratarem. O que antes era obrigação preponderantemente moral, hodiernamente é regra jurídica espalhada pelo Código Civil, a exemplo dos arts. 113, 187, 422, 1.741. Dependendo-se da prova que as partes celebraram contrato autônomo de parceria, ainda que sob outras vestes (“contrato de arrendamento de instalações para prestação de serviços”), devendo-se ser observada a vontade original, afastando-se o pedido de vínculo empregatício, com a rejeição dos demais pedidos dele decorrente. Ademais, não se consolida relação de

emprego ficando provado nos autos que o reclamante, ao prestar serviços como cabeleireiro no salão de propriedade da reclamada, percebia comissão vantajosa da quantia cobrada do cliente, porque é evidente que ao se examinar as demais circunstâncias conclui-se que existindo o vínculo o empregado acabaria por perceber remuneração superior ao do próprio empregador. Recurso do reclamante conhecido e desprovido.

(TRT-PR-11045-2010-015-09-00-0-ACO-44183-2011 - 3ª TURMA, Relator: Altino Pedrozo dos Santos, Publicado no DEJT em 08-11-2011)

Como características do referido contrato, diga-se, de natureza jurídica eminentemente civil, pode-se afirmar que ao **locador** cumpre pagar as despesas comuns, tais como, aluguel do estabelecimento, telefone, água, toalhas, *shampoo*, cremes, bem como cabe disponibilizar, às suas expensas, recepcionistas para a organização das agendas dos profissionais autônomos, bem como o recebimento dos valores pagos pela prestação dos serviços. Já ao **locatário** é garantido o direito de fazer, a qualquer tempo, retiradas dos valores recebidos pelos serviços prestados, até o limite do valor estabelecido contratualmente pela locação do espaço. Pode, ainda, o **locatário**, dispor dos horários de sua agenda, respeitando-se, é certo, o horário de funcionamento do Salão.

Acrescente-se que o valor dos serviços prestados pode ser estabelecido em comum acordo entre locador e locatário, haja vista a necessidade de se uniformizar a faixa de preço praticada pelo estabelecimento.

A forma de remuneração do profissional autônomo pode ser fixada em percentual do valor total percebido pela prestação do serviço, o que, no mais das vezes, torna-se extremamente vantajoso para o profissional, quando comparado com os valores praticados nas relações de emprego. Nesse sentido, confira-se:

**“TRT-PR-22-01-2010 VÍNCULO EMPREGATÍCIO
- CABELEIREIRO SALÃO DE BELEZA.**

Não se consolida relação de emprego ficando provado nos autos que o reclamante, ao prestar serviços como cabeleireiro no salão de propriedade da ré, percebia comissão vantajosa da quantia cobrada do cliente. Isso porque não seria financeiramente viável que, do valor bruto recebido pela venda de um serviço, ficasse o suposto empregado com 50% dos valores pagos pelos clientes alusivos aos serviços prestados, arcando o empregador com o recolhimento dos impostos, conservação das instalações físicas e demais encargos inerentes à manutenção do negócio, para, depois de subtraída essa quantia, auferir o seu lucro. Além disso, a liberdade de levar e trazer clientes e de executar suas atividades, bem como a ampla autonomia em relação aos horários de trabalho denotam ausência de subordinação jurídica, o que revela tratar-se de manifesta parceria mediante prestação de serviço autônoma.

(TRT-PR-06532-2008-008-09-00-8-ACO-01429-2010 - 2ª TURMA, Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão, Publicado no DJPR em 22-01-2010)

A **ausência de subordinação** entre as partes é a característica principal do contrato de locação de espaço, ou seja, o locatário não recebe ordens do locador, agindo com liberdade de faltar ou se ausentar do estabelecimento sem que isso enseje qualquer sanção.

Nas reclamações trabalhistas ajuizadas por trabalhadoras e trabalhadores que pretendem ver reconhecido o vínculo de emprego, é de se ressaltar a importância das provas produzidas nos autos, em especial os depoimentos das testemunhas. É justamente com base no conjunto fático-probatório que o magistrado irá verificar a presença ou não de relação jurídica subordinada.

A linha de defesa adotada pelos **reclamados**, ou seja, pelos donos de Salão de Beleza, é no sentido de negar o vínculo de emprego. Ocorre que, assim procedendo, traz para si o ônus de provar a inexistência de relação subordinada entre ambos e a presença de prestação de serviços de natureza autônoma. Nesse sentido, confira-se precedente no qual a reclamada obteve êxito em provar a autonomia da relação jurídica:

“SALÃO DE BELEZA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA.

A reclamada acostou aos autos certidão expedida pela Prefeitura de Maringá, reconhe-cendo a prestação de serviços da reclamante como cabeleireira autônoma, bem como contratos de arrendamento firmados entre as partes. Caberia à reclamante desconstituir o valor probante de tais documentos - haja vista ser fato constitutivo de seu direito (artigos 818, da CLT, e 333, inciso I, do CPC)-, não tendo, entretanto, logrado êxito através da prova oral produzida. Recurso da reclamante a que se nega provimento.

(TRT-PR-02271-2003-662-09-00-7-ACO-11961-2005, Relator Sergio Murilo Rodrigues Lemos, Publicado noDJPRem 17-05-2005)

Dada a impossibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho proceder ao reexame dos fatos e provas dos autos (Súmula nº 126), restringindo-se às questões de direito, é de se destacar a importância do manejo do processo na primeira e na segunda instâncias. É dizer, é no âmbito da Vara do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho que se permite avaliar e sopesar todo o conjunto probatório dos autos. Daí a necessidade de que os profissionais da advocacia redobrem a atenção no manejo dos autos naquela fase processual. Nesse sentido, a jurisprudência do TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MANICURE. MATÉRIA FÁTICA. A resolução da controvérsia, em sede extraordinária se inviabiliza diante do consagrado na **Súmula n° 126 do TST**. Inviável examinar a indicação de ofensa aos dispositivos de lei e constitucionais indicados. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

(AIRR-3646-90.2010.5.02.0000, Data de Julgamento: 01/06/2011, Relator: Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/06/2011).

Observe-se, contudo, que não há óbice que o Tribunal Superior do Trabalho proceda ao reenquadramento jurídico dos fatos consignados pela Corte Regional, quando detalhadamente descritos. Ou seja, os Tribunais Superiores estão impossibilitados, apenas, de investigar a dinâmica dos fatos, a representação da realidade, registrada pelas instâncias ordinárias, sem prejuízo de, a partir da moldura fática já construída, definir diferentes efeitos jurídicos. Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. Não se pode divisar dependência econômica em trabalhadora que, por quinze anos, presta serviços em salão de beleza, repassando a seu associado 30% (trinta por cento) de tudo quanto auferir. O valor não bastaria à satisfação dos encargos trabalhistas e, juntamente com a ausência de efetiva subordinação e ao espontâneo recolhimento de contribuições previdenciárias como autônoma, afasta os contornos jurídicos merecidos pelos personagens descritos nos arts. 2º e 3º da CLT. Não se pode desprezar a vontade e consentimento das partes quando nenhum vício os contamina, remanescendo ileso

o negócio jurídico de natureza civil a que deram corpo. Recurso de revista conhecido e provido. (3ª Turma, RR-1847300-39.2002.5.09.0008, Redator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 27/03/2009)

“2. PARCERIA ENTRE O SALÃO DE BELEZA E O CABELEIREIRO. ARRENDAMENTO DE ESPAÇO NO SALÃO. DIVISÃO DA RENDA AUFERIDA PELO ARRENDATÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

O contrato de parceria celebrado entre o cabeleireiro e o salão, consistente no arrendamento de um espaço ou cadeira nas suas dependências, a fim de possibilitar realização das atividades profissionais do cabeleireiro, mediante o pagamento da importância equivalente a 50% (cinquenta por cento) do seu faturamento mensal, não importa reconhecimento do vínculo de emprego entre o arrendatário e o arrendante. Trata-se de um contrato entre o cabeleireiro e o salão, a fim de que o primeiro desenvolva suas atividades profissionais mediante o pagamento da metade do que arrecadar com o seu trabalho.

Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (5ª Turma, RR - 926440-57.2002.5.09.0003, Redator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 30/03/2010)

Mesmo que em breves linhas, penso serem essas as observações mais importantes quanto ao referido tema.

Lembre-se, por oportuno, que a constante e crescente busca pelo Poder Judiciário está a demonstrar que o nível de desfrute dos direitos individuais e coletivos tem aumentado mais e mais.

Com efeito, ao mesmo tempo em que não se pode permitir afrontas à legislação trabalhista, também não se pode admitir que os empresários, empreendedores por natureza, sejam submetidos a inúmeras “arapucas” tributárias, fiscais ou mesmo jurídicas que, ao final, possam, inclusive, inviabilizar a continuidade das atividades da empresa.

Devemos ter em mente que **empregado** e **empregador** são os dois principais atores da atividade econômica, cujo constante incremento mostra-se vital para a continuidade do desenvolvimento do país. Nessa busca, contudo, merece igual atenção as relações jurídicas decorrentes das **relações de trabalho** que, embora desprovidas do vínculo de emprego, são igualmente imprescindíveis para o aquecimento da economia.

Nesse contexto, penso que a Justiça Trabalhista de hoje, no exercício do seu mister jurisdicional, deve estar atenta à promoção da segurança jurídica necessária ao reconhecimento das peculiaridades advindas das relações de trabalho, pois só assim estará atendido o querer constitucional da busca pela constante melhoria da condição social dos trabalhadores.

O NTEP E AS PERÍCIAS JUDICIAIS: A UTILIZAÇÃO DO NTEP COMO INSTRUMENTO PARA A (RE)CONSTRUÇÃO DOS LAUDOS PERICIAIS

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva¹

1. INTRODUÇÃO

O tema sobre o qual passo a discorrer é da maior atualidade, pois a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e, sobretudo, após o histórico julgamento do CC n. 7.204-1/Minas Gerais, em 2005 pelo Tribunal Pleno do E. STF, a Justiça do Trabalho passou a se deparar com *inúmeros casos de alegação de doença ocupacional*.

Desde então, os juízes do trabalho passaram a cuidar de questões relacionadas ao bem jurídico de maior relevância para os trabalhadores: *sua saúde*. De modo que não podemos mais permitir a monetarização desse direito, como ainda ocorre em questões relacionadas às horas extras, aos adicionais de insalubridade e de periculosidade, somente para citar alguns exemplos.

Ora, *a saúde do trabalhador se trata de um direito humano fundamental*. Contudo, as estatísticas de acidente do trabalho demonstram um total descaso para com esse direito essencial. De acordo com o Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho da Previdência Social, houve 551.023 acidentes com CAT emitida em 2008, sendo 80% (441.925) de acidentes típicos. *Onde estão as doenças ocupacionais?* Segundo as estatísticas, elas representam pouco mais de 3% (20.356) das CATs emitidas. Isso não

¹ José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva é Juiz do Trabalho, Titular da 2ª Vara do Trabalho de Araraquara (SP), Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP, Doutorando em Direito Social pela Universidad de Castilla-la Mancha (Espanha) e Professor do CAMAT Cursos Jurídicos (www.camat.com.br) em Ribeirão Preto (SP). É também Membro do Conselho Técnico da Revista do TRT da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional) e Gestor Regional - 1ª Instância - do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, do TST.

corresponde à realidade, pois a maior parte dos processos trabalhistas que envolvem a questão traz à tona casos de doenças ocupacionais, não de acidentes típicos. Isso já permite concluir que há, mesmo, uma acentuada subnotificação de acidentes, mormente de adoecimentos relacionados ao trabalho. Para se ter a clareza dessa afirmação, basta constatar que o Anuário referido aponta a quantia de 204.957 acidentes sem CAT emitida, principalmente pela presunção estabelecida a partir do NTEP - Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. Assim, tivemos no Brasil, somente no ano de 2008, um total de 755.980 acidentes e adoecimentos laborais, dos quais 27% *nem foram notificados*.

Demais, houve um aumento de 60%, de 2001 a 2008, no número de acidentes do trabalho. E um aumento absurdo de 586% de LER/DORT apenas de 2006 a 2008, com um custo aproximado de R\$ 2,1 bilhões, cerca de 1/5 do que se gastou com bolsa-família por ano, um dos programas sociais mais difundidos nos últimos governos. Isso é, sem dúvida, *resultado da intensificação do trabalho, quantitativa e qualitativa*, razão pela qual todos os organismos sociais devem lutar pela diminuição da carga horária efetivamente trabalhada (horas extras) e do nível de produtividade (ritmicidade) exigido atualmente pelas empresas. Como se não bastasse, mais de 40% dos acidentes típicos atingem dedos, mãos e punho, a principal “ferramenta” do trabalhador, boa parte das vezes gerando incapacidade para o trabalho, pelo menos parcial ou temporária.

Mas há uma estimativa da OIT, de 2006, ainda mais assustadora, segundo a qual 6.000 trabalhadores morrem todos os dias, no mundo, em decorrência de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho. Outra estimativa da referida Organização, de 2002, aponta para 2.000.000 de trabalhadores mortos por ano, no mundo, por acidentes do trabalho, ao passo que 900.000 pessoas morrem em acidentes de trânsito, 500.000 devido às guerras e 312.000 de AIDS/SIDA (1). Ora, isso demonstra que estamos vivendo *uma verdadeira “guerra civil” em termos de acidente do trabalho*, que mata duas vezes mais do que acidentes de trânsito e quatro vezes mais do que as próprias guerras.

E o que tem sido feito pelos governos? Muito pouco. No Brasil vemos políticas públicas de combate às doenças comuns, para se evitar endemias, pandemias etc., mas quase nada existe para a prevenção dos acidentes do trabalho, inclusive com campanhas educativas e publicitárias. Ocorre que, apenas a título exemplificativo, os acidentes laborais matam 60 vezes mais do que a dengue. Em 2005 houve 45 mortes por dengue no Brasil, enquanto 2.708 trabalhadores perderam sua vida por acidentes do trabalho. Há, pois, no Brasil, *uma verdadeira epidemia de acidentes e adoecimentos ocupacionais*, com uma naturalização espantosa por parte dos atores sociais e jurídicos. Algo deve ser feito, e urgente!

Por isso, de se registrar e louvar a iniciativa do Exmo. Sr. Presidente do C. TST, de envidar todos os esforços a seu alcance para a instalação e continuidade de um programa de prevenção para chamar a atenção de todos os atores sociais que lidam com o problema. Trata-se do *Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho*, lançado em maio de 2011, por ocasião das comemorações dos 70 anos da Justiça do Trabalho. Recentemente, foi criado um link específico, que pode ser consultado na página do TST na internet: <http://www.tst.jus.br/trabalhoseguro>.

2. O PROBLEMA DAS PERÍCIAS JUDICIAIS PARA A CONSTATAÇÃO DE DOENÇA OCUPACIONAL

Nos processos envolvendo a questão do adoecimento ocupacional, invariavelmente, torna-se necessária a designação de perícia médica, para a constatação da existência de doença que leve à incapacidade laboral, bem como do nexo de causalidade entre a referida doença e o trabalho executado.

O que se tem visto, na maioria dos casos, é uma grande angústia dos juízes, primeiro, porque não conseguem um bom número de peritos que se dispõem a realizar tais perícias; segundo, porque dentre os integrantes do rol disponível, verifica-se a falta de capacitação (com algumas exceções) dos louvados judiciais para a temática específica, mais precisamente

para a averiguação da contribuição da causa laborativa no surgimento da doença, ainda que não seja a causa única (concausa); terceiro, por um desconhecimento a respeito do grau de incapacidade que se deve constatar para efeito de indenização de danos de ordem trabalhista (ou civil), diferentemente do que se exige para o deferimento de benefício previdenciário específico, como a aposentadoria por invalidez.

Urge, pois, que a Justiça do Trabalho, mormente por parte da Administração dos Tribunais e das associações de magistrados, envide todos os esforços possíveis para que haja uma melhoria dos serviços periciais, a fim de que se tenha uma *efetiva tutela à saúde do trabalhador*, seu bem mais importante no âmbito da relação de trabalho.

Enquanto não se criam Varas especializadas para as ações indenizatórias de acidente do trabalho, nas quais os juízes e servidores estejam vocacionados ao conhecimento da matéria, e até que haja um quadro próprio de peritos judiciais, torna-se premente o investimento em *capacitação profissional* dos peritos que prestam seus zelosos trabalhos à nossa Justiça.

Quando os Tribunais trabalhistas oferecerem, por suas Escolas Judiciais, cursos de capacitação técnica para os peritos que atuam na Justiça especializada, estes poderão compreender melhor a temática que lhes é submetida, especialmente a averiguação do nexo de causalidade entre o trabalho e a doença adquirida, bem como do instituto da concausa. Outrossim, essa capacitação os levaria à percepção de que a incapacidade a se constatar para efeito de indenização de danos de ordem trabalhista não tem a mesma extensão que a necessária para o deferimento de benefício previdenciário, de acordo com art. 950 do Código Civil.

2.1 A necessária compreensão do nexo de causalidade, da concausa e das doenças degenerativas

Tenho verificado que os peritos médicos que atuam na Justiça do Trabalho, *salvo gratas exceções*, não conhecem a fundo a dinâmica do processo do trabalho, a finalidade da Justiça especializada e, na área técnica

que lhes é própria, desconhecem os reais contornos dos institutos *nexo de causalidade e concausa*. Desse modo, inclinam-se, boa parte das vezes, por considerar a doença adquirida pelo trabalhador como sendo degenerativa.

A confusão começa quando os peritos judiciais não admitem - ou ignoram - o real significado de *nexo causal*, sendo que à *concausa* nem costumam dar a devida atenção. O que se exige para a averiguação de doença ocupacional é *apenas o nexo de causalidade* e não o *nexo etiológico*.

Quanto ao *nexo causal*,

[...] constitui a relação de causa e efeito entre o evento e o resultado. Tecnicamente falando não se podem utilizar como sinônimos 'nexo causal' e 'nexo etiológico', como muitos acreditam. O primeiro é mais abrangente, pois inclui a *concausalidade* e os casos de agravamento. Já o segundo é o que origina ou desencadeia o dano laboral, sendo portanto mais restrito. Por outro lado, em direito infortunistico, para se estabelecer a relação de causalidade, não se exige a prova da certeza, bastando o juízo de admissibilidade. (2)

É necessário, portanto, ter bem nítida a *diferença entre nexo causal e nexo etiológico*, sendo que a *Etiologia* é a parte da Medicina que trata da causa das doenças. Ocorre que, para a caracterização da doença ocupacional, não há necessidade de que se descubra a verdadeira causa da doença, bastando que haja uma relação de causalidade - ainda que não seja única -, entre a doença e o trabalho. Por isso, a Lei n. 8.213/1991 prevê *nexo causal* indireto e até mesmo por ficção legal, pela simples circunstância de o acidente ter ocorrido durante o curso da atividade laboral, citando-se, como exemplo, as situações previstas no art. 21, inciso II, da referida Lei. Demais, há uma verdadeira *multicausalidade* para a ocorrência de acidente e adoecimento ocupacional, motivo pelo qual a doutrina contemporânea fala em *árvore de causas*.

Outrossim, de se registrar que, havendo dúvida sobre a existência ou não denexo causal (ou etiológico) entre a atividade laborativa e a doença que acomete o trabalhador, *há farta jurisprudência no sentido da presunção do nexocausal*, na aplicação do princípio *in dubio pro misero*, como enfatizado por Teresinha Lorena Pohlmann Saad (3), ao analisar jurisprudências publicadas na Revista RT, edições n. 328/655, 328/656, 372/243, 348/484, 451/199 e outras.

A respeito da *concausa*, que também é equiparada ao acidente do trabalho típico, nos moldes do art. 21, inciso I, da Lei. 8.913/1991, de se ter bem nítida a *ideia de concausalidade*, pois não é necessário que o acidente típico ou a doença ocupacional sejam a causa única da incapacidade laborativa, Ainda que haja uma causa extralaborativa, *se a causa laborativa contribuiu diretamente para a perda ou redução da capacidade de trabalho, ter-se-á que mensurar o grau dessa contribuição*, para efeito de imposição da obrigação de reparar o dano pelo empregador.

De acordo com Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (4), a concausalidade

[...] nada mais é que a aceitação de que, na ocorrência acidentária, podem concorrer uma causa vinculada ao trabalho e outras tantas sem qualquer relação com a atividade laboral, denominadas de concausas. A concausalidade, portanto, é circunstância independente do acidente e que à causa deste se soma para dar o resultado danoso final. O fundamento lógico da concausalidade é que a causa traumática ou o fator patogênico sozinhos não geram idênticas conseqüências na totalidade de pessoas, isto porque cada uma tem maior ou menor poder de reação a tais causas agressivas, ou maior ou menor receptividade a seus aspectos negativos”.

Miguel Augusto Gonçalves de Sousa (5) exemplifica com o caso de empregado que se revela portador de hérnia inguinal após a prática de determinado esforço no exercício de seu trabalho na empresa. Esclarece que, embora os exames médicos posteriores possam revelar que a hérnia seria decorrente de predisposição mórbida da vítima, mesmo assim trata-se de evento indenizável (de acidente do trabalho), pois o trabalho contribuiu, ainda que em parcela mínima, para a manifestação da doença. Conclui que, em síntese, *a contribuição do infortúnio, ainda que mínima, para que a doença congênita se revele ou se agrave, conduzirá à responsabilidade do empregador*, o qual somente será isento se comprovar a inexistência de qualquer relação de causa e efeito entre o fato e a doença.

Outrossim, como já se ressaltou alhures, uma vez demonstrado por perícia técnica que o trabalhador adquiriu doença do trabalho por causa das condições especiais em que seu mister era prestado, não pode o empregador alegar que, pelo pequeno período de prestação dos serviços, a doença não foi adquirida em sua empresa, mas em empregos anteriores, mormente quando o trabalhador tenha sempre desempenhado as funções para as quais foi contratado. Isso ocorre com bastante frequência no setor sucroalcooleiro, no qual os cortadores de cana-de-açúcar têm adquirido, cada vez mais, doenças ocupacionais em razão dos esforços repetitivos e da postura exigida para o referido corte (tenossinovites, lombalgias etc.). Até porque *bastaria que a empresa tivesse rigor no exame médico admissional para constatar que o trabalhador já era portador de alguma doença relacionada ao trabalho*. Se não o fez, ou se atestou a aptidão laborativa do trabalhador, não pode posteriormente alegar que a doença não foi adquirida em seu estabelecimento (6). A presunção lógica após a admissão do trabalhador, em que ele foi considerado apto, se porventura alguma doença, ainda que congênita, se revele posteriormente, é a de que o trabalho para isso tenha contribuído (7).

Não há falar, em tais hipóteses, nem sequer em concausa para a doença ocupacional, porquanto a causa extralaborativa não está relacionada ao trabalho em si. Quando muito se pode admitir, por equidade,

uma atenuação da responsabilidade do empregador quando efetivamente comprovado que o trabalho desempenhado na empresa demandada, por si só, não teria ocasionado a doença laboral (8).

Por isso se deve compreender que as doenças excluídas por força do § 1º do art. 20 da Lei. 8.913/1991, *principalmente a doença degenerativa*, são aquelas em que não há qualquer contribuição da causa-trabalho, e geralmente se revelam quando a pessoa tem uma idade mais avançada, não sendo razoável que o trabalhador tenha uma doença degenerativa antes dos quarenta anos de idade, salvo em hipóteses excepcionais.

A *doença degenerativa* não se trata de doença ocupacional porque tem como causa o desgaste normal do corpo humano, *a não ser que a doença tenha um agravamento por condições especiais do trabalho*, ou até um agravamento pós-traumático, por exemplo, a hérnia de disco, as artroses e outras. Observa Tupinambá (9) que a doença degenerativa não é doença ocupacional pela ausência de nexo de causa e efeito com o trabalho, tendo em vista que provém de uma causa natural, por simples fenomenologia involutiva, sendo o que normalmente ocorre com as doenças da coluna, tais como espondiloartrose, artrose, lombalgias em geral e outras doenças. Entretanto, ressalva o referido autor que, *se a doença degenerativa se encontrava em estágio inicial, ainda não incapacitante, e só aparece após uma “causa-trabalho”, a esta se soma como concausa preexistente*, razão pela qual, pelo princípio da concausalidade, não há falar na exclusão ora analisada.

2.2 Reflexões necessárias sobre a temática

Daí se verifica, portanto, quão necessária se faz a compreensão, por parte dos senhores peritos médicos, do *aspecto jurídico* que envolve a verificação das doenças ocupacionais, sendo que o Direito, assim como a Medicina, não se trata de uma ciência exata e, por isso, não se pode exigir certeza (absoluta) sobre a contribuição da causa laborativa para o aparecimento da doença ocupacional.

Ora, se o trabalhador é admitido, faz exame admissional e *é considerado apto para o trabalho*, não havendo nos autos nenhuma prova, ou melhor,

nenhum indicio de que haja uma causa extralaborativa a desencadear as doenças posteriores, a presunção, quase absoluta, é a de que *o trabalho desempenhado agiu, no mínimo, como concausa no surgimento da doença.*

A esse propósito, *algumas questões* podem ser colocadas, *para a reflexão*:

1ª) Por que presumir que a doença não decorre do trabalho, sem nenhuma justificativa médica convincente?

2ª) Por que não se pode presumir que a doença decorre do trabalho, mormente quando o trabalhador nenhuma doença apresentava antes de ser admitido?

3ª) Se o próprio legislador verificou que este tipo de situação é danosa para a sociedade e resolveu estabelecer o NTEP por meio da Lei n. 11.430/2006, para que se possa presumir que a doença decorre do trabalho realizado, segundo estatísticas que demonstrem que determinada atividade econômica propicia, mais que outras, doenças, por que os peritos médicos insistem na comprovação cabal, irretorquível, da relação de causalidade entre a doença e o trabalho?

4ª) Por que não presumir o nexo causal, se até na esfera administrativa, para a concessão de benefícios previdenciários, agora se presume a relação de causalidade, invertendo-se o ônus da prova, nos moldes do art. 337 e §§ do Decreto n. 3.048/99?

5ª) Se o Perito não consegue mensurar os fatores extralaborais para o aparecimento da doença, qual o fundamento para a conclusão de que a doença não tem relação com o trabalho?

6ª) Por que presumir que a doença é degenerativa quando há evidências de que o trabalho contribuiu, em alguma medida, para o surgimento ou antecipação da doença?

Outrossim, de se observar que nas “lides” trabalhistas não se investiga incapacidade total para todo e qualquer trabalho, que ensejaria a concessão de aposentadoria por invalidez, mas simplesmente a *incapacidade para o exercício das atividades inerentes ao ofício ou profissão do trabalhador*, nos moldes do art. 950 do Código Civil.

De tal sorte que, se o trabalhador não pode mais se ativar no labor para o qual foi contratado, se não pode mais exercer sua profissão, está totalmente incapacitado para o seu ofício. Principalmente se ele se encontrar no gozo de algum benefício previdenciário relacionado ao trabalho.

3. O EXAME DE UM CASO CONCRETO

Certa feita, ao julgar um processo com pedido de indenização de danos material e moral decorrentes de doença ocupacional, deparei-me com uma situação angustiante. Pois bem, o caso concreto tinha as seguintes características:

a) Em sua causa de pedir, a autora alegou que foi acometida de tendinite crônica no ombro e antebraço direito, tenossinovite e LER no membro superior direito, sendo que a lesão por esforço repetitivo teria sido adquirida no exercício do trabalho prestado à empresa-ré.

b) Foi designada perícia no local de trabalho, tendo o Perito Engenheiro constatado que a autora trabalhava na sala de corte do frigorífico e, no exercício de suas funções, refilava filés de frango (retirava os ossinhos de filés), dentre outras tarefas. E concluiu que, apesar de a empresa desenvolver todas as ações possíveis, especialmente a prática de ginástica laboral e o rodízio de atividades a cada período de sessenta minutos, os procedimentos desenvolvidos pela autora eram, *indubitavelmente*, repetitivos.

c) A autora já havia ajuizado outra demanda em face da empresa, postulando a indenização correspondente ao período de garantia de emprego preconizado no art. 118 da Lei n. 8.213/91, sendo que no laudo pericial elaborado o Perito Médico concluiu que a doença da autora *tem nexo de causalidade* com seu labor. Com base no referido laudo pericial a ré foi condenada a pagar à autora a indenização postulada e interpôs recurso ordinário, mas a este foi negado provimento, porquanto a perícia médica comprovou que a autora praticava movimentos repetitivos, razão pela

qual a doença de que é portadora (LER) *tem nexa causal com o trabalho*, conclusão que é reforçada pelo fato de a autora, quando admitida, ter sido considerada apta.

d) Ela tinha ajuizado, também, ação previdenciária em face do INSS, tendo o Perito Judicial, após a análise do histórico da autora e de ressonância magnética realizada em seu ombro direito, concluído que ela apresenta um quadro clínico compatível com tenossinovite de ombro e braço direito decorrente de LER/DORT, e que se encontra em estado de *incapacidade total* para qualquer atividade laboral. E posteriormente, nos autos daquele mesmo processo, foi concedida à autora *aposentadoria por invalidez*, em razão de sua incapacidade definitiva.

e) Todo este histórico parece indicar que não havia outra solução possível que não fosse a de, *primeiro, constatar que a autora encontrava-se incapacitada para o trabalho; segundo, que a doença de que é portadora - LER - decorre, inexoravelmente, do trabalho desempenhado na empresa-ré.*

f) Entrementes, designada perícia médica nos autos do processo em análise, o Perito Judicial concluiu, sem qualquer fundamentação baseada em exames realizados, que a autora é portadora de fibromialgia e encontrava-se apta para o trabalho. E afirmou, ainda, que a tendinopatia do supra-espinhoso apresentada na ressonância magnética não estava relacionada ao trabalho.

g) Dada a inconsistência daquela conclusão, designei a realização de *nova perícia médica*, nos termos dos arts. 437 e 438 do CPC.

h) Qual não foi a minha surpresa ao verificar que a Perita nomeada não encontrou nenhuma doença relacionada ao trabalho. Ela concluiu que a autora é portadora de síndrome de impacto em ombro direito residual, conforme ressonância magnética já referida, cervicobraquialgia e fibromialgia, afirmando que a somatória dos diagnósticos caracteriza um quadro de incapacidade parcial permanente, com restrições para atividades que causam sobrecarga osteo articular - notadamente em coluna cervical e membro superior direito. Por fim, concluiu não haver nexa de causalidade entre as doenças verificadas e o trabalho realizado pela autora.

i) E por mais que a autora tenha impugnado o referido laudo e este juiz observado que a impugnação estava muito bem fundamentada, a Perita, por duas vezes, manteve a conclusão anterior, quanto à inexistência denexo causal.

Nem é preciso muito esforço para se constatar que a conclusão pericial, no caso concreto, está totalmente equivocada quanto ao nexode causalidade.

3.1 A equidade e as máximas de experiência comum

É em casos como este que o juiz sente recair sobre seus ombros o peso da responsabilidade de seu cargo. Isso porque a sociedade espera do juiz não um mero aplicador do texto legal, não um conformista na análise da prova produzida, nem mesmo a pericial, necessária quando o caso concreto depender de conhecimento especial de técnico para a sua elucidação.

Em todos os casos, mas principalmente naqueles em que a solução apontada pela interpretação da lei - inclusive das regras sobre a prova - levam a uma situação de injustiça, deve o juiz buscar a *equidade*, ou seja, a justiça do caso concreto, na milenar definição de Aristóteles.

Com efeito, o juiz não deve ser um mero aplicador de leis, tampouco conformar-se com interpretações dadas como irrecusáveis, ainda que seja a interpretação técnica de um perito judicial. Antes, deve basear-se na *lógica do razoável*, conforme ensinamento irrepreensível de Recaséns Siches, o grande filósofo que fez acertada crítica aos métodos de interpretação do direito, propondo em lugar deles que o intérprete busque, sempre, uma solução que seja razoável, adequada e promova a justiça do caso concreto, de modo que a *lógica do razoável é a versão contemporânea da equidade*.

Nessa busca da solução justa, pode e deve o juiz cercar-se das *máximas de experiência comum*, adquiridas pela observação do que ordinariamente acontece em determinadas situações, na sua região, ou mesmo em específicas atividades empresariais, nos termos do art. 335 do CPC.

A título exemplificativo, podem ser apontadas as *situações especiais dos cortadores de cana-de-açúcar e dos trabalhadores em frigoríficos*.

Quanto aos primeiros, eles exercem um trabalho *excessivamente penoso*, com um esforço físico desmedido, incomensuravelmente maior do que o despendido pelos outros trabalhadores, além de repetirem os mesmos movimentos inúmeras vezes ao dia.

Há um estudo demonstrando que os cortadores de cana-de-açúcar têm uma intensa movimentação diária em seu trabalho, executando de 10.000 a 12.000 movimentos do membro superior por dia, numa jornada de oito horas ou mais, ao que se soma o fato de que precisam executar de vinte e cinco a trinta movimentos de levantar e abaixar o membro superior por minuto (cerca de 14.400 movimentos numa jornada de oito horas diárias). Associada à intensa movimentação dos membros superiores ainda há a transmissão mecânica do impacto da lâmina do podão no colmo da cana-de-açúcar ao braço do trabalhador (10). Essa intensa atividade física, de movimentação e de esforços repetitivos, leva a constantes afastamentos dos trabalhadores por motivo de doenças, especialmente a chamada LER (Lesão por Esforço Repetitivo).

Como se não bastasse, no ano de 2005 foram noticiadas pela imprensa várias mortes de cortadores de cana no Estado de São Paulo, *atribuídas ao excesso de trabalho*. Embora as investigações ainda estejam em curso, há indícios de que as mortes decorreram da fadiga provocada pelo excesso de atividade laborativa. Se há estudo comprovando que para a colheita de dez toneladas de cana-de-açúcar por dia o trabalhador desfere cerca de 10.000 mil golpes de podão, mostra-se bastante razoável a interpretação de que as mortes tenham alguma relação com o excesso de trabalho porque os cortadores que faleceram tinham cortado 12 ou mais toneladas de cana por dia, sendo que um cortador faleceu após cortar 25 toneladas de cana em um só dia (11).

Essa realidade não pode ser ignorada pelo juiz, ao julgar casos em que cortadores de cana-de-açúcar aleguem ter adquirido doença ocupacional no desempenho de seu mister.

No que diz respeito aos *trabalhadores de frigoríficos*, desde 2004 tenho verificado, em duas cidades do interior do Estado de São Paulo - nas quais atuei como Juiz Titular de Vara -, que tais laboristas desenvolvem um serviço altamente repetitivo, em um ambiente de extrema concentração e, em certa medida, deprimente, pois estão a fatiar um ex-ser vivo.

Outrossim, em inúmeros casos o Perito Engenheiro, após medições do tempo despendido em cada ciclo operacional, tem verificado que os trabalhadores da sala de cortes dos frigoríficos exercem mais de vinte mil movimentos diários no talhe de aves. Há relatos de exigência de corte de quatro ou cinco partes - coxas, asas e filés - por minuto. E estatísticas reveladas em ações civis públicas apontam 54 ou mais movimentos por minuto, praticamente, um por segundo, repetidamente, em oito horas ou mais de trabalho por dia.

Como se não bastasse, há incontáveis afastamentos dos trabalhadores das empresas do setor, com queixas reiteradas de extrema dor nos tendões, nos antebraços e nos ombros, em razão da velocidade da produção. É possível verificar, inclusive, um altíssimo índice de faltas ao trabalho, com a alegação dos trabalhadores de que é insuportável o ritmo de serviço exigido pelas empresas, além do que sempre referem a recusa no recebimento de atestados médicos para justificar as ausências.

E, o que é pior, em muitas ocasiões o que se verifica é simplesmente o “descarte” dos funcionários que não conseguem mais alcançar a produção almejada pelas empresas, os quais são dispensados logo após a alta médica do INSS. Deixam, assim, as empresas de cumprir sua função social, sendo que poderiam readaptar o empregado para outra atividade que não exija os mesmos esforços repetitivos.

Em outros casos, nota-se um verdadeiro “jogo de empurra”, pois que o trabalhador recebe alta do INSS e volta à empresa, mas não consegue trabalhar; a empresa o orienta a voltar ao Instituto, por vezes sem a documentação necessária, e o trabalhador fica “de um lado para o outro”, sem receber salário ou benefício previdenciário.

Também essa realidade não pode ser ignorada pelo juiz, ao se deparar com casos em que trabalhadores de frigoríficos aleguem ter adquirido doença do trabalho, especialmente LER, no desempenho de sua atividade.

Enfim, se não houver prova alguma de causa extralaborativa a desencadear a referida doença - LER -, a solução mais razoável ou equânime, na busca da justiça do caso concreto, sem dúvida, é a de que a doença decorre, única e exclusivamente, do trabalho desempenhado, seja no corte de cana-de-açúcar, seja na sala de corte de frigoríficos, a título de mero exemplo.

Somente assim se estará, de fato, observando o *direito humano à proteção da saúde*, previsto no art. XXV.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, mais especificamente, o *direito humano à saúde do trabalhador*, reconhecido, também, no art. 12 do PIDESC - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário.

4. A SAÚDE DO TRABALHADOR COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Dentre os direitos sociais que foram reconhecidos à pessoa humana e há quase um século estão catalogados nas Constituições contemporâneas como direitos fundamentais, o direito à saúde assume especial relevância, porquanto de pouca valia os direitos de liberdade se a pessoa não tem uma vida saudável que lhe permita fazer suas escolhas. Basta lembrar que, estando doente, a pessoa não pode trabalhar e, se desempregada, não terá forças para exercer o seu direito ao trabalho, outro direito humano fundamental. Demais, conforme a doença que lhe tenha acometido, não poderá exercer determinadas atividades profissionais, diminuindo o seu leque de escolha quando da procura de trabalho, pouca valia tendo nesses casos a liberdade preconizada no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal.

Destas breves considerações se pode deduzir que *a saúde do trabalhador*, como espécie da saúde em geral, *é um direito humano* e, como tal, é inviolável, devendo ser observado rigorosamente tanto pelo empregador

quanto pelo Estado em sua atividade regulatória e de fiscalização. E que quaisquer violações a esse direito fundamental, principalmente se resultado de acidente do trabalho, devem encontrar uma resposta satisfatória do sistema jurídico, pela voz interpretativa da doutrina e da jurisprudência.

No sistema jurídico brasileiro, observa-se que somente na Constituição da República de 1988 é que a saúde foi positivada como um direito fundamental. Numa análise das Constituições mais recentes, nem a Constituição de 1946 nem a de 1967, tampouco as Emendas Constitucionais que se inauguraram a partir de 1969 (Primeira Emenda) trataram do tema saúde como um direito fundamental. A atual Constituição *inovou em matéria de direitos fundamentais*, e, dentre os direitos sociais assegurados pelo art. 6º, *pela primeira vez a saúde foi positivada como um direito fundamental*.

Demais, ela criou um título específico para a Ordem Social (Título VIII). Neste, assegurou o direito à saúde como um *direito de seguridade social*, mais precisamente como um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, nos termos de seu art. 196. Cuidou como de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197), que, segundo o art. 198, constituem um sistema único (SUS). Dentre as atribuições do SUS, arroladas no art. 200, destaca-se a de colaborar na *proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho* (inciso VIII).

Quanto às leis infraconstitucionais, a mais importante é a Lei nº 8.080, de 19-9-90 - Lei Orgânica da Saúde -, que regulamenta o Serviço Único de Saúde, dispondo seu art. 3º que:

Asaúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

De modo que há, indubitavelmente, uma estreita ligação entre o direito à saúde e o direito à vida. O que se protege na tutela da saúde é, em última instância, o direito humano à vida e à incolumidade física e funcional (inclusive mental ou psíquica). A interpretação sistemática da Constituição brasileira isso revela, encontrando-se nela, pois, um *fundamento máximo* à mencionada proteção.

Em suma, pode-se afirmar que o direito à vida e suas projeções exteriores, as referidas integridade física e moral, convergem com o direito à saúde, para se tornar um só.

Pois bem, se a saúde é o mais completo bem-estar físico, mental e social que o Estado deve proporcionar às pessoas, porquanto o ser humano tem um direito fundamental ao gozo do grau máximo de saúde que se pode alcançar em determinado tempo e lugar; se o direito à proteção da saúde comporta duas vertentes, uma de natureza negativa e outra de natureza positiva, *também o direito à saúde do trabalhador deve ser examinado nessa perspectiva*, por ser uma espécie daquela.

A assertiva de que a saúde do trabalhador é espécie da saúde geral, ou que se trata de conteúdo deste continente, pode ser extraída da interpretação das normas destinadas à disciplina da matéria, em nível constitucional e principalmente na legislação infraconstitucional.

A Constituição de 1988, de forma inédita, positivou a saúde como um direito fundamental, posto como um direito social (arts. 6º e 196 a 200). Relativamente à saúde do trabalhador, além da disciplina mais avançada do que nas Constituições anteriores (art. 7º, incisos XXII e XXVIII), as quais se referiam apenas a higiene e segurança do trabalho, *a Constituição atual contém um capítulo específico sobre a proteção do meio ambiente* (art. 225), um dos fatores fundamentais à garantia da saúde, quicá o mais importante, preconizando que *no meio ambiente geral está compreendido o meio ambiente do trabalho* (art. 200, inciso VIII), como já enfatizado.

5. O CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

A saúde do trabalhador é um direito humano fundamental de natureza negativa e positiva, que exige tanto do empregador quanto do Estado não somente a abstenção de práticas que ocasionem a doença física ou mental do trabalhador, mas também uma positividade, isto é, a adoção de medidas preventivas de tal doença. Eis aí os dois aspectos essenciais do mencionado direito: a) o direito à abstenção; b) e o direito à prestação, por sua vez subdividido em direito à prevenção e direito à reparação.

Se para a garantia do direito à saúde o Estado tem de cumprir algumas obrigações básicas, *também no campo da saúde do trabalhador ele tem de cumprir estas mesmas obrigações*, porquanto se trata de espécie da saúde geral. Por isso o SUS tem diversas atribuições relacionadas à saúde laboral, de acordo com o art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.080/90.

No que se refere às obrigações básicas do empregador, para a garantia do direito à saúde do trabalhador, ele tem de cumprir todas as prescrições normativas sobre o tema, estejam elas na Constituição, nas leis infraconstitucionais, nas regulamentações, nas chamadas normas “coletivas”, ou nas disposições de caráter internacional, como os tratados, convenções e recomendações. Porém, é melhor identificar as normas aí contidas com aqueles dois aspectos dantes mencionados, do direito à abstenção e à prestação, incluindo neste o direito à prevenção.

No tocante ao primeiro aspecto, tem o trabalhador o *direito de abstenção* do empregador em duas vertentes:

1ª) *quanto ao fator tempo de trabalho*: a) não-exigência de prestação de horas extras habituais (art. 7º, XIII e XIV, da CR); b) não-exigência de labor nos intervalos intra e interjornadas; c) não-exigência de trabalho nos dias de repouso semanal e feriados, tampouco nos períodos de férias (art. 7º, XV e XVII); d) não-exigência de trabalho da mulher durante o período de licença-maternidade (art. 7º, XVIII); e) não-exigência de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos (art. 7º, XXXIII);

2^a) quanto ao fator saúde mental ou psíquica, sendo que o direito de não-agressão a essa saúde compreende: a) o não-tratamento rigoroso, vexatório, quando das ordens e fiscalização do serviço; e b) a não-exigência de produtividade superior às forças físicas e mentais do trabalhador.

Quanto às prestações a que está obrigado o empregador, trata-se de um imenso caudal de normas, envolvendo: a) a obrigação de prevenção; b) e a obrigação de reparação. Esta envolve a responsabilidade do empregador pelos danos de natureza física ou funcional (inclusive mental) causados ao empregado, em decorrência de acidente do trabalho ou doença ocupacional, matéria que foge aos estreitos limites deste artigo.

5.1 A proibição da realização de horas extras habituais

Conquanto se tratem de normas de eficácia plena as dos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição, tem havido uma prática abusiva de horas extras que retira todo o efeito protetivo destas normas, razão pela qual não se entende a omissão do Estado brasileiro em proibir a realização de horas extras “habituais”.

Ora, a luta pela preservação da saúde dos trabalhadores teve como ponto de partida a *limitação do tempo de trabalho*. Daí a luta pela fixação da jornada de trabalho em 10 horas diárias, o que se alcançou na Inglaterra em 1847, após o que os operários ingleses passaram a lutar pela fixação da jornada em oito horas diárias.

Acolhendo essa luta, o nascente direito internacional do trabalho a incorporou em seus objetivos, tanto que a primeira Convenção da OIT, já no ano de 1919, limitou a duração normal do trabalho em oito horas diárias, fazendo restrições ao trabalho extraordinário. Em continuidade, no ano de 1935, para combater o desemprego em massa a OIT aprovou a Convenção n. 47, adotando a jornada semanal de 40 horas. No entanto, essa Convenção tinha sido ratificada por apenas seis países até 1980. Por isso, objetivando atender ao postulado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, preferiu a OIT, já na década de 1980, adotar a Recomendação nº 116/82, “que propõe a redução progressiva da duração

do trabalho até alcançar a semana de 40 horas, com severas restrições ao trabalho extraordinário” (12).

No Brasil, a Constituição-cidadã de 1988 alçou os direitos trabalhistas ao patamar de direitos humanos, quando preconizou que a República Federativa brasileira tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV) e assegurou que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros que emanem do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). Outrossim, do extenso rol do seu art. 7º, inserido no título dos direitos e garantias fundamentais, um dos comandos mais importantes é o de *limitação da jornada diária de trabalho*. Daí vem o preceito de que o trabalho normal não dure mais do que oito horas diárias, não podendo ultrapassar a quarenta e quatro horas semanais (inciso XIII), jornada que deve ser limitada a seis horas diárias no labor em regime de turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV).

Portanto, a previsão de remuneração maior para o serviço extraordinário, de no mínimo 50% em relação ao valor da hora normal (inciso XVI), não pode, em absoluto, ser interpretada de forma isolada, mas de modo sistemático com os demais dispositivos constitucionais que tratam da matéria, interpretação que leva indubitavelmente à conclusão de que só há permissão para o trabalho extraordinário se, *ordinariamente*, forem respeitados os limites diário e semanal de duração do labor. Não há espaço, assim, para a exigência de horas extras “habituais” dos empregados brasileiros, urbanos ou rurais, prática que implica em desrespeito manifesto à norma constitucional. A única maneira de prorrogar diariamente a jornada de trabalho, autorizada pela própria Constituição, é a faculdade de compensação de horários, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, faculdade esta que não foi estendida para o labor em turnos ininterruptos de revezamento. Basta uma interpretação sistemática dos incisos XIII e XIV do art. 7º da CR/88 para se chegar a essa obviedade.

A hora extra, exatamente por ser extraordinária, jamais poderia ser habitual. Segundo os léxicos, extraordinário é o que não é ordinário, ou

seja, o que é excepcional, raro, não rotineiro. Daí se vê que a prestação de serviços em sobrejornada jamais poderia ser fato comum ou corriqueiro. Muito pelo contrário, as horas extras somente poderiam ser exigidas do trabalhador na ocorrência de *atos excepcionais* que, portanto, não ocorrem no cotidiano da atividade empresarial.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 61, disciplina que as horas extraordinárias podem ser exigidas no caso de *necessidade imperiosa*, para fazer face a motivo de força maior e para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou que devem ser executados sob pena de prejuízo manifesto. Demais, o § 3º deste mesmo dispositivo disciplina que a prestação de horas extras para a recuperação do tempo perdido, resultante de causas acidentais ou de força maior, não poderá exceder de *dez horas diárias* e não poderá ocorrer em período superior a *quarenta e cinco dias por ano*. Na interpretação lógica e sistemática destas normas se pode concluir que o legislador se preocupou em definir parâmetros a fim de que o serviço extraordinário tivesse *limites objetivos*, dado que a limitação do tempo de trabalho não pode conviver com horas extras “habituais”.

Omisso, portanto, o Estado brasileiro, ao não ter, ainda, editado norma proibitiva da realização de horas extras “habituais”, inclusive com penalizações ao empregador ou tomador de serviços que insistir nessa prática nefasta.

5.2 A relação direta entre horas extras e acidentes do trabalho

Além dos argumentos já expendidos contra a exigência de sobrejornada habitual, de se ter presente que a maioria dos acidentes do trabalho ocorre no lapso de prestação de horas extras, sobretudo a partir da nona hora diária, em que é maior o cansaço, a fadiga e, por óbvio, menor a atenção e a concentração do empregado. Estudos recentes indicam um aumento no risco de acidentes em função do tempo de trabalho. *O maior risco ocorre em torno da nona hora da jornada diária. Com 12 horas de trabalho este fator de risco aumenta em dobro e com 14 horas de trabalho contínuo ele aumenta em três vezes (13).*

Pois bem, há nisso tudo uma relação direta de causa e efeito. Se o Brasil é um dos campeões mundiais de acidentes do trabalho é porque *está nas primeiras colocações no jogo desumano da exigência de sobrejornada.*

É estarrecedor o número de acidentes do trabalho que ocorrem todos os anos no Brasil, apresentando os contornos de uma guerra civil, como já se enfatizou.

Outrossim, embora não haja estudos específicos a respeito, é possível sustentar que grande parte das doenças ocupacionais é, pelo menos, agravada pela prestação diuturna de horas extras, pois durante estas *há uma conjugação dos fatores de risco à saúde do trabalhador com a fadiga advinda da sobrejornada.* E, em se tratando de lesões por esforços repetitivos - LER -, é indubitável que a prestação de horas extras potencializa, ao máximo, a chance de aquisição da doença, principalmente se não concedidas as pausas necessárias para a recuperação da força muscular e das energias mentais.

Portanto, essa *intensificação absurda do trabalho, quantitativa* - principalmente pelas horas extras - *e qualitativa* - excesso de produtividade, má divisão dos horários de trabalho (banco de horas), insuficiência das pausas -, tem desaguado num aumento assustador das doenças ocupacionais, cujas estatísticas, advindas dessa preciosa ferramenta que é o NTEP, têm revelado um aumento de mais de 1.000% na quantidade de doenças relacionadas ao trabalho.

Imprescindível, assim, um aperfeiçoamento do NTEP e uma investigação científica dos dados revelados pelas estatísticas, para que se possa chegar às verdadeiras causas de tantos adoecimentos e acidentes por causa do trabalho, bem como à formulação de propostas com o escopo de se mudar essa triste realidade.

Particularmente, já fiz um estudo desses dados, no que toca ao excesso de jornada de trabalho, mas essa análise, objeto de minha tese de doutorado - que será defendida no final de junho, na Espanha -, somente poderá ser divulgada no segundo semestre deste ano, quiçá num livro específico sobre o tema.

O que se pode antecipar, a título de conclusão nesse momento, é que *o excesso de trabalho* - extensas jornadas, sem pausas adequadas e com a ritmicidade que alguns setores exigem, como a indústria - *realmente é uma das causas do aumento vertiginoso das estatísticas da sinistralidade laboral*. Isso revela que, de fato, as horas extras não podem ser exigidas com habitualidade, mas apenas quando da ocorrência de fatos *extraordinários* que justifiquem sua prestação.

Somente assim haverá efetividade na proteção à saúde do trabalhador, em respeito ao direito fundamental a uma vida digna, fundamento último de qualquer sistema jurídico. Em suma, *é necessário trabalhar para viver, não viver para trabalhar*.

REFERÊNCIAS

- (1) BABACE, Héctor. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: Tendencias de la legislación comparada con especial referencia al derecho uruguayo*. 2. ed. rev., actual. y ampl. Motenvideo: Fundación de cultura universitária, 2005, p. 35.
- (2) MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas*. 3. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14-15.
- (3) SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Acidentes do trabalho: estudos doutrinários e pesquisas "de campo": jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1988, p 133-134.
- (4) NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de direito infortunístico*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 45.

- (5) SOUSA, Miguel Augusto Gonçalves de. *Acidentes do Trabalho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1964, v. 1, p. 35-36.
- (6) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. São Paulo: LTr, 2008, p. 102.
- (7) SOUSA, Miguel Augusto Gonçalves de. *Acidentes do Trabalho*, p. 37.
- (8) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*, p. 102-103.
- (9) NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de direito infortunístico*, p. 61.
- (10) GOMES, Jorge da Rocha; FISCHER, Frida Marina; BEDRIKOW, Bernardo. Trabalho da criança e do adolescente no corte da cana-de-açúcar. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, 2001, p. 16-17.
- (11) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 204.
- (12) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000, p. 380.
- (13) DE MELLO, Marco Túlio; SANTOS, Eduardo Henrique Rosa; TUFIK, Sérgio. Acidentes automobilísticos, direção e sonolência excessiva. Coletânea de textos técnicos. V. 01. In: *Seminário em ergonomia e qualidade de vida no setor de transporte*, 2001, São Paulo. Brasília-DF: Confederação Nacional dos Transportes, Sistema SEST/SENAT, 2001, p. 14-15.

O TRABALHADOR DE REALITY SHOW

Zeno Simm¹

Sob este mesmo título, o destacado professor espanhol Juan Pablo Maldonado Montoya² publicou interessante e alentado artigo³ em que analisa a situação jurídica dos participantes dos programas televisivos transmitidos em tempo real em que as pessoas convivem confinadas em uma casa durante um certo tempo e vão sendo gradativamente eliminadas até que se proclame o vencedor e ganhador de um prêmio adremente estabelecido.

Baseando-se, por óbvio, na legislação trabalhista e previdenciária da Espanha (que, todavia, não é muito diferente da brasileira), o autor conclui pela existência de uma **relação de emprego** entre os participantes do programa e a emissora de televisão, fazendo também uma interessante análise sobre a (i)licitude desse contrato sob a ótica da invasão da privacidade e noticiando que a matéria já foi objeto de apreciação judicial naquele país⁴.

O que se pretende aqui e agora não é analisar o tema em si, nem mesmo à luz do Direito brasileiro, mas tão somente comentar o estudo feito pelo Prof. Maldonado para, quem sabe, suscitar o debate em nosso país, ficando com os pesquisadores mais qualificados essa tarefa de abordar o assunto com a merecida profundidade.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1972), especialização em Metodologia Científica voltada para o Ensino Jurídico (Unicuritiba, 1997) e em Estado Social e Globalização (Univesidad de Castilla-La Mancha, 2003) e mestrado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2007). Desembargador Federal do Trabalho aposentado. Atualmente é advogado e professor em cursos de pós-graduação e membro de entidades científicas. Integra os Conselhos Editoriais do Instituto de Pesquisas Jurídicas-Bonijuris (Curitiba) e da Editora Magister (Porto Alegre). Doutorando pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Tem experiência na área de direito social, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito da Seguridade social.

² Professor de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidad San Pablo CEU, de Madrid.

³ El trabajador del “reality show”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, n. 83, p. 355-72, 2009.

⁴ Ao longo do seu estudo, o autor cita diversas decisões do Tribunal Superior de Justiça de Madrid a respeito do tema, a maioria do ano de 2008, algumas admitindo e outras negando a relação laboral entre a produtora e o participante.

De plano, porém, mostra-se interessante apresentar o resumo daquele artigo feito pelo próprio Prof. Maldonado Montoya:

O trabalho como espetáculo chega hoje ao extremo, em situações em que o ocorrido não é exatamente que o poder de direção e vigilância do empresário suponha uma intromissão no direito à intimidade do trabalhador, senão que a intimidade se integra e converte, precisamente, no objeto do contrato. Faz-se aqui uma reflexão sobre este fenômeno a partir de uma hipótese paradigmática, o “*reality show*”. Desde há alguns anos as redes de televisão oferecem aos telespectadores uma nova modalidade de programa de televisão, no qual várias pessoas selecionadas em função de suas qualidades pessoais dentre uma multidão de candidatos são enclausuradas em um mesmo espaço e de forma continuada durante dias, semanas e meses, competindo entre si. A relação existente entre a produtora de televisão e os concorrentes é de natureza trabalhista. Estão presentes os requisitos exigidos no artigo 1.1 ET.⁵ O problema se instala pela renúncia ao direito a respeito da intimidade do trabalhador que contrato deste tipo implicam, o que gera a nulidade parcial do contrato de trabalho. Questão também problemática é a do caráter comum ou especial, como artista em espetáculo público, desta relação laboral, inclinando-se a balança por esta última; devido mais ao que tem de trabalho em um espetáculo que de artístico. De certo modo, a hipótese do concorrente ao *reality show*

⁵ Artigo 1.1 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha: “A presente lei será de aplicação a todos os trabalhadores que voluntariamente prestem seus serviços retribuídos por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário.”

parece-se com a do ator pornográfico. Enfim, hipóteses desta natureza merecem uma reflexão sobre a dignidade do trabalho assalariado e o fundamento moral do Direito do Trabalho.

O articulista inicia seu trabalho discorrendo sobre o programa em si, salientando o isolamento dos participantes e a ausência de intimidade em razão das câmeras e microfones, bem como sua sujeição a técnicas psicológicas destinadas a mostrar ao público suas emoções, com a produtora fazendo a edição ou montagem das cenas que decide mostrar nas telas, oferecendo “um produto extremamente mórbido”. Acrescenta que não se trata de um “documentário ou experimento sobre a conduta dos homens e mulheres enclausurados ou confinados”, mas sim de um espetáculo, de um *show*. Refere-se também ao caráter competitivo do evento, apresentando-se o programa como um concurso ou jogo, mas que deixa perplexo quem (por pouco sensível ou sensato que seja) a ele assiste e que nisso “há algo que repugna (quicá seja esta a chave do êxito de audiência)”.

O Prof. Juan Pablo Maldonado faz referência ao direito à intimidade, assegurado constitucionalmente também na Espanha, salientando que o Tribunal Constitucional daquele país não assegura proteção a quem voluntariamente retira aquilo que considera íntimo da sua órbita ou que dela sai por causas atribuídas a si próprio. Trasladando-se esse entendimento à hipótese em análise, em que os concorrentes do programa de televisão estão dispostos a ceder sua intimidade, aparentemente nada se poderia objetar juridicamente, mas sustenta o autor que “essa explicação não é convincente”, entendendo que “os supostos concorrentes fazem algo mais que participar de um concurso”.

Para concluir pela existência de uma relação de emprego neste caso, o Prof. Maldonado analisa suas principais características: a pessoalidade, a alheabilidade do trabalho, a dependência ou subordinação e a atividade produtiva.

Sobre a atuação de cada participante, diz o autor que ela se dá a **título pessoal**, pois os concorrentes não são escolhidos ao acaso, mas sim “após terem superado um exaustivo e longo processo de seleção”, sendo recrutados aqueles que “a juízo da empresa farão com que o programa seja mais atrativo para um maior número de teventes”. Acrescenta que algumas vezes o próprio processo seletivo já constitui um espetáculo em si mesmo, suscetível de ser explorado pela emissora, com o uso de “técnicas modernas de seleção dos trabalhadores, começando pela entrevista de trabalho”.

Depois, o Prof. Maldonado assevera que a atividade do participante é feita **por conta alheia**, já que os supostos “concorrentes” realizam uma atividade no âmago do programa, cedendo antecipadamente os frutos (qualquer utilidade patrimonial daí derivada) à produtora. Executam uma atividade que, juntamente com o restante soa recursos humanos do programa (diretores; psicólogos; maquiadores; técnicos de luz, imagem e som; câmeras; apresentadores, etc.), “tem como resultado um produto, que é o que se emite pela televisão, que explora a produtora e a quem correspondemos direitos sobre o mesmo”. Conclui pela presença da alheação caracterizadora do contrato de emprego.

Alude ainda o pesquisador espanhol que a atividade dos supostos “concorrentes” se realiza “sob o âmbito de organização e direção da empresa produtora” Eles executam suas atividades no lugar indicado pela produtora, seguindo suas instruções gerais e as ordens concretas que lhes são transmitidas por apresentadores e pessoas de conexão, entendendo o autor que tais pessoas são mandantes intermediários que “exercem de forma delegada o poder de direção do empresário” e que vem acompanhado de um poder disciplinar (imposição de algumas admoestações ou sanções leves e até mesmo a expulsão se não obedecem). Conclui tratar-se, pois, de uma atividade executada por **conta alheia e de maneira subordinada** (ainda que os participantes gozem de certas liberdades), entendendo que a produtora, o apresentador ou o setor que estabelece as possíveis provas e atividades determinadas aos participantes, “exibem ante os telespectadores um poder senhorial e absoluto sobre os supostos concorrentes”.

Por fim, acentua o autor que essa atividade por conta alheia é **retribuída**. Fazendo analogia com a retribuição paga ao presidiário que trabalha, diz o autor que o salário, por necessidade, não se entrega ao trabalhador diretamente, por estar recluso, mas ser-lhe-á pago posteriormente ou será creditado em sua conta-corrente, além da produtora fornecer bens como alimentação, bebidas, cigarros, casa, calefação e outras coisas de consumo necessário ou habitual por qualquer pessoa. Suscita a difícil questão de se definir se se está diante de salário *in natura* ou de instrumentos de trabalho, mas, de qualquer maneira, trata-se de uma atividade produtiva para quem a realiza (o participante) já que essa participação é retribuída. E é produtiva também para a empresa produtora do programa, que com ela busca obter benefícios, afirmando o autor que o Tribunal Superior de Justiça de Madrid se inclina pelo caráter laboral dessa relação sob o fundamento de que esta atividade da produtora é “dirigida à consecução por parte desta de um ganho patrimonial afinado com o fim da sua atividade empresarial”. Se, conforme o Prof. Maldonado, por **atividade produtiva** se entende a que em si mesma tem utilidade social, caberia então dizer que esta existe desde o momento em que a atividade tem como objetivo sua exploração como espetáculo ou entretenimento. Para ele, a utilidade social do espetáculo é um dado objetivo do caráter produtivo do trabalho nele realizado.

O autor traça um comparativo com o atleta de futebol, lembrando que, no passado, durante um tempo se considerou que quem chutava uma bola e participava de competição desportiva não trabalhava, mas sim jogava, então agora também é difícil ver como um trabalhador quem participa de um certame de televisão. Reporta-se às lições de Alonso Olea sobre o jogo e o trabalho: pode-se participar **produtivamente**, sendo seu exercício fonte de recursos econômicos de quem o faz, ou **improdutivamente**, buscando a distração de quem o faz.

Maldonado Montoya sustenta, assim, que o que une os supostos “concorrentes” com a produtora é uma relação trabalhista: não existem o contrato aleatório nem a recompensa pública, o que se apresenta como um

contrato civil seria na realidade um contrato de trabalho. Assevera que os participantes

não são apenas isso, ‘concorrentes’, mas também trabalhadores assalariados; a produtora é empresário no sentido jurídico-laboral; a casa é um centro de trabalho, e o premio em dinheiro, que só perceberá um dos participantes, um complemento salarial; em realidade, um incentivo. O que sucede não é que os participantes do programa de televisão ostentem a dupla condição de concorrentes e trabalhadores, mas que são trabalhadores cujo posto de trabalho é o de concorrente. Obviamente, são algo mais que concorrentes.

Partindo desta premissa, Maldonado Montoya analisa a questão da exposição pública do participante e pergunta: em sede laboral, é válida a renúncia do trabalhador ao direito do respeito à sua intimidade, reconhecido no artigo 4.2.e do ET⁶, e estar-se-ia diante de uma intromissão ilegítima na intimidade do trabalhador? Responde afirmando que se se aceitar plenamente a teoria da autotutela do direito à intimidade, não haveria vulneração a esse direito, pois a intromissão não seria ilegítima pois aceita pelo trabalhador, mas rejeita essa doutrina em se tratando de relação laboral, entendendo aplicar-se aquela teoria somente nos casos em que as partes estão em plano de igualdade, o que não ocorre no contrato de trabalho.

Mais adiante, coloca o autor a questão de o direito à intimidade do trabalhador ser renunciável, recordando, porém, que em matéria laboral vige o princípio da indisponibilidade de direitos, que na Espanha

⁶ O art. 4º. do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha trata dos direitos trabalhistas e no número 2 estabelece que “na relação de trabalho, os trabalhadores têm direito: [...] e) ao respeito de sua intimidade e à consideração devida à sua dignidade, [...]”

está consagrado no Estatuto dos Trabalhadores⁷ e, portanto, o direito à intimidade do trabalhador seria irrenunciável.

Nesta linha, o Prof. Maldonado passa analisar o tema da licitude ou ilicitude do contrato de trabalho do participante do *reality show*, para afirmar agora que ao que se assiste “não é exatamente um contrato de trabalho”, não porque faltem os elementos característicos da relação laboral, mas porque “a realidade da relação existente entre a produtora de televisão e os concorrentes extrapola os limites próprios e inerentes à relação laboral”. Explica: não que seja algo distinto de um contrato de trabalho, mas sim que não pode sê-lo, pois outra exigência do contrato de trabalho (agora com relação à sua validade) é a licitude do seu objeto. Trata-se de um problema de ilicitude ou imoralidade do objeto do contrato, então o ponto nebuloso não estaria tanto em ser ou não laboral essa relação entre participante e produtora. Aponta então dois caminhos, ambos previstos na legislação trabalhista espanhola: a) o da **nulidade parcial**, que atinge apenas parte do contrato (uma ou algumas cláusulas), permanecendo válido o restante a ser complementado com os preceitos jurídicos (art. 9.1 do ET); b) o da **nulidade total**, caso em que o trabalhador pode exigir, pelo trabalho já prestado, a remuneração cabível para um contrato válido (art. 9.2 do ET). A dúvida surge porque as distintas condições de trabalho não são frações da relação laboral, mas constituem um todo unitário, sendo que o pacto entre o trabalhador e o empresário pelo qual aquele abre mão do respeito à sua intimidade integra o contrato de trabalho e que não é, nem pode prosperar, como pacto autônomo.

Pondera ainda o autor que normalmente a nulidade de alguma cláusula do contrato acarreta a sua nulidade parcial, mas que há situações que afetam de tal maneira o objeto e a causa do contrato de trabalho que a nulidade da cláusula supõe a nulidade do todo, que é o que pode ocorrer com algumas das condições de trabalho nesses *reality shows* com

⁷ Art. 3.5: “Os trabalhadores não poderão dispor validamente, antes ou depois de sua aquisição, dos direitos que tenham reconhecidos por disposições legais de direito necessário.”

a perda da intimidade nas 24 horas do dia. Isto porque, nas palavras do Prof. Maldonado, a ineficácia da cláusula acarreta à produtora a perda de importante parte de seu interesse, assim como o interesse do público também decresceria. Não obstante, conclui, a diminuição do atrativo do produto ofertado não chegaria a frustrar completamente o fim empresarial perseguido, o que, sim, geraria a nulidade total do contrato.

Suscita o autor a questão de se estar diante da hipótese de contrato com causa torpe, citado a regra que exige que os serviços contratados “não sejam contrários às leis ou aos bons costumes”⁸ e a que estabelece que os contratos “com causa ilícita não produzem efeito algum”⁹, considerando-se ilícita a causa “quando se opõe às leis ou à moral”. Pondera, porém, que a remissão genérica à moral e aos bons costumes supõe hoje, “em tempos de permissividade e relativismo moral”, um flanco bastante débil e fácil de burlar, posto que houve uma drástica mudança de critério quanto aos bons costumes, havendo cada vez mais atividades sobre as quais não existe um consenso social sobre a imoralidade. Esclarece ainda que o tema da **ilicitude** do contrato e, portanto, da sua **nulidade total**, é mitigada através da figura da **nulidade parcial** diante dos limites jurídicos aos poderes diretivos do empresário, concluindo que o debate sobre a licitude ou ilicitude do contrato se transferiu para o terreno da licitude ou ilicitude das ordens do empresário, o que, nas atividades de duvidosa moralidade, se converte por fim em uma questão de grau, que pode ser fraudada com facilidade pelo organizador e diretor dessas atividades, reconduzindo o debate ao terreno da licitude das condições de trabalho e aos limites do poder diretivo do empregador.

Sustenta o Prof. Maldonado que não se trata apenas da questão da intimidade do participante, mas que a vulneração do direito à sua intimidade é de fato a manifestação de uma relação de trabalho assalariado em que se ignoram limites essenciais. Citando uma decisão judicial segundo a qual

⁸ Art. 1.271 do Código Civil espanhol.

⁹ Art. 1.275 do Código Civil espanhol.

nesse trabalho o regime de dependência é total, suscita o autor algumas questões: o programa respeita os mínimos de direito estabelecidos na lei laboral, ao lado do direito à intimidade do trabalhador? Respeita a duração máxima da jornada normal e o período de descanso entre uma jornada e outra? Em geral, a resposta seria negativa, pois a sujeição exige pôr-se à disposição nas 24 horas do dia. É certo que nesse período existem horas de pura permanência e outras de intensa atividade, mas mesmo quando dorme o trabalhador está sendo gravado, indagando-se: isso pode ser considerado como tempo de descanso, ou pode mesmo ser tido como descanso? O programa emite imagens do trabalhador dormindo na escuridão e só por isso o programa não poderia ser feito, ou, melhor dito, poderia realizar-se mas permitindo que os trabalhadores fossem para sua própria casa descansar e voltasse no dia seguinte, mas claro que o espetáculo perderia bastante interesse.

Lembra o autor que poderiam ser analisados outros mínimos de direito irrenunciáveis e que programas televisivos desse tipo não respeitam: o descanso semanal, o número máximo de horas extras anuais, a extinção do contrato, a inviolabilidade da pessoa do trabalhador, salientando que a exigir-se das produtoras o cumprimentos desses mínimos estabelecidos na lei laboral muitos desses concursos não se poderiam produzir.

O objeto do contrato de emprego é o trabalho, a atividade do trabalhador, sendo que no caso do trabalhador de *reality show* o objeto do contrato é a **totalidade** da atividade que ele realiza nas 24 horas do dia e durante semanas e meses, na realidade é a **vida** do trabalhador, subordinado, por todo esse tempo. Entende o autor que se está diante de uma nova forma de servidão, lembrando que para Hegel é a limitação dos serviços que distingue os voluntários dos forçados e, portanto, a condição de livre ou de servo de quem os presta, vendo a limitação das prestações do trabalhador (em especial do tempo de trabalho) como a garantia de liberdade do prestador de serviços, posto que é a limitação no tempo que separa o regime do contrato livre do regime de prestações laborais forçadas.

Em realidade, prossegue o professor, o que está em jogo é a dignidade da pessoa e se alguém se dispõe a vender segredos ou aspectos reservados da sua vida, é problema seu. Mas, se quem está em situação de dependência frente a outrem cede a este sua intimidade, reduz-se a uma mera coisa, o que é incompatível com a ideia de contrato e vulnera a dignidade pessoal.

Invocando SUPLOT, lembra o autor que “a separação da vida profissional e da vida privada e pública do trabalhador, são inerentes à análise contratual, e se encontram justamente ameaçadas desde o momento em que se abandona esta para se seguir a ideia de vínculo pessoal, de natureza institucional, entre o empresário e o trabalhador”, entendendo que essas fronteiras serão a frente de batalha dos estudiosos do Direito do Trabalho, como também a confusão entre o profissional e o pessoal e entre o público e o privado.

Suscita Maldonado outra questão, que é a da possibilidade de se considerar o caráter especial da relação laboral dos participantes do *reality show*, surgindo a dúvida se se trata de uma relação contratual comum¹⁰ ou da relação laboral especial dos artistas em espetáculos públicos¹¹. Informa o autor que das diversas controvérsias levadas aos tribunais a respeito se depreende que habitualmente as partes contratantes celebram o contrato amparando-se no RD-1435/1985, mas os tribunais divergem entre si sobre o alegado caráter especial da relação como também não há unanimidade sobre a natureza trabalhista ou civil da relação. Informa que há decisões concluindo que esse trabalho não se caracteriza como contrato de emprego, nem mesmo como relação especial dos artistas em espetáculos públicos, pois renunciar temporariamente à intimidade pessoal não pode se considerar como uma atividade artística. Já outras sentenças, que admitem a natureza trabalhista dessa relação, se inclinam pelo caráter especial de artistas, considerando o “artístico” com um sentido mais amplo.

¹⁰ Na Espanha, regulada pelo Estatuto dos Trabalhadores.

¹¹ Na Espanha, disciplinada pelo Real Decreto n. 1435/1985.

Na verdade, muitos dos atos dos participantes que parecerão espontâneos aos espectadores, são **induzidos** pela produção do programa, não sendo real a aparência de que aqueles estariam agindo conforme sua vida cotidiana, sendo clara a ficção, como já constou de um julgado. O que se mostra como *realidade* é mera ilusão, não só pela seleção e manipulação do material gravado e pelo trabalho de direção e indução da atuação dos participantes, mas, sobretudo, por duas outras razões: os participantes sabem que estão sendo gravados e, ademais, estão competindo entre si. Então, esse tipo de *reality show* tem muito mais de *show* do que de *reality*, até porque esses dois termos são excludentes entre si e a expressão *reality show* é tão enganosa quanto contraditória, razões pelas quais ainda que o participante não seja um artista a atividade para a qual foi contratado é, sim, artística, a ponto de ele ser considerado uma *estrela* (certamente fugaz) sendo aceito pelo público independentemente de seus dotes artísticos.

Assemelha o professor essa atividade à do ator pornográfico, nos casos em que a atividade pornográfica é objeto de um contrato de trabalho, salientando a dificuldade de como submeter-se ao poder diretivo do empregador a realização de atividades humanas tão íntimas, o que leva à hipótese de prostituição por conta alheia, com a diferença de que a pornografia visa ao âmbito público pela sua exibição. Na sua opinião, a atividade pornográfica e a prostituição enquadram-se como trabalho autônomo, não como uma relação empregatícia porque agride a base mesma do contrato de emprego.

A maior preocupação do autor não é com a “laboralização” de todas essas atividades, fenômeno certamente inquietante, mas como elas, à medida que se vão “laboralizando”, podem estar influenciando na concepção mesma do trabalho, da sua dignidade e dos seus limites. A natureza humana do trabalho implica, para o autor, uma série de exigências, de salvaguarda dos direitos inalienáveis do homem, exige ter sempre presente a dignidade do homem que está na base do Direito do Trabalho, que busca que o trabalhador seja sujeito, mas não objeto,

do contrato de trabalho. A dignidade do homem, tal como a entende o Prof. Maldonado, configura as pessoas naturais como essencialmente livres e iguais em substância, estando esses dois princípios no epicentro do Direito do Trabalho.

TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO, EVOLUTIVA E SOCIAL OUTSOURCING: AN ANALYSIS OF HISTORICAL, SOCIAL AND EVOLUTIVE

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto¹
ALVES, Juliana Cristina Amaro de Castro²
COLMAN, Juliano³

Resumo: Este trabalho analisa a evolução histórica e social do sistema de gestão denominado terceirização, criado como alternativa de flexibilização do direito do trabalho. A partir do impacto social causado pelo tema, em confronto com os princípios tutelares do direito do trabalho e as normas aplicáveis à matéria, coloca-se algumas questões em debate, demonstrando a carência de definições conceituais mais precisas. Argumenta-se que a administração dos conflitos sociais, econômicos e políticos é fundamental para que o fenômeno se consolide com uma alternativa viável e não como um instrumento de precarização da mão de obra nacional.

Abstract: *This paper examines the historical evolution and social management system called outsourcing, created as an alternative to flexible labor law. From the social impact caused by subject, confronted with guardianship principles of labor law and the standards applicable to the matter, there is some issues in the debate, demonstrating the lack of conceptual definitions more precise. It is argued that the administration of social conflicts, economic and political is*

¹ Juíza do Trabalho. Professora do Curso de Direito e do Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa.

² Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho 9. Região. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos e Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

³ Oficial de Justiça Avaliador Federal. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, e Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela mesma instituição.

fundamental for the phenomenon takes hold with a viable alternative and not as an instrument precarization of the national workforce.

Palavras chave: Terceirização, Regulamentação; Responsabilidade

Keywords: *Outsourcing, Regulations, Responsibility*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca a discussão a partir da evolução histórica do sistema de gestão denominado terceirização, ao analisar os impactos sociais, espécies, o Direito Comparado, as propostas de regulamentação no Brasil e a responsabilidade das partes envolvidas.

Como fenômeno social, a terceirização ganhou força política e econômica no mercado de trabalho mundial, mas sem merecer a abordagem necessária dos estudiosos do direito, ao menos no Brasil.

Assim, busca-se neste trabalho expor a importância do tema, com números aproximados do percentual de mão de obra relacionada ao setor e os conflitos de interesses ligados à questão: de um lado os trabalhadores e de outro as empresas que necessitam de soluções dinâmicas para sobrevivência em um mercado aberto, exigente e competitivo.

Como dito, os pontos controvertidos sobre a matéria serão apenas considerados, dando início a discussão e reflexão, depois de resumidas ponderações acerca da evolução histórica da questão e de sua contextualização no ordenamento jurídico vigente.

Para a efetivação deste trabalho, partiu-se de uma pesquisa qualitativa através de um raciocínio dedutivo. Em função da temática escolhida, estes parecem ser os caminhos metodológicos adequados, uma vez que se entende metodologia como: “o caminho do pensamento e prática exercida na abordagem da realidade” (MINAYO, 1998, p. 16).

Segue o método dedutivo, ou seja, a partir das proposições lógicas apresentadas no seu desenvolvimento é que se configurará a dedução

na perspectiva de não comprometer a validade da conclusão final. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2003). Desta forma, parte-se de uma situação numa perspectiva geral, para se atingir um resultado específico partindo de algo conhecido para se atingir o desconhecido.

Ainda, por estar relacionado às Ciências Sociais tal pesquisa é qualitativa. Desta forma, busca: “A compreensão das informações é feita de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos”. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2003, p. 108). Isto na busca de tentar compreender o universo de significados, motivos, aspirações, valores dentro de um processo de relações e dos fenômenos que não podem ser reduzidos a variáveis quantitativas.

2. HISTÓRICO

Em meados da década de 50, com a eclosão da segunda guerra mundial, cresceu nos EUA, inicialmente na indústria bélica, um novo processo de gestão, que se resumia a delegar algumas atividades de suporte a empresas contratadas, para que as contratantes pudessem se concentrar na produção e desenvolvimento de armamentos (LEIRIA; SARATT, 1996, p. 22).

Segundo Giosa (1997), mais tarde, também com a necessidade de especialização e reformulação de suas estruturas, grandes empresas introduziram uma nova técnica denominada “downsizing”, que visava reduzir suas divisões hierárquicas intra-empresariais, encurtando o trâmite da tomada de decisões.

Em um segundo momento e, como resultante deste processo, desenvolveu-se o denominado “outsourcing”, expressão em inglês que significa “terceirização”, que resultou na transferência de atividades secundárias para terceiros.

No Brasil, influenciadas pela pressão externa e interna, com a abertura de mercado intentada pelo governo vigente, as empresas, mais especificamente, a indústria automotiva, passou a praticar esta nova técnica

da administração denominada pelos gestores de “terceirização” (LEIRIA; SARATT, 1996, p. 22).

Tal intento delegava a outras empresas a fabricação de todas as peças necessárias para sua produção, o que as transformou, assim, em meras montadoras de veículos.

Seguindo a mesma tendência, outras grandes empresas iniciaram processo de descentralização de atividades ligadas à alimentação, sistema de saúde, limpeza, segurança e transporte de trabalhadores, com o intento de diminuir seus custos fixos de produção, simplificar sua estrutura e melhorar a qualidade técnica de seus produtos, com maior aprimoramento da mão de obra disponível.

O que, em início, para alguns, não passava de mero modismo ou um novo termo da administração, ganhou força ao longo dos anos, resultando em uma maciça adesão dos empresários, apesar da resistência inicial da própria justiça laboral, de doutrinadores e estudiosos, que temiam a regulamentação da fraude nos contratos de trabalho, em virtude de eventual legalização da intermediação de mão de obra (LEIRIA; SARATT, 1996).

3. FUNÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO: TUTELAR, ECONÔMICA E SOCIAL

Criado para suprir as deficiências sociais resultantes do sistema capitalista, o direito do trabalho e, por consequência, seus institutos, princípios e conceitos, necessitam caminhar e progredir juntamente com as nuances e alterações da sociedade, mas sem permitir que os mesmos fatores sociais, econômicos e políticos que resultaram em sua origem, contribuam para sua derrogação ou o esmorecimento de sua essência, em prol de uma suposta adaptação.

Como mencionado, o direito do trabalho guarda como função primordial suprir no plano jurídico a desigualdade existente no plano fático, entre trabalhador e tomador da mão de obra, equilibrando a distribuição das riquezas produzidas com a força de trabalho despendida, em busca da

pacificação obtida com a justiça social entregue, proporcionando, assim, condições civilizatórias mínimas.

Também, é cediço que o direito do trabalho encontra seu fundamento no contrato de trabalho subordinado, cercado-o de garantias, que visem protegê-lo muitas vezes do próprio trabalhador, que no ímpeto de garantir condições econômicas de sobrevivência renuncia a direitos fundamentais, sujeitando-se a situações fraudulentas.

Em contraponto, o direito do trabalho não busca a proteção do trabalhador como ser individual, mas sim como ser coletivo, como se depreende da leitura do artigo 8º, da CLT, razão pela qual deve também almejar a viabilidade econômica das atividades empresariais, garantindo a manutenção dos postos de trabalho.

Em meio a tal contraditória busca do equilíbrio entre a proteção dos direitos e garantias fundamentais que cercam o trabalhador e a necessidade de proteção e viabilidade da própria atividade empresarial, surgiu este sistema de gestão denominado “terceirização”, um fenômeno social que rompe com o conceito tradicional de pactuação laboral, criando novas figuras como tomador de mão de obra e fornecedor de mão de obra.

Neste sentido, a terceirização deve ser interpretada como exceção, vez que trata de forma de pactuação da mão de obra além da clássica dualidade do contrato formado por empregado e empregador, através do liame denominado subordinação direta.

Assim, concebida como forma exceptiva, deve permanecer restrita às hipóteses taxativas, visado atender a objetivos pré-determinados, como, por exemplo, as situações elencadas para inserção de trabalhador temporário, dispostas na Lei 6.019/74.

Contudo, como adiante será analisado, mesmo após cerca de cinco décadas do surgimento dos primeiros casos de aplicação desta técnica, bem como diante da maciça adesão dos empresários, conta-se apenas com esparsa e vaga legislação nacional a respeito, o que tem demandado grande esforço da doutrina e, principalmente, interpretação e adequação jurisprudencial.

Por óbvio que tal vazio deixado pela legislação resulta em contraditórias definições sobre as hipóteses de cabimento, sobre a abrangência dos termos atividade meio versus atividade fim, além de controvérsias sobre o enquadramento sindical, limites de responsabilidade, etc.

4. ESPÉCIES DE TERCEIRIZAÇÃO

Resultante do processo de flexibilização das normas trabalhistas, a terceirização manifesta-se sobre diversas espécies. Cita-se o rol elencado por Marques de Lima (2007, p. 122), segundo o qual pode haver transferência de mão de obra, etapas de produção ou de serviços específicos.

Para que este processo não resulte em fraude à legislação laboral, imprescindível frisar que, salvo exceções legalmente previstas, como nos casos de trabalho temporário, não se admite transferência de mão de obra, produção ou de serviços relacionados à atividade fim da tomadora, mas tão somente da atividade meio, justificando-se, assim, o argumento da necessária especialização da mão de obra e da concentração dos meios de produção nos objetivos fundamentais da empresa.

Neste ponto, é oportuno destacar a principal diferença existente entre as prestadoras de serviços e as empresas de trabalho temporário. Para estas sua atividade se resume a fornecer força de trabalho em caráter temporário, nas situações tipificadas pela legislação, atuando como locadoras de mão de obra, na atividade fim. Enquanto que, as prestadoras de serviços agem na execução de tarefas específicas delegadas pela tomadora, dirigindo pessoalmente a execução dos serviços pré-contratados.

Tal diferença é fundamental para a verificação da legalidade do contrato de terceirização, uma vez que se pode constatar a existência ou não dos elementos da relação de emprego entre o trabalhador e a tomadora ou a prestadora, já que na terceirização lícita a personalidade e a subordinação direta estão presentes tão somente no contrato entre o empregado e a empresa terceirizada.

Afora aos requisitos já citados para averiguação da licitude do processo de terceirização (delegação da atividade meio e inexistência de pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e a tomadora, com exceção do trabalho temporário), necessário frisar a importância da idoneidade da prestadora de serviços, sob pena de caracterizar mera interposição de mão de obra, mediante empresa fraudulenta, situação denominada “merchandage” (LEIRIA; SARATT, 1996, p. 30). Nestas situações o intermediário capta parte da remuneração do trabalhador por colocá-lo nos postos de trabalho.

5. DIREITO COMPARADO

A terceirização ganhou força no mercado de trabalho mundial, merecendo adequações de acordo com o ordenamento jurídico vigente nos diversos países (OLIVEIRA, 1998).

Há países que proíbem a terceirização, como: Espanha, que permite tão somente a subcontratação com responsabilidade solidária do tomador; a Itália, que possui legislação expressa vedando a terceirização e fixando a responsabilidade solidária do empresário tomador de mão de obra ou serviço; o México, que taxa de fraudulenta a contratação de serviços de outras empresas e determina a responsabilidade solidária do tomador; a Argentina, que permite apenas a contratação de trabalho temporário, fixando a responsabilidade solidária do tomador e prestador.

Em contraponto, há aqueles que permitem a terceirização, porém, assim como o Brasil, ainda não a regulamentaram ou deixaram para que as normas coletivas tratassem do assunto, como: a Inglaterra; Suíça; Irlanda; Luxemburgo e Alemanha, cujos requisitos e meios de solução dos conflitos são estabelecidos nos contratos coletivos.

Por fim, há países cuja prática da terceirização é corrente, tendo, inclusive legislação estabelecendo os limites de responsabilidade entre tomador e prestador, bem como as hipóteses de cabimento, com maior ou menor abrangência, como: Bélgica; Dinamarca; Noruega; França, que não proíbe a intermediação de mão de obra, apenas a “merchandage”, fixando

a responsabilidade solidária entre o tomador e a empresa prestadora; Japão; Taiwan, Hong Kong, Coréia do Sul e outros países do sudeste asiático.

Ao contrário do Brasil, nos países supracitados não há previsão de responsabilidade subsidiária do tomador, mas tão somente de responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias decorrentes do contrato celebrado, não havendo a citada limitação de ordem, em contraponto ao entendimento firmado pela jurisprudência nacional.

6. DIREITO ATUALMENTE APLICADO E AS PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO

Em que pese estar em discussão a crise do sistema legalista estatal, e a abertura de possível pluralismo jurídico, teorias que se confrontam em brilhante trabalho do professor WOLKMER (2010), ainda há em nossa sociedade a prevalência da legislação heterônoma estatal, mesmo no direito do trabalho, cuja origem se reporta a criação de normas coletivas autônomas. Também, há a tendência de se estabelecer demasiado parâmetro entre segurança jurídica e direito positivo.

Assim, não obstante as divergências doutrinárias a despeito da necessidade de regramento positivo estatal próprio para o assunto, certo é que não se pode tardar a enfrentar o tema da terceirização com ampla discussão nacional sobre a matéria, envolvendo todas as partes e setores interessados, em virtude da importância e grau de participação da mão de obra terceirizada no mercado de trabalho brasileiro.

Esta mão de obra, atualmente supera o montante de 8 milhões trabalhadores, ou seja, mais de 20% dos empregados com anotação em carteira, segundo informações do Sindicato das Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (SINDEPRESTEM, 2011), de São Paulo.

Neste sentido, ressalta-se que a discussão não deve se restringir a possibilidade e hipóteses de cabimento da terceirização, uma vez que tal fenômeno social já esta, em parte, estabelecido, mas deve-se buscar

equilíbrio na solução dos conflitos e divergências surgidas com o tema, em consonância com o próprio direito do trabalho aplicado ao trabalhador protegido pela relação dualista.

Cita-se como exemplo o tema salário equitativo, que se resume na possibilidade de recebimento de remuneração e garantias iguais para os trabalhadores terceirizados e aqueles auferidos pelos empregados da tomadora, em obediência aos próprios preceitos fixados pela Constituição Federal, dentre eles o art. 7º, inc. XXXII, que rechaça qualquer discriminação no ambiente de trabalho, no tocante à política de salários.

A par da discussão acerca da isonomia salarial, vale refletir sobre os limites de responsabilidade do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, decorrentes da delegação pactuada.

Como exposto, não há referência no direito comparado acerca da responsabilidade subsidiária, como prega a súmula 331, do TST. Como então adequar a responsabilidade limitada da contratante às normas de proteção ao trabalho, às normas de saúde, higiene e segurança, em face da realidade vivenciada pelos trabalhadores terceirizados, uma vez que em muitas situações o empregado executa seus serviços na sede da contratante?

Também, como ponto primordial ao debate instalado, deve-se refletir sobre a representação sindical dos trabalhadores terceirizados. Como adequar o disposto no artigo 511, da CLT, que define categoria econômica, à nova realidade vivida pelos empregados que se encontram dispersos em diferentes ambientes de trabalho? Como garantir a estes trabalhadores efetiva atuação coletiva?

Como visto, em que pese o esforço da jurisprudência nacional para dispor sobre o tema, por óbvio que a discussão não se encerra, principalmente tendo em conta o grau de importância e relevância acerca da questão, para um mercado cada vez mais crescente.

A par da evolução social do fenômeno terceirização, ocorrida nas décadas de 70 a 90, surgiram alguns diplomas legais, além da própria interpretação jurisprudencial a respeito, demonstrando a importância

e repercussão que o novo modelo então produzia, cita-se: Decreto-Lei 200/67, Lei 5.645/70, Lei 6.019/74 (Trabalho Temporário), 7.102/83 (com alterações da Lei 8.863/94) e súmulas 256 e 331, do TST.

Há ainda referências esparsas na legislação, como o artigo 442, da CLT; o artigo 71, da Lei 8.666/93 e o artigo 15, da Lei 8.036/90.

Mencionados dispositivos e enunciados marcaram a evolução até o momento do entendimento firmado. No entanto, como dito, vivencia-se uma nova fase primada pela necessidade de fixação de novos paradigmas para o tema.

Exemplo de tais mudanças é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16), que afastou a transferência automática da responsabilidade à Fazenda Pública pelo pagamento dos créditos trabalhistas, resultando na atual alteração da redação da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Além das divergências jurisprudenciais, tramitam na Câmara dos Deputados (2011) diversos projetos de lei relacionados ao assunto, merecendo destaque:

- PL 4330/04 do Deputado Sandro Mabel/ PL GO

Prevê a possibilidade de terceirização de atividades inerentes, acessórias ou complementárias às da contratante, com responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes. Também, reporta-se expressamente ao artigo 71, da Lei 8.666/93, no caso de aplicação de responsabilidade envolvendo a administração pública, o que significa que o ente é responsável pelos encargos previdenciários, mas não pelos créditos dos trabalhadores.

Merece destaque em mencionado projeto a exigência de capital social definido de acordo com o número de empregados da prestadora de serviços, inclusive com possibilidade de exigência de imobilização de 50%, através de norma coletiva. São excluídos os trabalhadores domésticos e aqueles ligados a atividade de vigilância e transporte de valores.

- PL 1621/07 do Deputado Vicentinho/ PT SP

Expressamente proíbe a terceirização da atividade fim, definindo-a.

Prevê, também, a obrigação da tomadora de apresentar projeto de terceirização ao sindicato da categoria profissional, especificando os motivos da terceirização e suas condições.

Garante a isonomia salarial entre os trabalhadores terceirizados e aqueles contratados diretamente pela tomadora, em seu aspecto mais amplo.

Proíbe a contratação de empresa fornecedora de mão de obra, com exceção daquelas ligadas ao trabalho temporário, serviços de conservação, asseio e vigilância.

Fixa como solidária a responsabilidade do tomador pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, independentemente de culpa.

Por fim, prevê aplicação de multa em favor do trabalhador prejudicado, em caso de ajuizamento de reclamação trabalhista.

- PL 6832/10 do Deputado Paulo Delgado/PT MG

Não diferencia a contratação de serviços para atividade meio ou fim, tão somente estabelece que será prestado por pessoa jurídica especializada, definindo-a.

Faz expressa menção sobre a exigência de fiscalização pré-contratual e durante a execução dos serviços, para averiguação da idoneidade da contratada, bem como do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalhos relacionados. Tal fiscalização eximirá a contratante de responder solidariamente, passando a figurar como responsável subsidiária.

Como se constata por este breve resumo, são três projetos de lei, tramitando paralelamente pela Câmara dos Deputados, para regulamentar o mesmo fenômeno, porém com conseqüências jurídicas diversas, o que demonstra a complexidade da matéria, em virtude da importância política diretamente ligada aos interesses econômicos e sociais envolvidos à questão.

Destaca-se, ainda, que dos três projetos apresentados somente o PL 4330/04 alcançaria os contratos realizados pelo ente público, permanecendo, caso os demais fossem aprovados, o vácuo legislativo para a questão.

Neste sentido, conclui-se que assiste razão ao discurso sobre a crise do sistema liberal-positivista. Cumpre, portanto, repensar o tema em confronto com os princípios basilares do direito do trabalho e sua evolução social.

7. LIMITES DE RESPONSABILIDADE

Segundo orienta o direito civil, a idéia de responsabilidade está intrinsecamente ligada ao conceito de culpa, que por sua vez reporta-se à previsibilidade do agente em praticar um ato que pode ser lesivo a outrem (GONÇALVES, 2007).

A par da teoria da culpa, cresce a aplicação da teoria do risco, segundo a qual a responsabilidade é objetiva, fixada pelo princípio da equidade, ou seja: aquele que se beneficia dos frutos de determinada atividade deve responder pelos riscos e desvantagens dela resultante (GONÇALVES, 2007, p. 201).

Esta última teoria ganhou força com o advento do direito do consumidor, que, fortalecido pela legislação constitucional e pelos princípios de proteção à ordem econômica e social, visa restabelecer o equilíbrio entre consumidor, parte vulnerável da relação, e fornecedor.

Em contraponto às normas da legislação civil, que prima pela proteção da autonomia da vontade, a legislação consumerista prega a proteção do consumidor em prejuízo à igualdade formal entre as partes.

Insta ressaltar o disposto no artigo 7º, § único, do código de defesa do consumidor, que estende a todos aqueles que participam da colocação dos produtos no mercado a responsabilidade pela reparação dos danos causados.

Posto isto, cabe reconhecer que, assim como nas relações de consumo, o direito do trabalho busca suprir a desigualdade entre as partes. Também, principalmente após a carta constitucional de 1988, vislumbra-se que as relações de trabalho tem sua importância e suas garantias fundamentais reconhecidas em mencionado texto, que elenca como princípio fundamental o valor social do trabalho, além de trazer diversos dispositivos de proteção, como os artigos 6º a 11 e artigo 170, dentre outros.

Por tais razões, diante da similitude de fundamentos, similares também devem ser as garantias correspondentes, ou seja, assim como nas relações consumerista, nas relações laborais todos aqueles que se beneficiam da força de trabalho despendida devem ser responsáveis pela contraprestação dela decorrente, objetivamente, segundo a citada teoria do risco.

Por outro lado, partindo da premissa de que todos são responsáveis, cumpre considerar o disposto nos artigos 932, 933 e 942, todos do código civil, que tratam da responsabilidade solidária.

Constata-se por tais dispositivos que, quer seja na situação de terceiro responsável por outrem, quer seja na situação de co-autor do dano, há sempre a obrigação solidária pela correspondente indenização.

Assim, considerando a tomadora como terceira responsável pela empresa prestadora, uma vez que a escolheu e deveria fiscalizar o cumprimento de suas obrigações, reputa-se que há responsabilidade solidária entre as mesmas, por todos os danos causados em decorrência da relação firmada entre elas, inclusive com relação aos trabalhadores e seus créditos.

Também, caso a tomadora seja considerada co-autora, pois também se beneficiou pelo trabalho prestado, deve responder solidariamente pelos respectivos créditos trabalhistas.

7.1 Órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)

De acordo com o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o Estado é objetivamente responsável pelos atos praticados no exercício da função pública. Está superada, portanto, qualquer discussão acerca da exclusão ou atenuação da responsabilidade da administração pública.

A par do texto constitucional, construiu-se a teoria do risco administrativo, segundo a qual basta a ocorrência do dano causado por ato lesivo e injusto, ou seja, o Estado, no exercício da atividade administrativa, tem o dever objetivo de indenizar.

Pois bem, neste sentido caminhava o entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade da administração pública pelo pagamento dos créditos devidos aos trabalhadores terceirizados, consoante disposto na redação da Súmula 331, IV, de acordo com a redação dada pela Resolução 96/2000.

Ocorre que, em recente decisão proferida nos autos da ação declaratória de constitucionalidade intentada pelo governo do Distrito Federal, o STF confirmou a validade do disposto no artigo 71, da Lei nº 8.666/93, que assim estabelece:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. *(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)*

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do *art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)*

§ 3º (*Vetado*). (*Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994*)

No mérito, a decisão proferida nos autos da ADC 16, reconhece a constitucionalidade do dispositivo, afasta a responsabilidade objetiva da administração, afirmando que o Estado somente responde pelos haveres trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização em caso de culpa.

Constata-se que tal decisão confronta a teoria do risco administrativo e a própria previsão constitucional já citada.

Diante do exposto, verifica-se curioso contrassenso, uma vez que a administração pública não responde pelos créditos trabalhistas, mas responde solidariamente pelos encargos previdenciários resultantes.

Pode-se questionar: como interpretar tal dispositivo a luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, principalmente se considerar-se o crédito trabalhista como de natureza alimentar e de fundamental importância para a formação da sociedade, impulso econômico e respeito à dignidade da pessoa humana?

Cabe, pois, discutir e repensar o impacto que o tema gera na sociedade sem casuísmos ou privilégios, em contraponto às conquistas já alcançadas pela sociedade.

8. CONCLUSÃO

Feitas estas breves considerações acerca do tema terceirização, pode-se compreender a complexidade da matéria em virtude dos interesses políticos e econômicos envolvidos, bem como por refletir a necessidade de adequação das normas trabalhistas aos atuais anseios da sociedade.

Assim, tratada como uma das hipóteses de flexibilização do direito laboral, a terceirização deve ser abordada com a cautela necessária, para não resultar em precarização do mercado de trabalho, uma vez que atinge cerca de 20% da mão de obra assalariada do país.

Conclui-se, portanto, que mesmo diante de uma inevitável mudança de paradigma que a terceirização trouxe ao direito do trabalho, não se deve relegar ao acaso seus princípios fundamentais e todas as conquistas sociais já alcançadas, assim como não se pode tardar a debater o assunto pela importância social que possui.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>>. Acesso em: 31 maio 2011
- DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- GIOSA, L. A. **Terceirização - uma abordagem estratégica**. 5. ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1997.
- GONÇALVES, C. R. **Direito das Obrigações - Parte Especial (Responsabilidade Civil)**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEIRIA, J. S.; SARATT, N. **Terceirização - uma alternativa de flexibilidade empresaria**. São Paulo: Gente, 1996.
- LIMA, F. M. M. de **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MEZZARROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MINAYO, L. C. **Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

OLIVEIRA, F. A de. **Da Terceirização e da Flexibilização como estágios da Globalização**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 21, p. 187-231, abr./jul. 1998.

SIDEPRESTEM. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2760813/stj-enfrenta-questoes-envolvendo-trabalhadores-terceirizados-dentro-e-fora-do-servico-publico>>. Acesso em: 29 set. 2011

WOLKMER, Antonio Carlos. **Crise da modernidade, teoria crítica e pluralismo jurídico** - I Simpósio de Direito dos Campos Gerais, set./out. 2010

VALOR PROBANTE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO: SUA ACEITAÇÃO E LIMITES

Ana Carolina Zaina¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Lei 11.419/2009; 3 O documento eletrônico como prova digital, 3.1 Documento eletrônico, 3.2 Valor probante do documento eletrônico; 4 Jurisdição digital; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

“É preciso cortejar a dúvida e a escuridão como preço do conhecimento”².

As complexas mutações econômico-sócio-culturais, havidas na ambiência social, impactam a vida humana³ e da Terra⁴, impondo-lhes, como corolário, incertezas múltiplas⁵ e profundas transformações⁶.

Como o processo judicial consubstancia criação e produto do homem⁷, seguindo-lhe a dinâmica na incessante busca de progresso⁸,

¹ Desembargadora Federal do Trabalho (TRT 9ª Região)

² WEST, Morris. In: MARCHESINI, Silvane. **O sujeito de direito na transferência:** uma perspectiva transdisciplinar por meio da teoria laciana dos discursos. Curitiba: Juruá, 2010.

³ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 129.

⁴ SACHS, Inacy. **Rumo à ecossocioeconomia.** São Paulo: Cortez, 2007, p. 285-404.

⁵ ONU. Página oficial da Organização das Nações Unidas no Brasil. Relatório Brundtland: **Nosso futuro comum** e relatório **Um mundo mais seguro:** nossa responsabilidade comum. Disponível em: http://onu-brasil.org.br/view_news.php?id=1499. Acesso em: 26 abril 2010.

⁶ MORIN, Edgard. **Para onde vai o mundo?** Petrópolis: Vozes, 2010, p.11-20, 47.

⁷ BATISTA, Ovídio A. **Processo e Ideologia.** Revista Gênesis, Curitiba, 2003, n.28, p.21-432.

⁸ SOUSA-SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 2. ed. São

aquelas significativas mudanças alcançam-no, imprimindo-lhe nova faceta e roupagem⁹, a fim de que prossiga consetâneo com os anseios do homem.

Dentre as indicadas mudanças, cumpre salientar, no campo do processo judicial, a derivada de novas tecnologias de informação¹⁰, como a emanada da Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006¹¹, em cujo bojo inovador se inclui o documento eletrônico, dotado de valor probante.

Nada obstante todas as dúvidas e incertezas inerentes ao novo, clamando por aprofundamento da experiência processual, a referida Lei cria o processo eletrônico, ao qual legislação, doutrina e jurisprudência procuram adaptar-se.

O presente artigo, então e de modo apenas tangencial, almeja colocar em linha de reflexão o documento eletrônico como prova no campo do processo, o alcance de sua adoção e seus limites ante a proteção constitucional destinada à privacidade e à intimidade das partes. Sob tal perfil, visará destacar os desafios ao comportamento esposado pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de garantirem mantenha o processo, como instrumento de solução estatal de conflitos, seu escopo de construção e salvaguarda da paz em uma sociedade digital, que avança sobre o Século XXI.

2. A LEI 11.419 DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006

Oriunda das referidas novas tecnologias de informação, a lei em epígrafe reveste-se de invulgar relevância, tendo sido, seu florescer, festejado pela doutrina e jurisprudência pátrias¹², na medida em que

Paulo: Cortez, 2000, p. 68-74, v. I.

⁹ CAPELETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁰ FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano: uma breve história do Século XXI**. 3.ed. São Paulo: Objetiva, 2009.

¹¹ BRASIL, Planalto. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FView_Identificacao%2FLei%252011.419-2006%3FOpenDocument%26AutoFramed. Acesso em: 17 nov.2010.

¹² PARREIRA, Antonio Carlos. **Breves anotações sobre a lei do processo eletrônico. (Lei nº 11.419/2006)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1269, 22 dez.2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9309>>. Acesso em: 12 nov.2010.

estabelece ponto de convergência entre o jurídico e a tecnologia.

Nada obstante traduza-se, à evidência, em instrumento novo e, como sói acontecer, sujeito a perene aperfeiçoamento, representa um Direito eletrônico voltado a preservar a função promocional do Direito, em face da necessidade de resguardar a paz em uma sociedade que, agora, esposa a linguagem digital.

Funda a jurisdição tecnológica.

Promulgada com o intuito de aprimorar a entrega da tutela jurisdicional, sob ênfase de uma cultura de celeridade e de transparência para o Poder Judiciário¹³, dispõe sobre a informatização do processo judicial.

Vigendo a contar de 20 de março de 2007 e alterando dispositivos do Código de Processo Civil, cria o denominado processo eletrônico, estatuinto o uso do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais e também na comunicação de atos e transmissão de peças processuais (art.1º).

Para alcance de seu fim precípua, o de promover a emancipação do homem em uma sociedade digital, especifica, como meio eletrônico, qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais (I, art. 2º); como transmissão eletrônica, toda a forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (II, art. 2º); como assinatura eletrônica, a identificação inequívoca do signatário, seja a baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica, seja a obtida mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (III, art.2º).

Mas e sobretudo, para fins desse singelo artigo, a citada lei, em seu capítulo II, institui o processo eletrônico, referindo-se, no artigo 11, aos documentos produzidos eletronicamente e juntados ao caderno processual, aos quais atribui a qualidade de originais para todos os efeitos, desde que ostentem garantia da origem e de seu signatário na forma prevista pelo

¹³ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Jurídica, 2006, p.262-276.

aludido preceito legal.

Ainda, o parágrafo primeiro do mencionado artigo assegura idêntica força probante dos originais aos extratos digitais e aos documentos digitalizados, ressalvados casos de impugnação motivada e fundamentada, estatuinto, por fim e em seu artigo 20, a incorporação das inovações pelo Código de Processo Civil, momento em que sepulta a celeuma sobre a validade da prova produzida eletronicamente¹⁴.

3. O DOCUMENTO ELETRÔNICO COMO PROVA DIGITAL

Conforme disposto no artigo 11 da apontada lei, o documento eletrônico não somente se reveste de valor probante para fins de processo judicial, como não se restringe à imagem digitalizada de um documento produzido em papel. Implica, note-se, significado mais amplo: a indicação em *bits* de um fato, captada “pelos nossos sentidos com o uso de um equipamento e um *software* específico nos transmite uma determinada informação”¹⁵.

No entanto, as raízes do ordenamento jurídico no Brasil, acerca do documento como prova judicial, são intensamente marcadas pela forma expressa em papel, urgindo desfazer, assim, dúvidas e incertezas acerca do documento digital, com o escopo de diluir barreiras jurídicas à compreensão do documento eletrônico, dotado de valor probante no campo do processo, como preceitua a lei 11.419/2006.

3.1 O Documento Eletrônico

Atento às mudanças impostas pela tecnologia, o dicionário Houaiss

¹⁴ A lei 11.419/2006, em seu capítulo IV, Disposições Gerais e Finais, artigo 20, altera a redação de inúmeros artigos do Código de Processo Civil, inclusive no tocante à prova documental, especificamente artigo 365.

¹⁵ ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. **Documentos eletrônicos no processo digital**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 mar.2009. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.23320>. Acesso em 18 out.2010.

já alberga a figura do documento eletrônico¹⁶, desprendendo-se da concepção clássica de documento escrito em papel, merecendo destaque, outrossim e no particular, o ensinamento de Blum e Jimene acerca do tema:

(...) o documento eletrônico nada mais é do que um documento armazenado em um suporte digital, e em razão da peculiaridade técnica deste suporte, o armazenamento é feito em *bits* (...), que pode ser suportado em disquetes, *pen drives*, DVDs, memória de computador ou qualquer outra nova tecnologia que venha a ser desenvolvida¹⁷.

Sob esse enfoque, impende assentar que, já em 2001, a Medida Provisória 2.200-2, ao principiar a regulamentação da certificação digital no país, aludia, em seu artigo 10, a documento eletrônico¹⁸. Essa Medida institui a Infra Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, atualmente mantida pelo ITI - Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, vindo a infra-estrutura de Chaves Públicas/Ordem dos Advogados do Brasil a expressar o documento eletrônico como:

(...) uma seqüência de números binários (isto é, zero ou um) que, reconhecidos e traduzidos pelo computador, representam uma informação. Um arquivo de computador contendo textos, sons, imagens ou instruções é um documento eletrônico. O documento eletrônico tem sua forma original em *bits*, ou seja, não é impresso ou assinado em papel: sua circulação e verificação de autenticidade

¹⁶ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.705.

¹⁷ BLUM, Renato O., JIMENE, C. do Vale. **O valor probatório do documento eletrônico**. Rio Grande, 67, 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6313. Acesso em: 15 Nov.2010.

¹⁸ BRASIL. ITI. **Estrutura da ICP-Brasil**. Disponível em: http://www.iti.gov.br/twiki/pub/Certificacao/MedidaProvisoria/MEDIDA_PROVIS_RIA_2_200_2_D.PDF Acesso em: 14 nov.2010.

se dão em sua forma original, eletrônica¹⁹.

A respeito do que sejam *bits*:

Em um sistema digital, o processamento de sinais discretos, normalmente é feito binariamente. A unidade de informação é o bit e os sinais podem assumir apenas dois valores discretos, 0 e 1. Em outros termos, o tratamento digital da informação implica numa fragmentação da informação, processada em elementos binários de forma presente/ausente²⁰.

Comungando dos avanços que pululam na ambiência social, a doutrina processual brasileira elucida que documento é a representação material idônea que tenha o condão de reproduzir manifestação de pensamento para demonstrar um fato pretérito²¹, sem fixar qualquer vínculo com o papel.

Porém e nada obstante constar do Código de Processo Civil a alteração determinada pela Lei 11.419/2006²², restam inúmeras dúvidas acerca da novel realidade afeta ao documento eletrônico como prova judicial²³.

Conquanto não se olvide a essencial segurança jurídica e a

¹⁹ BRASIL. ICP-OAB. **Certificados Eletrônicos e Assinaturas Digitais**. Disponível em: http://cert.oab.org.br/cert_assin.htm. Acesso em: 14 nov.2010.

²⁰ ROVER, Aires José. **Do Analógico ao Digital: construindo tecnologias emancipadoras**. In BLUM, Renato O., BRUNO, Marcos G. da Silva, ABRUSIO; Juliana C. (Coord.). **Manual de Direito Eletrônico e Internet**. São Paulo: Lex, 2006, p.16.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.342.

²² NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa M. de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.528.

²³ LESSA, Breno Minucci. **A invalidade das provas digitais no processo judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2455, 22 mar. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14555>. Acesso em: 14 nov. 2010.

polêmica reinante acerca da segurança da informação²⁴, mister invocar as ponderações de Volpi Neto²⁵ sobre a necessidade de ser derrubado mito a respeito da concepção de que o documento cartáceo além de material oferece maior grau de segurança e durabilidade comparativamente ao eletrônico. Para o autor, trata-se de flagrante equívoco na medida em que a informação armazenada em papel consubstancia original único, cujo extravio ou avaria redundante na perda do documento e de seu valor probatório, donde a fragilidade material que lhe é inerente no tocante às respectivas preservação e segurança.

Salienta que, diversamente, a forma eletrônica permite durabilidade infinitas vezes superior, bem assim recuperação do documento, sua reprodução sucessiva, sem que estas impliquem a perda da característica de originalidade, nada obstante sejam, por força do uso, cognominadas de cópias.

(...) pode-se afirmar que o documento eletrônico somente pode ser considerado cópia, caso tenha sido oriundo de um documento em papel, ou seja, tenha sido digitalizado. Pois aqueles, cujo nascimento decorre da digitação ou produção digital, podem ser reproduzidos aos milhares sem que se saiba qual o primeiro a ser produzido²⁶.

Já no tocante à manipulação da informação armazenada eletronicamente, Volpi elucida que a possibilidade de adulteração de documento não se traduz em fato novo ao meio jurídico, sendo utilizados, a longa data e para fim de prova, a atividade probatória e os serviços periciais²⁷. Reitera que a mudança limita-se à forma da prova documental,

²⁴ PECK PINHEIRO, Patrícia. *Direito digital*. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/ppub/portal/adm/editor/UploadArquivos/29congresso/0511/paine18/PatriciaPeckPinheiro.pdf>. Acesso em: 15 nov.2010.

²⁵ VOLPI NETO, Angelo. *O mundo em bits*. Aduaneiras, 2009.

²⁶ VOLPI NETO, Angelo. *Ata notarial de documentos eletrônicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5431>. Acesso em: 14 nov. 2010.

²⁷ GIOVA, Giuliano, ALMEIDA FILHO, José Carlos. *A prova pericial e seus desafios na sociedade de alta*

se sob roupagem cartácea ou eletrônica, apenas isso, prevalecendo incessante busca²⁸, também no campo do processo, de segurança, sigilo e inviolabilidade da vida privada e do espaço íntimo de cada homem, como valores essenciais ao devido processo legal.

Ainda, Volpi Neto realça um segundo aspecto, jungido à errônea percepção sobre o documento eletrônico. Trata-se da idéia já consolidada e disseminada de que a forma digital se traduz em uma forma imaterial, abstrata, ou seja, virtual. Por essa razão, o documento eletrônico é, então, concebido como volátil, sem consistência no campo da matéria, alimentando, portanto, a suposição de que o documento eletrônico não detém existência física, sendo uma representação absolutamente frágil do mundo real e passível de ampla manipulação.

Nesse quadrante, sublinha o nominado autor, que o documento eletrônico, ou seja, a informação eletrônica sobre o fato, a representação eletrônica do fato, que circula eletronicamente, é “grafado” em elétrons, os quais são caracterizados por ondas, sendo estas, as ondas, e aquela, a matéria, conforme patamar atual de avanço da ciência física, “meras manifestações de uma mesma entidade física chamada energia”, culminando por explicitar:

(...), ao fazer-se referência ao universo digital, não se pode contrapô-lo a um outro universo chamado de “real”. Não há um universo paralelo onde gravitam os documentos eletrônicos. Estes são documentos tanto quantos outros em papel²⁹.

Pontua, então, a urgência em se compreender que a segurança e

tecnologia. Disponível em: <http://www.slideshare.net/processoeletronico/percia-eletrnica>. Acesso em: 15 nov.2010. Conferência proferida durante o IV Congresso Internacional de Direito Eletrônico, realizado em Curitiba, no Plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região-Paraná, de 03 a 05 de novembro de 2010.

²⁸ Neste norte, mister esclarecer, tendo em vista o campo do processo, o previsto Decreto 3.505/2000, que instituiu a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

²⁹ Cf. VOLPI NETO, nota 25.

a preservação - alusivas à informação contida no documento eletrônico, tendo em vista o ineditismo de que se reveste esse - necessitam ser dimensionadas para a novel realidade que as circunda, valendo-se, para tanto, do conhecimento transdisciplinar fornecido pela ciência³⁰.

Sob esse viés, alerta para a impossibilidade material de proceder-se ao exame do documento eletrônico, com fulcro em características de um documento em papel, na medida em que são inegavelmente distintas as materialidades, tratando-se de nova realidade, para cuja compreensão urge educar a sociedade e o meio jurídico. Realça os novos modelos científicos capazes de garantir e de assegurar aqueles precípuos valores (segurança e conservação), adotando-se cautelas como a de não manter os documentos eletrônicos exclusivamente em ondas eletromagnéticas, transmitidas de um computador a outro, mas arquivando-as em memórias de massa (disquetes, CDs.).

3.2 A Força Probante do Documento Eletrônico no processo judicial

Sabidamente, a prova é de vital importância para o processo judicial, pois visa a demonstrar a veracidade de um fato³¹.

Vinculando-se à descoberta da verdade³², a uma convicção acerca do real³³, reveste-se de espetacular relevância para o devido processo legal, marcado pelo contraditório, estando, a prova nessa seara, albergada pelo direito de ação e de ampla defesa alçados ao quilate de garantia constitucional³⁴.

Sua importância avulta-se no campo do processo judicial, eis que se prossegue em cultura de solução estatal de conflito, observando-se a

³⁰ Remete-se o leitor à nota de rodapé de número 26.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.495-496.

³² CASTRO, Francisco Augusto Neves e. **Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis**. 2 ed., anotada por Pontes de Miranda. Campinas: Servanda, 2000, p. 592.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Relações entre verdade e prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.25-50.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

“explosão do contencioso”, saturando as jurisdições³⁵.

Bebber esclarece que “as dúvidas que emergem quanto à veracidade das afirmações feitas pelas partes (*questões de fato*), dada a sua contradição, devem ser dirimidas pela atividade probatória”, sendo fundamental, a fim de que o Juiz considere aquelas assertivas quando do julgamento, sejam elas demonstradas como verdadeiras no processo, explicitando:

A prova, nesse caso, é a verdade extraída pelo juiz (*resultado*) dos elementos probatórios produzidos pelas partes (*atividade*), através do desenvolvimento do seu trabalho intelectual de avaliação. Pode-se afirmar, portanto, que a função da prova é a de formar a convicção do julgador, a fim de que este faça incidir a norma jurídica ao fato³⁶.

Sob esse viés, conquanto o documento eletrônico, como prova judicial, possa manifestar-se por diferentes meios³⁷, sujeita-se como documento que é ao arcabouço consagrado à prova documental no Código de Processo Civil³⁸, adaptado às particularidades da nova realidade evidentemente, como por exemplo, dimensão tempo e espaço, bem assim para fins de conferência de sua autenticidade e integridade³⁹.

De vital importância registrar que a Lei 11.419 de 2006, ao exigir

³⁵ CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.131.

³⁶ BEBBER, Júlio César. *O novo código civil e a prova judiciária*. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4243/o-novo-codigo-civil-e-a-prova-judiciaria>. Acesso em: 15 nov.2010.

³⁷ Como imagem digital; interrogatório de réu preso via videoconferência; extratos e planilhas eletrônicas; arquivos de áudio e de vídeo; etc. Consultar, por exemplo, sistema FIDELIS. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br>. Acesso em: 14 nov.2010.

³⁸ MARCACINI, Augusto T. Rosa. O documento eletrônico como médio de prova. *Revista de Direito Informático*, n.7, fev. 1999. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=230>. Acesso em: 18 nov. 2010.

³⁹ Cf. LESSA, Jus Navigandi, disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14555>.

garantia da origem e de seu signatário no tocante ao documento produzido eletronicamente, a este considera original para todos os efeitos legais, fazendo esvair, desse modo, a distinção entre original e cópia, como alertara Volpi.

De igual modo, o parágrafo primeiro do artigo 11 da multicitada Lei, além de consagrar a fé pública do advogado, determina que os extratos digitais e os documentos digitalizados, juntados aos autos, têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

Em seu parágrafo 2º finca que a argüição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

Percebe-se, então, que a força probante do documento - produzido sob forma eletrônica e juntado aos autos de processo - submete-se à garantia de sua autoria, bem assim de sua integridade, cientes de que certeza inequívoca e verdade absoluta inexistem seja para documento escrito, seja para documento eletrônico⁴⁰, impondo-se obstar abusos em ofensa à intimidade e à privacidade das partes.

Ainda e no tocante à força probante do documento eletrônico, a realçada Medida Provisória 2.200-2 de 2001 garante às declarações neles contidas a presunção de veracidade quanto aos signatários, desde que presente a certificação digital.

Para esse fim, a Medida Provisória procurou minimizar o problema da autenticidade e da integridade do documento eletrônico, criando a principal Autoridade Certificadora no Brasil, chamada de Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz⁴¹.

Nessa linha de raciocínio, utiliza-se a assinatura digital como meio de certificação e autenticidade do documento eletrônico, mediante aplicação

⁴⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.160.

⁴¹ MATTOS, Manuel. **ICP-Brasil - conjunto normativo sobre o ciclo do documento**. Conferência proferida no IV Congresso Internacional de Direito Eletrônico, em Curitiba, de 03 a 05 de novembro de 2010, no Plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região-Paraná.

de um par de chaves ou certificados: um público e um privado, este de conhecimento exclusivo de seu autor, sobre quem recai a responsabilidade sobre o sigilo, e aquele disponível à entidade certificadora, podendo esta ser fornecida ao interessado.

A conferência da autoria do documento eletrônico realiza-se mediante o uso do certificado público correspondente ao particular, os quais formam o necessário “par”, reconhecendo-se entre si. Uma vez acopladas, as chaves pública e privada, atestam a autenticidade do documento, pois o conteúdo eletrônico somente será transmitido da chave particular para a pública, se o receptor desta possuir idêntica chave.

Reitere-se, aqui e no que concerne aos extratos digitais e documentos digitalizados, o previsto no parágrafo 1º do artigo 11 da Lei 11.419/2006, no sentido de terem “a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização”.

Cumpra registrar também, o projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal (PLs 166/2010), alusivo ao novo Código de Processo Civil, o qual, como realça abalizada parcela da doutrina e nada obstante os merecidos encômios aos trabalhos da comissão que o organizou, contém retrocesso a ser imposto ao processo eletrônico, caso retificações inexistam àquele texto.

Isso porque, conforme alguns estudiosos⁴², o projeto, como posto, contrariando a crescente onda de informatização que permeia a sociedade, dispõe sobre a matéria de modo mais tímido do que já o faz a Lei 11.419/2006, construindo dúvida acerca de possível derrogação ou não da norma anterior.

Assim, se aprovado sem alterações, inclusive no que concerne à segurança da prova digital, desperdiçará excelente oportunidade de burilamento das modificações já introduzidas no Código vigente acerca das imbricações entre tecnologia e jurídico, cuja temática tem por foco

⁴² ALMEIDA FILHO, José Carlos de A. *Novo CPC e os atos processuais por meios eletrônicos*. Disponível em: http://dgaf.com.br/processo_uff/?p=130. Acesso em: 18 nov.2010.

precípua a cultura da celeridade e da transparência, direitos fundamentais do cidadão.

Ainda, tramita o projeto de Lei 7506/2010, visando a alterar o Código de Processo Civil em vigor, ao estatuir ressalva sobre exibição de informação armazenada eletronicamente⁴³, o que se adiciona às linhas até aqui traçadas para demonstrar a alta relevância do tema para o meio jurídico, tendo em vista a segurança que cumpre ofertar à sociedade, pela via da solução estatal dos conflitos e no que concerne à regência da prova documental eletrônica.

Por fim, cumpre registrar que a transparência, que se imanta ao processo eletrônico e, como conseqüência, à informação armazenada eletronicamente, elastece as possibilidades de injustificada quebra da inviolabilidade da vida privada e íntima das partes, frisando-se admitir o Código de Processo Civil, como meio de prova, todos os legais e os moralmente legítimos (art.332).

Sob esse viés e tendo em vista a possibilidade de ampla e célere divulgação da informação sob forma eletrônica, torna-se imperioso dosar, com absoluta cautela, a aceitação de determinado documento eletrônico como meio de prova no processo, sempre que confrontados direito fundamental à transparência e à celeridade com direito igualmente fundamental de inviolabilidade já referido.

No particular, cabe destaque às lições de Ávila⁴⁴, efetuando-se o balanço entre os direitos fundamentais assegurados pela Suprema Carta Política, mediante aplicação dos postulados de ponderação e de proporcionalidade, sempre obstado anule-se o núcleo essencial de qualquer deles.

Visando ao resguardo dos direitos fundamentais de inviolabilidade da vida privada e íntima do cidadão, em 05 de outubro de 2010, o Conselho

⁴³ ATHENIENSE, Alexandre. **Projeto de lei pretende mudar regra para prova judicial em meio eletrônico**. Disponível em: <http://www.dnt.adv.br/noticias/projeto-de-lei-pretende-mudar-regra-para-prova-judicial-em-meio-eletronico/> Acesso em: 09.dez.2010.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Nacional de Justiça edita a resolução 121⁴⁵.

Essa dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e outras providências, assegurando que a disponibilização de consultas às bases de decisões judiciais impedirá, quando possível, a busca pelo nome das partes, de forma a resguardar a intimidade e a privacidade dos envolvidos nos autos⁴⁶.

4. A JURISDIÇÃO DIGITAL

Alerta Bauman⁴⁷ não ser possível, sob pena de sufocar a sociedade para a qual se destina o conhecimento, ignorar o intérprete deste as mutações sociais, permanecendo alheio, quer como produtor quer como exegeta, à revolução dos padrões culturais por ela adotados e vividos.

Então, o papel a ser exercido pelo Juiz recebe extraordinário impulso, máxime quando o bojo dos autos alberga fenômeno social ainda carente de disciplina legislativa adequada, incumbindo-lhe interpretar o ordenamento jurídico e construir a norma aplicável ao caso concreto, redimensionando o direito⁴⁸ à luz do arcabouço axiológico posto na Constituição Federal, representando a aspiração de toda a sociedade.

Na esteira desse modo de pensar, percebe-se que os Tribunais brasileiros buscam adaptar a jurisdição ao novel modelo digital.

Esse desiderato não se restringe a medidas administrativas⁴⁹ ou à

⁴⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12279:resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010&catid=57:resolucoes&Itemid=1085. Acesso em 18 nov. 2010.

⁴⁶ Vide inciso IX, art. 93 Constituição Federal do Brasil.

⁴⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales. Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Universidade Nacional de Quilmes: 1997.

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. Tradução Bruno Miragem, notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁹ O Tribunal Superior do Trabalho edita, em 28 de julho de 2010, o Ato SEJUD.GP nº 342/2010, regulamentando procedimento do processo judicial eletrônico no âmbito daquela casa.

instalação de Varas Digitais e preparo de Juízes, Advogados e Servidores⁵⁰, tão pouco ao relevante orçamento para custear gastos advindos da informatização do Poder Judiciário e a propostas de economia das fontes energéticas não renováveis⁵¹.

Antes, finca raízes em sede de entrega da tutela jurisdicional, cujo leito se encontra povoado por decisões proferidas pelas altas cortes do país⁵², apreciando juridicamente as inovações tecnológicas⁵³, seja no bojo de autos de processo convencional, seja em nível de processo eletrônico.

Conquanto os esforços sinceros estejam presentes na tentativa de caminhar para o futuro seguro e possível, com adoção de atitudes firmes e convictas por parte do Estado-cidadão, muito ainda há que se fazer⁵⁴ a fim de conferir concretude à prova digital, em prol da urgente realização de transparência e de celeridade ao destinatário da jurisdição.

Sob esse enfoque, recai também sobre a jurisdição o dever de materializar o princípio constitucional de acesso de todos à justiça, cabendo-lhe disseminar a educação digital indistintamente, sob pena de grupos vulneráveis serem alijados do sistema afeto ao processo eletrônico, à prova digital e à jurisdição tecnológica⁵⁵.

Igualmente, esta prossegue atenta a todos os mandamentos postos

⁵⁰ O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Paraná instalou, até a presente data, três Varas digitais em Curitiba. Sediou, em 2008/2009, curso destinado a juízes, servidores e advogados, bem como, de 03 a 05 de novembro último, albergou o IV Congresso Internacional de Direito Eletrônico.

⁵¹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Brasília. As dez metas para o Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

⁵² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ, Brasília. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=documento+eletr%F4nico&b=ACOR. Acesso em: 18 nov. 2010.

⁵³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho - TST, Brasília. Disponível em: <http://www.ageiadensi.org/br/?cat=18>. Acesso em: 15 nov. 2010.

⁵⁴ ATHENIENSE, Alexandre. **CPC vai ter de mudar de novo**. Disponível em: <http://www.dnt.adv.br/noticias/sem-foco-nas-praticas-processuais-eletronicas-cpc-vai-ter-de-mudar-de-novo/>. Acesso em: 17 nov. 2010.

⁵⁵ O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Paraná mantém curso de inclusão digital, ministrado voluntariamente por alguns de seus servidores, tendo como destinatários crianças vinculadas ao Programa de erradicação do trabalho infantil - PETI, bem como em estudo curso idêntico para idosos e deficientes.

na Suprema Carta Política, disciplinando, neste particular, a polêmica afeta ao binômio: necessária publicidade da informação e direito da parte à preservação de sua intimidade e privacidade⁵⁶.

Isso porque, se a sociedade do Século XXI não mais aceita sigilos e desigualdades em desacordo com dignidade humana e a justiça social⁵⁷, elevando publicidade e celeridade do processo ao patamar de garantia constitucional, tão pouco a ciência jurídica, no exercício de seu papel de atuar como divisor entre civilização e barbárie⁵⁸, chancela invasões gratuitas e inúteis à privacidade e à intimidade dos seres.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Lei 11.419/2006, representando a incorporação, pelo Direito, dos avanços tecnológicos, cumpre absorver o valor probante do documento eletrônico, sob pena de obsolência do Direito e de seu desprezo pelo corpo social.

Conforme doutrina, urge conceber, o documento eletrônico, como meio de prova real documental, seja quando apresentado em leito de processo clássico, seja quando integrante de autos digitais, haja vista consubstanciar instrumento hodierno de armazenamento da informação social, derivada do relacionamento humano, a quem se destina a ciência jurídica.

As dificuldades inerentes ao entendimento do novo e sua disciplina acerca da atividade probatória devem ser diluídas pelo legislador, pelo papel criativo do intérprete e pelo educador, aos quais impende manter vivo o ordenamento jurídico vigente, ao permeá-lo com a perene evolução

⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF, Brasília. STF, ADI 1517. Disponível em: WWW.stf.jus.br. Acesso em 18 nov.2010.

⁵⁷ FABIÃO, Paulo S. de A. Silva. **Por um judiciário mais cidadão**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=1&base=1&conteudo=noticia/95a50b1a02aa1425473ffc10105a3ec0.html>. Acesso em 17 nov. 2010.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. Aula inaugural no curso de direito, Faculdade Facinter/Curitiba, primeiro semestre de 2007.

da sociedade

A cultura do papel paulatinamente cederá espaço ao eletrônico, em nome da celeridade, da transparência, como direitos fundamentais do cidadão, bem assim ante a urgência de preservação da sustentabilidade da vida no Planeta Terra.

A mudança de paradigma far-se-á em respeito ao amadurecimento democrático da sociedade e em prol das fontes não renováveis de energia, cujo esgotamento destas é irrefutável.

Dúvidas acerca da segurança, manutenção e valor probante da informação armazenada eletronicamente no campo do processo serão dirimidas pela atividade probatória prevista no ordenamento jurídico, valendo-se dos serviços periciais e de seus avanços científicos.

No presente estágio evolutivo em que se encontram ciência do Direito e conhecimento humano, sente-se que segurança absoluta e certeza inequívoca inexistem no tocante à prova judicial, quer sob a roupagem clássica dos autos, quer sob a forma eletrônica, sendo o Direito e a verdade construídos.

Considere-se, ainda, representar, o processo eletrônico, apenas novel faceta do mecanismo estatal de solução dos conflitos trazidos ao conhecimento do Juiz. Clama, portanto, não só pelo seu aperfeiçoamento, como pelo implemento da jurisdição digital, incumbindo ao Judiciário realizar, também nessa seara, o acesso de todos à justiça.

Sua construção para melhor, coibindo retrocessos em prejuízo da concretização da cidadania universal, prossegue vinculada à tarefa do legislador, do exegeta e do educador, preservando os seres contra abusos à garantia constitucional afeta à inviolabilidade da esfera privada e íntima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de A. **Novo CPC e os atos processuais por meios eletrônicos**. Disponível em: <http://dgaf.com.br/processo>

[uff/?p=130](#). Acesso em: 18 nov.2010.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Jurídica, 2006, p.262-276.

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. **Documentos eletrônicos no processo digital**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 mar.2009. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.23320>. Acesso em 18 out.2010.

_____. **CPC vai ter de mudar de novo**. Disponível em: <http://www.dnt.adv.br/noticias/sem-foco-nas-praticas-processuais-eletronicas-cpc-vai-ter-de-mudar-de-novo/>. Acesso em: 17 nov. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BATISTA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**. Revista Gênese, Curitiba, 2003, n.28, p.21-432.

BAUMAN, Zigmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre La modernidad, la posmodernidad y los intelectuales**. Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Universidade Nacional de Quilmes: 1997.

BEBBER, Júlio César. **O novo código civil e a prova judiciária**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4243/o-novo-codigo-civil-e-a-prova-judiciaria>. Acesso em: 15 nov.2010.

BLUM, Renato O., JIMENE, C. do Vale. **O valor probatório do documento eletrônico**. Rio Grande, 67, 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6313. Acesso em: 15 Nov. 2010.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Brasília. As dez metas para o Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Brasília. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12279:resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010&catid=57:resolucoes&Itemid=1085. Acesso em 18 nov. 2010.

BRASIL, Planalto. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FView_Identificacao%2Flei%252011.419-2006%3FOpenDocument%26AutoFramed. Acesso em: 17 nov. 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ, Brasília. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=documento+eletr%F4nico&b=ACOR. Acesso em: 18 nov. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF, Brasília. STF, ADI 1517. Disponível em: [WWW.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 18 nov.2010.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho - TST, Brasília. Disponível em: <http://www.ageiadensi.org/br/?cat=18>. Acesso em: 15 nov. 2010.

BRASIL. ICP-OAB. **Certificados Eletrônicos e Assinaturas Digitais**. Disponível em: http://cert.oab.org.br/cert_assin.htm. Acesso em: 14 nov. 2010.

BRASIL. ITI. **Estrutura da ICP-Brasil**. Disponível em: http://www.iti.gov.br/twiki/pub/Certificacao/MedidaProvisoria/MEDIDA_PROVIS

RIA 2 200 2 D.PDF Acesso em: 14 nov. 2010.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.495-496.

CASTRO, Francisco Augusto Neves e. **Teoria das Provas e suas Aplicações aos Atos Cíveis**. 2ª ed., anotada por Pontes de Miranda. Campinas: Servanda, 2000, p. 592.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.131.

FIDELIS. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br>. Acesso em: 14 nov.2010.

FABIÃO, Paulo S. de A. Silva. **Por um judiciário mais cidadão**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/conteudo.jsp?page=1&base=1&conteudo=noticia/95a50b1a02aa1425473ffc10105a3ec0.html>. Acesso em 17 nov. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Aula inaugural, curso de Direito, Facinter/Curitiba, primeiro semestre de 2007.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano: uma breve história do Século XXI**. 3.ed. São Paulo: Objetiva, 2009.

GIOVA, Giuliano, ALMEIDA FILHO, José Carlos. **A prova pericial e seus desafios na sociedade de alta tecnologia**. Disponível em: <http://www.slideshare.net/processoeletronico/percia-eletrnica>. Acesso em: 15 nov.2010.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.705.

LESSA, Breno Minucci. **A invalidade das provas digitais no processo judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2455, 22 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14555>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito**. Tradução Bruno Miragem, notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCACINI, Augusto T. Rosa. O documento eletrônico como médio de prova. **Revista de Direito Informático**, n.7, fev. 1999. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=230>. Acesso em: 18 nov. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Relações entre verdade e prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.25-50.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 342.

MATTOS, Manuel. **ICP-Brasil - conjunto normativo sobre o ciclo do documento**. Conferência proferida no IV Congresso Internacional de Direito Eletrônico, em Curitiba, de 03 a 05 de novembro de 2010, no Plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região-Paraná.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo:

Saraiva, 2008.

MORIN, Edgard. **Para onde vai o mundo?** Petrópolis: Vozes, 2010, p.11-20, 47.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa M.de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 528.

ONU. Página oficial da Organização das Nações Unidas no Brasil. Relatório Brundtland: **Nosso futuro comum** e relatório **Um mundo mais seguro: nossa responsabilidade comum.** Disponível em: http://onu-brasil.org.br/view_news.phd?id=1499. Acesso em: 26 abril 2010.

PARREIRA, Antonio Carlos. **Breves anotações sobre a lei do processo eletrônico. (Lei nº 11.419/2006).** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1269, 22 dez. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9309>. Acesso em: 12 nov. 2010.

PECK PINHEIRO, Patrícia. **Direito digital.** Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/ppub/portal/adm/editor/UploadArquivos/29congresso/0511/painel8/PatriciaPeckPinheiro.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.

_____. **Direito Digital.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.160.

ROVER, Aires José. **Do Analógico do Digital: Construindo Tecnologias Emancipadoras.** In BLUM, Renato O., BRUNO, Marcos G. da Silva, ABRUSIO; Juliana C. (Coord.). Manual de Direito Eletrônico e Internet. São Paulo: Lex, 2006, p. 16.

SACHS, Inacy. **Rumo à ecossocioeconomia.** São Paulo: Cortez, 2007, 285-404.

- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.926. VER LIVRO GILMAR MENDES.
- SOUSA-SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 68-74, v. I.
- TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, p. 129.
- VOLPI NETO, Angelo. **Ata notarial de documentos eletrônicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5431>. Acesso em: 14 nov. 2010.
- VOLPI NETO, Angelo. **O mundo em bits**. São Paulo: Aduaneiras, 2009.
- WEST, Morris. **In: MARCHESINI, Silvane. O sujeito de direito na transferência: uma perspectiva transdisciplinar por meio da teoria lacaniana dos Discursos**. Curitiba: Juruá, 2010.

A FOTOGRAFIA DIGITAL E A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA

Angélica Maria Juste Camargo¹

Sumário: Introdução. 1 O Direito e a pós-modernidade. 2 A fotografia digital e a questão do ônus da prova. 3 A fotografia digital e o incidente de falsidade. 4 Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A intensa introdução de inovações tecnológicas e a crescente complexidade imposta às relações interpessoais na pós-modernidade gera a necessidade de que sejam repensados os efeitos de determinadas ferramentas disponibilizadas ao Direito Processual, especialmente no campo probatório.

Nessa perspectiva, a reflexão perpassa pela questão do surgimento e consagração de representações imagéticas, vistas não raro como solução insofismável para o problema da prova no processo, buscando desvendar o que há de verdadeiro nessa concepção, observando-se, para tanto, como pano de fundo, a contribuição, justamente da fotografia (no caso, a fotografia tradicional), para a formação da sociedade de massas e da cultura de massas.

O Direito em geral e o processual em particular sofrem as repercussões de uma tendência à racionalização capitalista da qual a reprodução fotográfica é um dos instrumentos e, como tal, mecanismo de alienação humana, desafiando-os a soluções.

Nesse sentido, ante a ausência de regramento positivado específico, o estudo a respeito da natureza da fotografia em meio digital, bem assim da técnica mediante a qual é produzida e, ainda, a tutela dos direitos de

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito do Trabalho pelo IBEJ. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIBRASIL. Graduada em Direito pela PUC-PR.

personalidade na atividade empresarial, auxiliam na busca de soluções consentâneas com a intersubjetividade humana e não com a realidade imagética.

Exsurge, desse modo, justificado o estudo reflexivo a respeito da admissão da fotografia digital como prova no processo, de seus efeitos na distribuição do ônus probatório entre os litigantes, além das implicações no processamento do incidente de falsidade.

O Direito e a pós-modernidade

“Nunca houve uma época tão bem informada sobre si mesma, se ser bem informado significa possuir uma imagem das coisas iguais a elas no sentido fotográfico”².

A afirmação acima parece ter sido formulada com a finalidade de definir um fenômeno contemporâneo. No entanto, a expressão foi extraída de artigo produzido por Siegfried Kracauer na década de 20, para o *Frankfurter Zeitung* - respeitado jornal alemão, em alerta para a dominação de determinados modos de representação engendrados pela implantação do “processo de produção capitalista”, dentre eles, a fotografia.

Siegfried Kracauer atentou para situações sociais periféricas do entreguerras, até então subestimadas pelos críticos, como a fotografia, o turismo, o *best-seller*, e a dança sincronizada das *Tillergirls*, diagnosticando as etapas históricas de uma série de representações imagéticas, que se inicia com o símbolo e culmina com a fotografia, antevendo o poder ínsito a esta, bem assim sua contribuição para a formação da sociedade de massas e da cultura de massas.

Em oposição ao conhecimento superficial, ao esvaziamento do sentido da vida, à alienação propiciada pela racionalização capitalista do qual a reprodução fotográfica é um dos instrumentos, Kracauer propugna um relacionamento reflexivo do indivíduo em suas relações interpessoais, com o trabalho e consigo mesmo.

² KRACAUER, Siegfried. *O ornamento da massa: ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 75.

Surpreender-se-ia o autor diante do avanço da reprodução técnico-imagética compreendido na fotografia digital, ante a ampla gama de possibilidades de representação simbólica que disponibiliza à experiência estética da contemporaneidade.

Nesse sentido, a pós-modernidade desafia o Direito.

O avanço das inovações tecnológicas estabelece inquietude e impõe incessante reflexão em torno da assimilação de uma racionalidade que se coloca ao Direito, seja no âmbito do direito material, seja no âmbito do direito processual: trata-se da racionalidade imagética.

Como preleciona Francisco Cardozo Oliveira, ao citar Vilém Flusser, na sociedade pós-moderna dominada pelo signo da imagem, “o mundo vivencia uma crise de valores porque está imerso na transição da cultura do texto e da escrita para a cultura das imagens; nessa transição, atuam duas mídias, ou meios: a linear, que opera com conceitos, e a de superfície, que opera com imagens”³.

A imagem digital fornece um contexto pronto, uma compreensão pré-estabelecida e acabada do mundo, um mundo codificado, engendrado por uma outra racionalidade.

Também a fotografia, não diversamente dos outros modos de representação anteriores, está subordinada a um grau determinado de desenvolvimento da vida prático-material. É o processo de produção capitalista que a engendra. A mera natureza que aparece na fotografia vive sua vida inteiramente na realidade da sociedade engendrada por este processo⁴.

³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Os limites da linguagem no processo: o sistema mídia e o sistema jurídico. GUNTHER, Luiz Eduardo. *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 206.

⁴ KRACAUER, 2009, p. 78.

É preciso ter em conta que a construção imagética da realidade está presente no cotidiano da civilização humana. Na esfera do direito processual a imagem adquire especial relevância no campo probatório, dado o potencial nocivo que lhe é ínsito, enquanto fonte de conhecimento objetivo, dotada de força e poder de convencimento aparentemente inquestionáveis, porém destituído, em si, da intersubjetividade própria do humano e das relações pessoais que, em última análise, constroem legitimamente o Direito.

O processo, enquanto instrumento de concretização do Direito, e assim também a prova nele produzida, deve refletir as bases fáticas sobre as quais está alicerçado, na perspectiva de garantir que a produção e valoração probatória se realizem por intermédio do que Francisco Cardozo Oliveira denomina suporte fático subjacente ao interrelacionamento humano.

[...] a compreensão dos fatos para o Direito passa pela compreensão das formas sociais decorrentes das relações entre pessoas na sociedade. A conformação do Direito, portanto, para além da regulação jurídica, contempla um substrato fático que precisa ser alcançado pela incidência da norma. A operacionalidade dessa compreensão do suporte fático da relação jurídica, e por consequência do Direito, estrutura-se e é instrumentalizada pelo processo, especificamente no que diz respeito aos critérios de valoração e de produção de provas⁵.

A discussão adquire maior relevância a partir da concepção de que a forma de produção da prova vincula sua valoração e, por fim, a entrega da prestação jurisdicional, por intermédio da decisão judicial devidamente motivada, especialmente diante da questão da fotografia digital no processo.

A tecnologia vem penetrando o sistema jurídico com consequências irreversíveis e relevantes. Não raras vezes o ordenamento jurídico positivado

⁵ OLIVEIRA, 2008, p. 203.

não dá conta de acompanhá-la, como ocorre com o disposto nos parágrafos do art. 385 do CPC, cuja previsão apresenta-se “totalmente desatualizada com a prática corrente”⁶.

Além do que foi dito até aqui, imperioso enfatizar as características peculiares e bastante diversas que a fotografia digital apresenta em relação à fotografia tradicional, baseada em filme. Esta consiste na breve exposição de

um filme recoberto de substâncias químicas fotossensíveis à luz. Após a exposição, o filme era submetido a um processo de estabilização química (revelação), e, em seguida, a imagem, através do negativo, tinha de ser transferida para papel fotográfico. O slide ou cromo permitia o registro de uma imagem positiva no próprio filme com uma qualidade bem superior.

(...)

Nas fotos digitais não há filme negativo onde é primeiramente registrada a impressão luminosa. Nessas fotos, a luz da cena a fotografar é captada analogicamente por meio de células fotossensíveis chamadas CCD (Charged Coupled Device) e posteriormente digitalizada pelo que se chama de shift register. As informações ficam, por seu turno, gravadas na memória da máquina fotográfica digital e, em se tratando de aparelho celular, registrado na respectiva memória.⁷

Trata-se a fotografia digital, ademais, de documento de fácil edição e reprodução, sendo suscetível, ainda, de infundáveis alterações, cujo registro pode ser totalmente eliminado, circunstâncias que proporcionam

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 639.

⁷ DANTAS, Rodrigo Tourinho. **A fotografia digital como meio probatório na perspectiva do formalismo-valorativo**. Revista Trabalhista Direito e Processo. Ano 8. N. 29, p.220.

insegurança, de modo que sua utilização no processo pressupõe seja assim compreendida e avaliada criteriosamente.

Por este viés, a questão da admissibilidade da fotografia como meio de prova perpassa necessariamente pela necessidade de discussão a respeito não só de sua fragilidade, como de seu potencial ameaçador da própria consciência humana já denunciado por Siegfried Kracauer ao narrar a alienação de uma sociedade inconsistente diante de imagens desprovidas de significado e a importância da preservação dos traços decisivos à consciência emancipada, observando que “Se a fotografia se oferece à memória como suporte, é a memória que deve determinar a escolha. Mas esta torrente de fotografias varre todos os seus diques. O assalto de coleções de imagens é de tal modo violento que talvez ameace destruir os traços decisivos à consciência⁸.”

Além da racionalidade imagética propor uma realidade determinada e objetiva destituída da intersubjetividade que deve informar o Direito, sua admissão como prova no processo suscita extrema cautela diante das facilidades existentes para sua manipulação e adulteração, o que precisa ser levado em consideração pelo julgador, seja no momento da produção da prova, de sua valoração ou da prolação da decisão judicial, evitando-se “o risco de o conhecimento reduzir-se à superfície da imagem”⁹.

Também ao contrário da fotografia tradicional, baseada em filme, a fotografia digital constitui um meio de prova atípico, na medida em que não se encontra prevista em lei, podendo, contudo, ser utilizada por ser moralmente legítima. Neste caso, cabe ao juiz aceitar ou não a prova em conformidade com seu livre convencimento.

A fotografia digital, portanto, pode ser utilizada com prova, porém, desde que observada sua real perspectiva de fabricação de uma realidade que pode ou não, conforme as circunstâncias, coincidir com a cena fotografada e com a verdade. Como leciona Francisco Cardozo Oliveira

⁸ KRACAUER, 2009, p. 75.

⁹ OLIVEIRA, 2008, p. 206.

(...) não se trata mais de depurar o mundo jurídico e o processo do poder e da força das imagens; também não é caso de reconstruir o mundo da vida e a intersubjetividade discursiva, libertos do poder das imagens. O que está em causa é a reformulação da racionalidade do sistema jurídico e do processo, assim como a do mundo da vida, em novos patamares que permitam manter a salvo a possibilidade de uma intersubjetividade crítica, capaz de dar sentido à vida em sociedade e aos ideais de justiça.¹⁰

Cumpra ao juiz, a partir desse contexto, assegurar a produção da prova fotográfica digital de modo a conferir a maior garantia possível de permear-se da racionalidade intersubjetiva e dialógica própria do processo, afastando-se o risco de uma cognição superficial.

Não importa quais cenas um indivíduo recorda: elas querem dizer algo que se relaciona a ele sem ele precisar saber o que elas querem dizer. Elas são conservadas justamente em relação ao que querem lhe dizer. Organizam-se, portanto, segundo um princípio que se diferencia daquele da fotografia na sua essência. A fotografia apreende o que é dado como um contínuo espacial (ou temporal), as imagens da memória conservam-no na medida em que este quer dizer alguma coisa. Como o que se quer dizer se consuma muito pouco no contexto puramente espacial e no puramente temporal, as imagens estão de esguelha em relação à reprodução fotográfica. Se do ponto de vista desta última elas aparecem como fragmento - mas como

¹⁰ Ibidem, p. 207.

fragmento porque a fotografia não abarca o sentido com o qual elas se relacionam; orientadas em relação a este último, cessam de ser fragmento - assim aparece a fotografia para elas como uma mistura em parte composta de despojos.

A significação das imagens da memória está acoplada a seu conteúdo de verdade. Na medida em que estão ligadas à incontável pulsão vital [*Triebleben*], habita em seu interior uma ambigüidade demoníaca; imagens foscas como um copo de leite que mal permite passar o brilho da luz. Sua transparência aumenta na medida em que os conhecimentos lançam luz sobre a vegetação da alma e limitam a coação da natureza [*Naturzwang*]. Encontrar a verdade só é possível à consciência liberta que pondera o demoníaco das pulsões. Os traços dos quais se recorda estão em relação com o que se reconhece como verdade suscetível de se manifestar neles ou de ser deles excluídos. A imagem, que contém estes traços, é distinta de todas as outras imagens da memória; com efeito, esta não conserva como as outras uma abundância de recordações opacas, mas os conteúdos que concernem ao que é reconhecido como verdade.¹¹

A fotografia não tem sentido em si mesma, senão a partir da linguagem que traduza o fato ou ato captado em determinado instante, daí porque sua admissibilidade como meio de prova demanda inexorável ato de consciência humana, pois somente esta tem a capacidade de organizar os acontecimentos do passado.

¹¹ KRACAUER, 2009, p. 67-68.

A fotografia digital e a questão do ônus da prova

De acordo com o art. 383 do CPC, qualquer reprodução mecânica, dentre elas a fotográfica, detém valor probante se aquele contra quem é produzida reconhecer a conformidade de seu conteúdo com a realidade.

Já o parágrafo primeiro do art. 385 do CPC estabelece, especificamente em relação à fotografia, que o valor probante do documento dependerá de estar acompanhado do respectivo filme negativo. Todavia, como visto anteriormente, na fotografia digital a luz da cena fotografada é capturada analogicamente. Nessas fotos não há negativo.

Rodrigo Tourinho Dantas afirma não sobressair razoável desprezar-se de antemão a fotografia digital tão somente pelo fato de não estar acompanhada do respectivo negativo, dada a impossibilidade da parte desvencilhar-se de ônus de tal natureza.

Juntada a fotografia digital por uma das partes, não se lhe exige a apresentação de negativo.

Todavia, inegável que justamente por não se fazer acompanhar de outro meio probatório apto a revelar-lhe a integridade e idoneidade não há em seu favor qualquer presunção de veracidade, tal como reconhece o art. 385, parágrafo primeiro, do CPC em relação à fotografia tradicional.

Na espécie, não se aplica à fotografia digital o dispositivo em referência e, assim, não se lhe reconhece a presunção de validade probatória.

Descabe redarguir com a possibilidade de exigir-se, desde logo, da parte que pretende produzir a prova fotográfica pela via digital, a juntada do meio físico original em que capturada a cena fotografada.

Primeiro, porque tal providência não se revela suficiente a garantir segurança, autenticidade e integridade a essa pretensa prova, na medida em que “é extremamente fácil alterar a imagem digital, sem deixar desta operação qualquer vestígio (ou tornando-o quase imperceptível)”¹².

¹² DANTAS, Rodrigo Tourinho. *A fotografia digital como meio probatório na perspectiva do formalismo-valorativo*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 29, mar./abr. 2009, p. 221.

Além de que, exigência semelhante parece destoar do cotidiano pós-moderno, em que as imagens são apagadas do meio físico em que originalmente registradas tão logo transferidas para outros arquivos, sem falar na privação do uso de um bem ou no prejuízo financeiro que estaria sendo imposto à parte na eventual determinação de depósito de equipamento fotográfico ou celular em juízo, pelo tempo necessário à consecução de complexos exames periciais¹³.

De todo o exposto, conclui-se que se não questionada pelas partes litigantes ou pelo juiz a conformidade da prova fotográfica digital com o fato ocorrido, é de ser reconhecido o valor probante desse meio atípico de prova, ainda que desacompanhado nos autos do meio físico em que originalmente registrado.

Nesse sentido, prevalece o disposto no art. 225 do CCB, pois “tratando-se de regra mais moderna, deve prevalecer sobre o comando do CPC, do que deve resultar a conclusão de que deixa de ser necessária a juntada do negativo com a fotografia, *salvo se houver impugnação de sua exatidão*”, com lembram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁴.

Caso não impugnada referida fotografia, impõe-se reconhecer-lhe o valor probante, ressaltando-se ao juiz, no momento da valoração das provas dos autos, conceder-lhe o valor que possa merecer, de acordo com sua conformidade com as demais provas produzidas nos autos e com o princípio do livre convencimento motivado.

Por outro viés, caso impugnada a fotografia digital juntada aos autos, em relação à sua integridade material ou à sua idoneidade, cumprirá à parte que pretende dela se utilizar comprovar sua validade probatória por outros meios.

Não há presunção fixada a legislação processual em favor da fotografia digital, como ocorre em relação à fotografia baseada em filme e dele acompanhada no processo ou no tocante ao documento público, por exemplo. Nesse passo, o ônus de comprovar a ausência de vício que macule

¹³ DANTAS, Idem, *ibidem*.

¹⁴ MARINONI, 2009, p. 640.

a fotografia digital, seja de ordem material, seja de ordem ideológica, é da parte que a produziu, assim concebida a parte que a apresentou nos autos e pretende ver reconhecido seu valor probante.

Com efeito, é ônus da parte que pretende se servir da prova atípica impugnada demonstrar por outros meios a sua adequação e eficácia probatória. Assim sendo, caso impugnada a fotografia digital, recai sobre a parte que pretende se valer da fotografia digital como meio de prova o ônus de demonstrar a integridade material e a idoneidade ideológica do documento. Um juízo de certeza, ou ao menos a maior garantia possível de sua eficácia probatória muitas vezes somente pode ser obtida mediante exames periciais, por especialistas da área da tecnologia da informação.

Neste caso, o juiz determinará a produção de prova pericial, com fulcro no parágrafo primeiro do art. 383 do CPC.

A fotografia digital e o incidente de falsidade

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart visualizam um novo paradigma para o processo civil, de grande relevância no campo probatório, qual seja, o de que o processo é resultado da argumentação dialética e não da descoberta da verdade substancial.

A concepção de verdade real sobre determinado fato, para os autores, constitui utopia, algo inatingível, inclusive porque a reconstrução da realidade não poderia ser totalmente livre de qualquer influência externa e de aspectos subjetivos, e dotada, de conseguinte, de caráter absoluto, dada a possibilidade do fato ter ocorrido de forma diferente, o que deve ser ponderado.

Nesse passo, a prova revela não uma certeza sobre o fato ocorrido, mas apenas uma das probabilidades sobre como o fato se deu. Segundo referidos doutrinadores a verdade obtida no processo acaba por não refletir a verdade material por três razões: a) a “alienação da consciência do juiz à verdade temporalmente sintética do evento”; b) “a solidão do juiz no estabelecimento definitivo da verdade” e, c) “a impotência do juiz em restabelecer a ‘continuidade das pessoas’”.

Na discussão relativa ao reconhecimento da validade probatória da fotografia digital, poder-se-ia acrescentar ao elenco doutrinário o reduzido grau de segurança fornecido por esse meio de prova, desautorizando, *ab initio*, uma expectativa de verdade substancial na realidade imagética.

Nesse contexto, exsurge novamente a importância do discurso, da linguagem, do diálogo, da comunicação argumentativa, os quais pressupõem intersubjetividade, atraem outros postulados, como a moral e a história e constroem um “consenso discursivo”: a construção da verdade que se legitima pelo procedimento observado.

Para que a história seja representada, deve-se destruir a conexão meramente superficial oferecida pela fotografia. Enquanto na obra de arte o significado do objeto torna-se fenômeno espacial, na fotografia o fenômeno espacial de um objeto é seu significado. Ambos os fenômenos, o “natural” e o do objeto do conhecimento, não se correspondem. Na obra de arte se suprime o primeiro em favor do segundo, reunindo ao mesmo tempo a semelhança almejada pela fotografia. A semelhança se relaciona à aparência exterior do objeto que não se revela imediatamente como se mostra ao conhecimento: é apenas a transparência do objeto que é mediada pela obra de arte. É comparável a um espelho mágico que não reflete o indivíduo em questão tal qual aparece, mas tal como este deseja ser ou com é fundamentalmente. A obra de arte se desintegra também com o tempo; mas o seu significado aflora de seus elementos decompostos enquanto que a fotografia acumula os elementos¹⁵.

¹⁵ KRACAUER, 2009, p. 67.

Diante da utilização da fotografia digital como prova no processo, havendo impugnação pela parte contrária ou questionamento do juiz quanto à conformidade entre a cena fotografada e a efetiva realidade ou, ainda, contrariada nos autos a idoneidade material do documento, cumpre a este determinar a realização de perícia específica, conforme o disposto no parágrafo único do art. 383 do CPC.

Cabe lembrar aqui, importante lição doutrinária afeta à seara trabalhista, mas que, guardadas as devidas peculiaridades, aplica-se ao processo civil. Trata-se de medida destinada a prestigiar os direitos de personalidade do ser humano, muitas vezes vilipendiados ou ameaçados pela racionalidade imagética. Assim, uma vez

impugnada a autenticidade ou reprodução mecânica, deverá o juiz, antes de determinar a realização da prova pericial, sindicá-la se ela foi obtida com o alegado, também. Caso reste comprovado que a fotografia, a película cinematográfica, a fonográfica e outras espécies de reprodução foram produzidas sub-repticiamente, deverá o juiz, em certos casos, mandar que sejam desentranhadas dos autos, prescindindo, assim, de exame pericial para apurar a autenticidade, sem receio de ofensa ao disposto no parágrafo único do art. 383 do CPC.¹⁶

Por outro aspecto, o Código de Processo Civil disciplina a arguição de falsidade documental, que tem por finalidade questionar a falsidade ou autenticidade de documento. Cuida-se de procedimento de alta relevância, nomeadamente porque, como já aludido, a qualidade da prova vincula toda a instrução probatória, a sua valoração e, em última análise, a decisão judicial, vinculando, de conseguinte, a qualidade da entrega da prestação jurisdicional.

¹⁶ TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 1.076.

Não obstante a bem abalizada doutrina em sentido contrário, bem assim a jurisprudência dominante, no sentido de que o incidente de falsidade documental aplica-se indistintamente ao falso material e ao falso ideológico¹⁷, comunga-se da opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para os quais sempre caberá o incidente de falsidade em relação a falsidades materiais. Quanto à falsidades intelectuais, os autores entendem cabível o incidente apenas quando se tratar de documento *narrativo*, sendo inaplicável no caso de documentos constitutivos.

se o interesse da parte se limitar a buscar a negativa de valor do documento como prova no processo, questionando sua autenticidade apenas, então ficará aberta a via do incidente; se porém, seu interesse for além, pretendendo questionar a própria relação jurídica refletida pelo documento, então a questão assume estrutura e feição próprias, o que exigirá a propositura de ação autônoma, destinada a desconstituir aquela relação jurídica.¹⁸

A arguição de falsidade documental pode ser suscitada em qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que inexistente declaração judicial de autenticidade no processo e observado o prazo preclusivo (na contestação ou em 10 dias da intimação da juntada) previsto no art. 390 do CPC. A não arguição da falsidade documental, por sua vez, não conduz ao reconhecimento da autenticidade do documento, quanto mais em se tratando de fotografia digital, cuja natureza impede se lhe reconheça alto valor probante.

Como dito anteriormente, a admissão da fotografia digital como prova no processo perpassa a análise de questões como a autenticidade, integridade e conteúdo, que tornam bastante complexo seu reconhecimento.

¹⁷ MARINONI, 2009, p. 666.

¹⁸ Idem, p. 667

Rejeita-se, desde logo, a assimilação liminar da racionalidade imagética no processo, na medida em que somente se concebe o processo na perspectiva da dialética, do discurso e do consenso construído, ainda que a imagem a ele esteja integrada pela via da fotografia digital. A esta, portanto, não se reconhece validade probatória senão naquelas hipóteses em que corroboradas por outros meios de prova.

Por isso, apresentada a argüição de falsidade relativamente à fotografia digital apresentada no processo, não se aplica o disposto no art. 389 que distribui o ônus probatório (I) à parte que a arguir, se tratar de falsidade do documento e, (II), à parte que produziu o documento, se se tratar de contestação de assinatura.

Referidas disposições legais, assim como o parágrafo primeiro do art. 383 do CPC, não tem aplicação ao caso da fotografia digital, uma vez que, conforme análise precedente, constitui documento que não fornece segurança quanto à sua autenticidade, originalidade ou idoneidade.

Esta, inclusive, parece ser a tendência refletida no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que, no parágrafo terceiro do art. 405 estabelece:

“Art. 405. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original. (...) § 3º A fotografia digital e as extraídas da rede mundial de computadores, se impugnada sua autenticidade, só terão força probatória quando apoiadas por prova testemunhal ou pericial”.

Dessarte, o juiz deve conferir à fotografia digital o valor probatório que merece diante das demais provas produzidas em cada caso concreto, sopesando-a com os demais meios probatórios, sempre,

porém, na perspectiva de tratar-se de uma realidade pronta e acabada, que necessita da intersubjetividade do processo para desvendá-la e integrá-la ao mister do (des)cobrimto da verdade construída pela dialética processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço das inovações tecnológicas estabelece inquietude e impõe incessante reflexão em torno da assimilação de uma racionalidade que se coloca ao Direito, seja no âmbito do direito material, seja no âmbito do direito processual, que é a racionalidade imagética.

Na sociedade pós-moderna dominada pelo signo da imagem, sobressai imprescindível a idéia de que a imagem digital fornece um contexto pronto, uma compreensão pré-estabelecida e acabada do mundo, um mundo codificado, engendrado por uma outra racionalidade.

Por outro viés a crescente complexidade das relações interpessoais deve se refletir, enquanto realidade intersubjetiva, na concepção sobre a imagem produzida pela fotografia digital, especialmente diante da ausência de regramento positivado específico.

O ponto de vista de Kracauer sobre o poder da fotografia na sociedade de massas afigura-se imprescindível para deflagrar um estudo reflexivo sobre a admissibilidade da fotografia digital como prova no processo, bem assim sobre suas repercussões na distribuição do ônus probatório entre as partes litigantes e no procedimento do incidente de falsidade.

Propõe referido autor um relacionamento reflexivo do indivíduo nas relações humanas, com o trabalho e consigo mesmo, atentando para o poder massificador da fotografia na experiência estética da contemporaneidade. É o que demanda o Direito Processual, no campo da prova.

Assim sendo, se não questionada pelas partes litigantes ou pelo juiz a conformidade da prova fotográfica digital com o fato ocorrido, é de ser reconhecido o valor probante desse meio atípico de prova, ainda que

desacompanhado nos autos do meio físico em que originalmente registrado (art. 383 do CPC), ressalvando-se ao juiz, no momento da valoração das provas dos autos, conceder-lhe o valor que possa merecer, de acordo com sua conformidade com as demais provas produzidas nos autos e com o princípio do livre convencimento motivado.

Por outro viés, impugnada a fotografia digital juntada aos autos, cabe à parte que pretende se servir da prova atípica impugnada demonstrar por outros meios a sua adequação, validade e eficácia probatória, sua integridade material e a idoneidade ideológica. Um juízo de certeza, ou ao menos a maior garantia possível de sua eficácia probatória muitas vezes somente pode ser obtida mediante exames periciais, por especialistas da área da tecnologia da informação, a ser determinada pelo juiz (art. 383 do CPC).

A fotografia digital pode ser utilizada com prova, porém, desde que observada sua real perspectiva de fabricação de uma realidade que pode ou não, conforme as circunstâncias, coincidir com a cena fotografada e com a verdade, como leciona Francisco Cardozo Oliveira.

Cumpra ao juiz assegurar a produção da prova fotográfica digital de modo a conferir a maior garantia possível de permear-se da racionalidade intersubjetiva e dialógica própria do processo, afastando-se o risco de uma cognição superficial

Assim, o juiz deve conferir à fotografia digital o valor probatório que merece diante das demais provas produzidas em cada caso concreto, sopesando-a com os demais meios probatórios, sempre, porém, na perspectiva de tratar-se de uma realidade pronta e acabada, que necessita da intersubjetividade do processo para desvendá-la e integrá-la ao mister do (des)cobrimento da verdade construída pela dialética processual.

Nesse sentido, acertada a previsão constante do Anteprojeto do CPC ao reconhecer o valor probante da fotografia digital apenas nos casos em que corroborada por testemunhas ou mediante perícia.

REFERÊNCIAS

- DANTAS, Rodrigo Tourinho. **A fotografia digital como meio probatório na perspectiva do formalismo-valorativo**. Revista Trabalhista Direito e Processo. 2009. Ano 8. N. 29.
- KRACAUER, Siegfried. **O ornamento da massa: ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Os limites da linguagem no processo: o sistema mídia e o sistema jurídico**. GUNTHER, Luiz Eduardo. **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2009.

TUTELA INIBITÓRIA COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO À IMAGEM

Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio¹

Resumo: O presente artigo versa sobre a tutela inibitória e o direito à imagem. Procura avaliar a possibilidade de utilização da tutela inibitória como medida de proteção adequada no resguardo de direitos de personalidade violados por meio da exibição e divulgação de imagens do ser humano.

Sumário: Resumo. 1 Introdução. 2 Tutela Inibitória. 3 Direito à imagem. Violação da privacidade pela fotografia e/ou vídeo. 4 Caso emblemático. 5 Conclusão. 6 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O mundo da vida é a esfera de reprodução simbólica, da linguagem, das redes de significados que compõem determinada visão de mundo, sejam eles referentes aos fatos objetivos, às normas sociais ou aos conteúdos subjetivos.

A racionalidade do mundo da vida, na lição de Jürgen Habermas,² está vinculada à diferenciação externa em relação ao sistema, porque ao se "[...] tornar mais complexo, pode servir à reprodução material daquele, contribuindo, assim, para a racionalidade do saber, a solidariedade dos membros

¹ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, especialista em Direito do Trabalho pela AMATRA IX e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** - o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. (Título original: *Zwischen Themis und Leviathan: eine schwierige Beziehung - eine rekonstruktion des demokratischen rechtsstaates in auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*). Tradução do autor. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.77.

da sociedade e a autonomia da pessoa.” O mundo da vida exige situações que demandam situações presentes, urgentes.

Nessa perspectiva, o meio pelo qual se busca a tutela jurisdicional na defesa dos direitos de personalidade que estiverem sendo ameaçados ou na iminência de serem lesionados, a fim de garanti-los efetivamente, chama-se tutela inibitória, que pode ser conceituada como a “[...] *proteção concedida aos titulares de direitos subjetivos que se encontram na iminência de sofrerem uma lesão, visando impedir que esta aconteça,*”³ se repita ou continue a acontecer a prática do ilícito.

O ordenamento jurídico tem que se preocupar em solucionar rapidamente certas situações. Não obstante, assegurar os direitos dos indivíduos por intermédio do acesso à justiça nem sempre ocorre com o mesmo dinamismo em que se processam as mudanças sociais, das quais surgem conflitos e a necessidade da prestação jurisdicional efetiva a ser garantida por meios processuais adequados.

A utilização de uma fotografia e/ou vídeo que visa à divulgação da imagem de um indivíduo, sem a sua concordância, conta com medidas destinadas a coibir comportamentos não permitidos, direcionados à violação do direito de personalidade do ser humano. No entanto, um sistema puramente proibitivo não é suficiente sem a previsão de meios adequados para a efetivação dessas garantias. A tutela inibitória é um subterfúgio da própria lei, porque em determinadas situações é preciso flexibilizar.

Hodiernamente, é inegável a importância dos direitos de personalidade, vez que o não reconhecimento desses direitos aos indivíduos, importa na perda da sua própria essência.

³ MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a.30, n.122, p.22-40, abr. 2005. p. 23.

2. TUTELA INIBITÓRIA

Por meio da tutela jurisdicional se busca a possibilidade do livre exercício de todos os atributos inerentes à qualidade humana, utilizando, em termos processuais, um instrumento adequado a sua proteção, a fim de se evitar uma situação de probabilidade de ameaça da prática da lesão.

O Direito Processual, como meio viável à pacificação social, apresenta a fórmula clássica da tutela ressarcitória, que é aquela que possui como finalidade ressarcir ou compensar os danos sofridos pela pessoa, em virtude da prática de uma conduta ilícita.

Nessa hipótese, o Poder Judiciário age depois da realização do ato ofensivo, conferindo o pagamento de indenizações, não obstante, tal atitude não tem o condão de prevenir a ofensa ao direito à imagem do indivíduo, mas de meramente remediá-la. Ineficiente, dessa feita, para “[...] *garantir ao titular de um direito de personalidade o gozo de toda a extensão da vantagem que lhe foi por esse direito concedida.*”⁴

Como uma das formas apresentadas pelo sistema processual, a tutela inibitória é um dos meios mais adequados para a proteção do direito à imagem dos indivíduos que necessitam se prevenir de ataques aos seus direitos. Segundo Clayton Maranhão, entende-se por tutela inibitória como, “[...] *uma forma de tutela específica que vem conjugada com a técnica fundamental, consistindo, portanto, na emissão de ordens judiciais de fazer ou de não fazer sob pena de multa (ou outra técnica de coerção indireta). A forma jurisdicional adequada de tutela preventiva dos direitos que se efetiva mediante a coerção da vontade do obrigado dá-se mediante a conjugação dessas formas e técnicas de tutela.*”⁵

É uma tutela preventiva, pois que voltada ao futuro, e específica porque sua finalidade é a garantia do exercício completo do direito, conforme as modalidades definidas pelo direito material.

⁴ MURITIBA, 2005. p.30.

⁵ MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, v.1, n.1. p.221-280, jan./abr. 1996. p.223.

Sua finalidade não é somente a de permitir a cessação de uma conduta ilícita, mas também, de prevenir a prática do ilícito que, segundo Luiz Guilherme Marinoni,⁶ constitui seu real problema. Nessa perspectiva, a tutela inibitória busca dar uma proteção ao ser humano contra a ameaça de lesão ao direito à imagem que ainda não ocorreu e precisa ser evitada. É assegurada com caráter preventivo, protegendo-se o direito da ameaça de lesão.

Sérgio Silva Muritiba leciona que tão somente a tutela inibitória, assim compreendida “[...] como a proteção que o ordenamento jurídico consagra ao titular de um direito subjetivo ameaçado, viabilizada jurisdicionalmente através da ação mandamental, pode prestar o auxílio a que faz jus todo o direito de personalidade [...]”,⁷ propiciando a efetivação de um Estado social e democrático.

A tutela inibitória também envolve direitos coletivos *lato sensu*, porquanto objetiva, em caráter geral, decisões na qual a condenação é de obrigação de fazer e não-fazer. Nessa perspectiva, a repercussão de forma ampla de lesões ocasionadas pela divulgação da imagem de uma coletividade, permite a interposição de tutela coletiva, visando inibir a multiplicação de demandas individuais.

O cabimento da tutela inibitória, na hipótese de ocorrência de ilícito, justifica-se, dessa forma, em face da necessidade de o Poder Judiciário prestar proteção jurisdicional em caráter preventivo, a fim de obstar que os direitos de personalidade sejam desrespeitados.

A tutela inibitória, na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart é essencialmente preventiva, à medida que se direciona somente ao futuro, visando obstar a prática, repetição ou continuação de um ilícito. “*Trata-se de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível dentro da sociedade contemporânea [...] é absolutamente necessária para a proteção dos chamados novos direitos.*”⁸

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Gênesis, v.1, n.1, p.347-372, jan./abr. 1996. p.349.

⁷ MURITIBA, 2005. p.23.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.439.

A importância da tutela inibitória, portanto, é inegável, à medida que todo direito personalíssimo, antes de ser violado, deve ser protegido.

Por tal motivo, fez-se necessária a implantação de um procedimento autônomo e suficiente visando à efetivação dessa modalidade de tutela, porquanto se mostrou imprescindível uma tutela voltada apenas em face da possibilidade da prática do ato contrário ao direito. Desenvolveu-se a tutela inibitória. Tal procedimento está delineado pelos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e 461 do Código de Processo Civil e, posteriormente, pelas Leis n.º 8.952/1994 e n.º 10.444/2002, esta última, que acrescentou o artigo 461-A e seus parágrafos ao Código de Processo Civil.

Dessa forma, a tutela preventiva tem como pressuposto unicamente a possibilidade da prática do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito, vez que apenas a probabilidade da prática do ilícito é objeto da proteção inibitória, a fim de evitar a sua ocorrência.

Dessa feita, é suficiente para demonstração do interesse processual, a existência de circunstâncias fáticas que coloquem em relevo a probabilidade de ato contrário ao direito a ser tutelado.

O fundamento da tutela inibitória, previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, da CF, tem como garantia o fato de estar associada ao acesso à justiça e à proteção diante da ameaça, tendo em vista conceder o que a tutela ressarcitória não conseguiria fazer a prevenção do ilícito.

Assim, vislumbra-se a imperatividade da tutela inibitória para o efetivo resguardo dos novos direitos decorrentes da sociedade contemporânea.

Nessa linha de raciocínio, Luciane Gonçalves Tessler afirma tratar-se de uma medida por intermédio da qual “[...] se permite ao juiz impor uma ordem ao demandado, coagindo-se ao cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de multa, a fim de inibir a prática, a continuação ou a repetição de um ato ilícito”.⁹ Sinala-se que embora o artigo 461 do Código de Processo Civil

⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Ainda a tutela inibitória: a efetividade da multa coercitiva em razão da

se refira ao termo obrigações, ele deve ser ampliado a todos os deveres jurídicos de cunho não patrimonial.

A caracterização da tutela inibitória é sua proteção preventiva, com expectativa do futuro, para que se evite a ocorrência da lesão, diferentemente da tutela de ressarcimento, que se direciona para o passado e para suas indenizações *a posteriori* do ilícito já ocorrido.

Na proposta de Luiz Guilherme Marinoni, a tutela inibitória é caracterizada, “[...] *por ser voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado. Falamos em ‘tutela’ inibitória porque entendemos que o sistema de tutela dos direitos deve deixar de ser pensado em torno da ação uma e abstrata e passar a ser compreendido em termos de ‘tutela’, ou melhor, a partir dos resultados que a tutela jurisdicional proporciona aos consumidores do serviço jurisdicional*”.¹⁰

As sanções existentes contra o ilícito dividem-se na remoção de seus efeitos e a tutela inibitória, sendo que esta busca evitar a consumação ou repetição da lesão ao direito, “[...] *com ênfase nitidamente preventiva e dirigida para o futuro [...] a ação ilícita deve ser suscetível de ser detida em seus efeitos futuros, seja evitando que se produzam novos danos ou diminuindo o já produzido*.”¹¹

A tutela inibitória possui a forma de prestação jurisdicional de caráter individual e coletivo. Sua utilidade alcança o ponto mais alto de sua eficiência no âmbito dos direitos fundamentais. Seu processo de efetivação é permanente, mas, adverte Wolney de Machado Cordeiro, é

possibilidade da alteração de seu valor. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Gênesis, a.6, n.22, p.859-863, out./dez. 2001. p.859.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.28-29.

¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Temas atuais de direito processual civil, v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.127-128.

passível de modificações, dependendo da alteração que pode ocorrer no fato jurídico.¹²

Como a tutela inibitória tem a finalidade de evitar o ilícito, seu objetivo é impedir sua ocorrência, repetição e continuação. A dificuldade reside em se demonstrar a probabilidade da prática do ilícito vir a acontecer, o que já não ocorre nas situações em que se teme pela continuação ou repetição do ilícito, porque já foi praticado.

Todavia, o problema acerca da demonstração da possibilidade da ocorrência do ilícito, no que concerne à dimensão da prova e da modalidade de provimento que deve veicular, não impede o uso do direito à ação inibitória pelo jurisdicionado.¹³

Sobre a tutela inibitória como medida que se volta para o futuro, na visão de Priscila Lopes Pontinha, o objetivo da prova a ser produzida não diria “[...] respeito à certeza de que os fatos ocorreram, mas sim se comprova a probabilidade de ser praticado o ato contrário ao Direito, sendo isso que se busca evitar.”¹⁴ De todo modo, cabe ao magistrado examinar até onde uma ameaça é aceitável ou quando deve ser protegida pelo Poder Judiciário.

3. DIREITO À IMAGEM. VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE PELA FOTOGRAFIA E/OU VÍDEO

A Constituição da República Federativa do Brasil, bem como o Código Civil, protegem a imagem e a honra dos indivíduos, garantindo-lhes a reparação pelo dano moral ou material que venha a ocorrer em virtude da má utilização da imagem alheia.

¹² CORDEIRO, Wolney de Machado. A tutela inibitória como elemento concretizador das medidas antidiscriminatórias no âmbito da relação de trabalho. **Revista trabalhista: direito e processo**, Rio de Janeiro: Forense, v.1, a.1, p.81-94, 2002. p.90-91.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.84-85.

¹⁴ PONTINHA, Priscila Lopes. Ação inibitória no processo do trabalho e seus contornos processuais característicos. **Revista Trabalhista: direito e processo**, Rio de Janeiro: Forense, v.1, a.1, p.189-216, jan./mar. 2002. p.208.

O preceito constitucional¹⁵ estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (CF, art. 5º, X).

O Código Civil¹⁶ disciplina no Capítulo II, dos direitos de personalidade, no art. 20º, quanto ao direito à imagem, que: “Art. 20. *Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*”.

Na lição de Francisco Cardozo Oliveira¹⁷ “a sociedade pós-moderna é dominada pelo signo da imagem e da informação [e que] na produção de informações, o sentido do conhecimento é capturado pela imagem, com desdobramento específico, de largo alcance, na atuação da mídia”. O sistema mídia, segundo esse entendimento, objetiva propagar imagens no espaço público, conferindo conteúdos de verdade e produzindo conhecimento acerca dos fatos sobre o mundo em que vivemos.

Vale lembrar que o direito de imagem, decorrente do direito de personalidade, por se constituir em um direito disponível, é passível de ser explorado pecuniariamente pelo indivíduo.

Não obstante, a exploração do direito à imagem deve ser realizada em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)¹⁸. Portanto, a exposição pública e irresponsável de imagens

¹⁵ BRASIL. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Constituições. Constituição de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010.

¹⁶ BRASIL. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Leis ordinárias. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010.

¹⁷ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Os limites da linguagem no processo: o sistema mídia e o sistema jurídico. p. 191-214. In: **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). Curitiba: Juruá, 2008. p.191-192.

¹⁸ BRASIL. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Constituições. Constituição de 1998. Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel

ofensivas ao indivíduo difundida pelos meios de comunicação de massa, por intermédio de fotografias e vídeos, deve ser coibida pelo Poder Judiciário.

Releva notar que os processos fotográficos sofreram uma série de refinamentos e melhoramentos, culminando com a gravação digital de imagens. Desse modo, a facilidade na obtenção de uma imagem resulta na maior possibilidade de violação à imagem do ser humano, que não quer expor ao domínio público, situações que considera pertencerem a sua vida privada.

O indivíduo tem, portanto, direito à privacidade e a manter sua individualidade. A imagem somente deve ser reproduzida mediante autorização de seu titular, sob pena de se colocar em risco a idoneidade moral do indivíduo.

4. CASO EMBLEMÁTICO

A tutela inibitória revela-se cabível, desse modo, na obrigação de fazer e de pagar indenização por danos morais individuais e coletivos, em face da relevância dos bens atingidos e da amplitude coletiva das práticas ilícitas, porque configurada a lesão aos interesses transindividuais, em especial ao direito à imagem.

Portanto, a utilização da tutela inibitória revela-se num instrumento eficaz para a proteção de direitos individuais. Um exemplo é a tutela inibitória requerida nos autos de apelação cível nº 556.090.4/4-00,¹⁹ julgado pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que versa sobre o célebre caso envolvendo Daniella Cicarelli Lemos e Renato Aufiero Malzoni Filho, que teriam sido filmados em cenas

dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010.

¹⁹ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** - SP. Apelação Cível 5560904400. Relator(a): Enio Zuliani. 4.^a Câmara de Direito Privado. DJ 12/06/2008. DR 17/07/2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do>>. Acesso em: 4 maio 2010.

amorosas íntimas em mar espanhol, cujas imagens foram amplamente divulgadas na Internet, inclusive pelo Youtube Inc., um dos provedores de maior acesso mundial de vídeos. Os requerentes acima nominados intentaram ação inibitória contra IG - Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Telecomunicação e Youtube Inc., tendo a sentença de primeiro grau julgado improcedente o pedido.

Em recurso reafirmaram que a exibição de imagens de forma clandestina, quando se encontravam na praia de Cadiz, na Espanha, configura ofensa a direitos da personalidade tutelados pelo ordenamento jurídico, de forma que objetivam inibir a continuidade da transmissão das cenas de intimidade, nos termos do art. 5º, inciso X, da CF.

O Tribunal concedeu tutela antecipada no julgamento do agravo nº 472.738.4, ao fundamento de que a ação inibitória se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em *web-sites*, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação.

No mérito do agravo, em julgamento posterior da tutela concedida, não obstante rejeitada em primeiro grau, foi dado provimento a pretensão dos autores para adoção de medidas concretas que possibilitassem a exclusão dos vídeos relacionados.

Sendo a ação de cunho inibitório, os autores não pretenderam indenizações, mas tão somente o comando proibitivo da transmissão de imagens que foram captadas de forma ilícita e que expõe predicados íntimos e de absoluta reserva. O fato ocorrido na praia não legaliza a exploração das imagens, quer na Internet, quer em outros meios de comunicação, de cenas que não foram produzidas para o deleite público.

Para que o juiz emita um provimento proibitório basta à demonstração da probabilidade de violação do direito. No caso, a antijuridicidade da retransmissão do filme é notória, exatamente pela ausência de consentimento dos autores no que concerne à divulgação de momentos íntimos.

A tutela inibitória é, portanto, apropriada para remover o ilícito, ainda que se imponha o dever de instalar equipamentos para tal fim.

Ressaltou, ainda, o julgado estarem os requerentes suportando violações não somente do direito à imagem, mas também à intimidade (vida privada). Ainda que tenham errado em ceder aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido ilicitamente afronta o princípio de que a vida privada contém reserva absoluta, só podendo ser invadida por intromissões lícitas. A liberdade de informação e comunicação, neste caso, cede lugar ao direito de privacidade dos requerentes.

Foi determinada, dessa forma, a ré Youtube que promovesse, em trinta dias, medidas concretas de exclusão do vídeo do casal, dos links admitidos, advertindo e punindo, com exclusão de acesso de hospedagem, todos os usuários que desafiassem a determinação com a reinserção do filme, sob pena de pagamento de multa diária.

A análise desse julgado demonstra a relevância da tutela inibitória como um mecanismo que vem se demonstrando eficaz na proteção do direito à imagem. Representa-se, nessa perspectiva, como um instrumento processual direcionado a plena eficácia da resposta do Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

Diante da possibilidade de violação ao direito à imagem do indivíduo ou da coletividade, é necessário uma construção dogmática sólida que possibilite uma prática jurisdicional efetiva e, ao mesmo tempo, não contrarie o princípio do devido processo legal.

A técnica e a cultura digital dominam o mundo pós-moderno, de tecnologia ampla, determinando nosso modo de vida. Há preocupação com o mundo da tecnologia industrial e de como ela pode influenciar o pensamento jurídico, pois certamente influencia todos os ramos do direito.

Deve-se tomar o cuidado para que a mídia, na construção e divulgação de imagens no espaço público, visando o julgamento do caso ocorrido e a condenação do suspeito, não assuma a tarefa que incumbe tão somente ao Poder Judiciário.

Nos tempos atuais, a realidade é digital. Vive-se o totalitarismo da imagem. Somente é possível livrar a humanidade do totalitarismo da imagem por meio da linguagem, que é o verdadeiro, o humano. Passamos de uma forma de conhecimento linear para o mundo da imagem digital, que fornece um contexto já finalizado, uma compreensão acabada, um mundo codificado.

Deve-se objetivar a humanização do Direito, à medida que os indivíduos podem dele se utilizar como instrumento ao combate das injustiças sociais.

A proteção efetiva do direito à imagem requer a construção de tutela capaz de permitir a defesa de forma preventiva. Nessa perspectiva, a tutela inibitória é aquela que “[...] reage a uma situação de ameaça, legitimando o funcionamento dos mecanismos que garantam a estrita observância da norma jurídica, [...]”²⁰ obstando que seja vilipendiada.

Na hipótese de haver ofensa à dignidade da pessoa alheia, surge o direito com a incumbência de fazer cessar este tipo de violação. Desse modo, por ser indisponível, a dignidade da pessoa humana, por ocasião da exploração do direito disponível de imagem, confronta-se com o princípio da dignidade humana, que deve prevalecer diante daquele.

Nessa perspectiva, tendo em vista a ocorrência de lesão ao direito à imagem, o indivíduo pode se utilizar de instrumentos processuais, tais como a tutela inibitória, para coibir a ofensa à dignidade havida.

A tutela inibitória garante efetividade processual ao indivíduo na proteção ao direito à imagem, vez que tem por finalidade impedir a prática, a continuação ou a repetição de uma conduta antijurídica, ilícita ou danosa.

²⁰ MURITIBA, 2005. p.38.

6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Temas atuais de direito processual civil, v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Constituições. Constituição de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010.

_____. _____. _____. _____. Leis ordinárias. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 ago. 2010.

CORDEIRO, Wolney de Machado. A tutela inibitória como elemento concretizador das medidas antidiscriminatórias no âmbito da relação de trabalho. **Revista trabalhista: direito e processo**, Rio de Janeiro: Forense, v.1, a.1, p.81-94, 2002.

MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênesis, v.1, n.1. p.221-280, jan./abr. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Gênesis, v.1, n.1, p.347-372, jan./abr. 1996.

_____. **Tutela específica:** arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a.30, n.122, p.22-40, abr. 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil - o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. (Título original: *Zwischen Themis und Leviathan: eine schwierige Beziehung - eine rekonstruktion des demokratischen rechtsstaates in auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*). Tradução do autor. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Os limites da linguagem no processo: o sistema mídia e o sistema jurídico. p. 191-214. In: **Jurisdição:** crise, efetividade e plenitude institucional. GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). Curitiba: Juruá, 2008.

PONTINHA, Priscila Lopes. Ação inibitória no processo do trabalho e seus contornos processuais característicos. **Revista Trabalhista:** direito e processo, Rio de Janeiro: Forense, v.1, a.1, p.189-216, jan./mar. 2002.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - SP.** Apelação Cível 5560904400. Relator(a): Enio Zuliani. 4.^a Câmara de Direito Privado. DJ 12/06/2008. DR 17/07/2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do>>. Acesso em: 4 maio 2010.

TESSLER, Luciane Gonçalves. Ainda a tutela inibitória: a efetividade da multa coercitiva em razão da possibilidade da alteração de seu valor. **Gênese:** Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Gênese, a.6, n.22, p.859-863, out./dez. 2001.

Impressão e acabamento:
Via Laser Artes Gráficas Ltda.
comercial@vialaser.com.br
www.vialaser.com.br

