Nº 13 • 2017

Vistos etc.

Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região

Amatra 5 — 40 anos

Ematra 5 — Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Coordenadora

- **Rosemeire Lopes Fernandes**

Autores

- **Adriana Brasil Vieira Wyzykowski**
- **Cristiane Montenegro Rondelli**
- **Danilo Gonçalves Gaspar**
- **Flávia Moreira Guimarães Pessoa**
- **Geovane de Assis Batista**
- **Geraldo Magela Melo**
- **José Arnaldo de Oliveira**
- **Laurence H. Tribe**
- **Leandro Fernandez**
- **Marcelo Azevedo Chamone**
- **Mariella de Oliveira Garziera**
- **Rodolfo Pamplona Filho**
- **Séfora Graciana Cerqueira Char**
- **Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale**

Revista da

Amatra 5

Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região

REVISTA VISTOS
Conselho Editorial

- Rosemeire Lopes Fernandes
- Angélica de Mello Ferreira
- Paulo Cesar Temporal Soares
- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale
- Débora Maria Lima Machado
- Agenor Calazans Silva Filho
- Aloísio Cristovam Santos Júnior
- Thaís Mendonça Aleluia da Costa

AMATRA5 – DIRETORIA
Presidente

- Rosemeire Lopes Fernandes

Vice-presidente

- Angélica de Mello Ferreira

Diretora-secretária

- Edlamar Souza Cerqueira

Diretora Tesoureira

- Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques

Diretor Cultural

- Paulo Cesar Temporal Soares

Diretora Social, Esporte e Lazer

- Lea Maria Ribeiro de Oliveira

Diretor de Prerrogativas

- Juarez Dourado Wanderley

Diretora de Comunicação

- Cecília Pontes Barreto Magalhães

Diretora de Aposentados e Pensionistas

- Marama Dos Santos Carneiro

Diretora de Cidadania e Direitos Humanos

- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Diretora da Ematra5

- Thais Mendonça Aleluia da Costa

CONSELHO FISCAL

Titulares

- Ivana Mércia Nilo de Magaldi
- Manuela Hermes de Lima
- Maria da Graça Belino de Athayde

Suplentes

- José Arnaldo de Oliveira
- Milton José Deiró de Mello Júnior
- Naiara Lage Pereira Bohnke

CONSELHO DE ÉTICA

Titulares

- Agenor Calazans da Silva Filho
- Dalila Nascimento Andrade
- Ligia Mello Araújo Olivieri

Suplentes

- Lea Reis Nunes de Albuquerque
- Luciano Dórea Martinez Carreiro
- Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Revista AMATRA-V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

v. I, nº 13 (2017). – Salvador: AMATRA 5, 2017.

ISSN 977.2238-0353

1. Direito do trabalho – Brasil. 1. Associação dos Magistrados da justiça do Trabalho da 5ª Região.

Sumário

Apresentação 11
– *Rosemeire Lopes Fernandes*

A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego 13
– *Adriana Brasil Vieira Wyzykowski*
1. Introdução 14
2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego 15
3. O direito fundamental ao lazer 19
4. A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego 24
   4.1. A tutela do tempo livre por meio de uma postura correta do empregador na relação laboral. O respeito aos intervalos e descansos na relação de emprego 25
   4.2. Postura ativa do empregador na concretização do direito ao lazer dentro e fora do estabelecimento empresarial por meio de fomento deste direito fundamental social 30
5. Conclusões 34

Referências 36

A defesa do Direito do Trabalho com base no conceito de acesso à justiça 41
– *Cristiane Montenegro Rondelli*

Referências 47

A proteção ao trabalhador autônomo economicamente dependente e a experiência espanhola 49
– *Danilo Gonçalves Gaspar*

Introdução 50
1. A origem e evolução do direito do trabalho 52

1.1. Da escravidão à relação de emprego 52
1.2. A crise do direito do trabalho 59
2. A proteção ao trabalhador autônomo economicamente dependente 64
2.1. A experiência espanhola 64
2.2. A Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 67
2.2.1. Os fundamentos da lei e o preâmbulo 67
2.2.2. A estrutura do Estatuto do Trabalho Autônomo 68
2.2.3. Âmbito de aplicação do Estatuto 70
2.2.4. O regime profissional comum do trabalhador autônomo 71
2.2.5. O regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente 73
Conclusão 80
Referências 81

Monitoramento digital do empregado: estudo comparativo do Caso Barbulsecu X Romania da Corte Européia de Direitos Humanos com a jurisprudência brasileira 83
– *Flávia Moreira Guimarães Pessoa*
– *Rodolfo Pamplona Filho*
Introdução 84
1. O Direito na Sociedade Pós Industrial: a internet e a revolução no mundo do trabalho 84
2. O direito a privacidade no ambiente de trabalho 89
3. Barbulescu X Romênia: Um estudo de Caso 92
4. Privacidade X Poder Diretivo do empregador: parâmetros fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a jurisprudência brasileira 94
Considerações finais 98
Referências 99

De como o direito processual trabalhista pode perder a autonomia e o caráter ontológico 101
– *Geovane de Assis Batista*
1. Introdução 101

2.1. Autonomia: relativa, ou absoluta? 102
2.2. Da aplicação supletiva e subsidiária do art. 15 do Novo CPC ao direito processual trabalhista 106
2.3. Os imperativos da ética kantiana 108
3. Considerações finais 112
4. Referências bibliográficas 112
Paridade de gênero e as relações laborais para além do mero discurso 115
– *Geraldo Magela Melo*
Introdução 116
1. O Estado do Bem-Estar Social a partir da Análise de Nancy Fraser e o caso Brasil 118
2. Art. 384 Da CLT e a eficácia prospectiva dos direitos fundamentais como medida para se evitar a discriminação fática e velada nas relações de trabalho 128
3. A fixação de cotas para mulheres em alguns nichos de mercado de trabalho 133
4. O trabalho com o corpo e o crime de rufianismo 135
Conclusão 137
Referências 138

O contrato de mandato: uma análise sob a ótica do direito brasileiro e português 143
– *José Arnaldo de Oliveira*
1. Introdução 144
2. Conceito e considerações 144
3. Natureza jurídica 147
4. Diferença entre mandato e procuração 150
5. Espécies/classificações do mandato 151
6. Rocuração em causa própria e o submandato – substabelecimento 153
7. Obrigações do mandatário 155
8. Extinção do mandato 156
9. Mandato judicial 159
10. Gestão de negócios 161
11. Conclusão 163
12. Referências bibliográficas 165

A curvatura do espaço constitucional: o que os advogados podem aprender com a Física Moderna 167
– *Laurence H. Tribe*
1. Introdução 168
2. As lições constitucionais da Física Moderna 171
   2.1. Teoria da Relatividade Geral 172
      2.1.1. Espaço Físico Curvo 172
   2.2. Curvando o "espaço" legal 175
      2.2.1. Abuso infantil 176
      2.2.2. Aborto 184
   2.3. Teoria Quântica 188
      2.3.1. Alterando o mundo físico no processo de observá-lo 188
      2.3.2. Alterando o mundo jurídico no processo de "observá-lo" 192
3. Mudando os paradigmas legais 196
   3.1. A superação atrasada de Lochner v. New York 197
   3.2. A emergência tentada de um paradigma pós-newtoniano 199
   3.3. Retrocesso judicial 201
   3.4. Limites institucionais 209
   3.5. Escolhendo paradigmas jurídicos 211
4. Conclusão 215

O direito de greve como restrição à liberdade de empresa: reflexões à luz do direito comparado 219
– *Leandro Fernandez*
1. Considerações iniciais 219
2. A liberdade de empresa 220
   2.1. A Constituição econômica 222
   2.2. A liberdade de empresa na Constituição Federal de 1988 224
   2.3. O conteúdo jurídico da liberdade de empresa 226
   2.4. A dimensão laboral da liberdade de empresa 227
3. O direito de greve 229
   3.1. A greve no ordenamento jurídico brasileiro 232
   3.2. Conceito de greve 234

3.3. A titularidade do direito de greve 236
3.4. Requisitos para o exercício do direito de greve 238
3.5. Modalidades de greve 240
4. O direito de greve como restrição à liberdade de empresa 241
4.1. Restrições decorrentes da dimensão coletiva do direito de greve 244
4.2. Restrições decorrentes da dimensão individual do direito de greve 245
5. Conclusões 248
Referências bibliográficas 248

Valor probatório do depoimento da parte 251
– *Marcelo Azevedo Chamone*

O contrato de financiamento estudantil: de contrato de adesão a contrato de transformação social 259
– *Mariella de Oliveira Garziera*
Introdução 260
Fundamentação 260
Conclusão 265

A contribuição da tutela inibitória em ações civis públicas para a efetividade do direito do trabalho 267
– *Séfora Graciana Cerqueira Char*
1. Introdução 267
2. Definição de tutela inibitória 269
3. A tutela inibitória nas ações civis públicas trabalhistas 270
3.1 A ação civil pública como inibidora de ações individuais 270
3.2. As modalidades de tutela inibitória em ações civis públicas trabalhistas 271
3.3. As ponderações mais recorrentes dos réus em ações civis públicas trabalhistas 274
3.4. As decisões judiciais que concedem a tutela inibitória no processo do trabalho 281
4. Considerações finais 282
5. Referências 283

Direitos fundamentais e relação de emprego 285
– *Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale*
1. Considerações iniciais 285
2. A ideologia do poder social do empregador 288
3. Origem da teoria acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares (*drittwirkung*) 300
   3.1. Doutrina da *state action* 301
   3.2. Teoria da eficácia indireta 303
   3.3. Teoria da eficácia direta 307
   3.4. A doutrina de Alexy 312
   3.5. A doutrina de Jürgen Schwabe 315
4. Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego e notas conclusivas 316
5. Referências 322

Apresentação

É com imensa alegria que lançamos mais uma edição da nossa Revista Vistos etc., com artigos que debatem temas atuais do cotidiano trabalhista, a exemplo do direito ao lazer como direito social fundamental, da moderna forma de subordinação, da discriminação, bem assim de outras questões constitucionais afetas ao contrato de emprego. Para a elaboração da revista, contamos com diversos colaboradores e, até, com uma tradução de artigo de Laurence Tribe, um dos constitucionalistas mais respeitados da atualidade.

A satisfação é ainda maior pela ocasião da data: estamos comemorando quarenta anos de AMATRA5, instituição que ao longo do tempo tem conseguido se reinventar e renovar, sempre atuante, buscando melhorias para o Judiciário Trabalhista, sem perder de vista a defesa do Direito do Trabalho, nosso instrumento de atuação, que encontra-se em plena fase de mutação, com a crescente possibilidade de mudança de racionalidade. Tal realidade atrai cada vez mais o debate acadêmico em torno do resgate da razão de ser de um Direito tão especial e caro à sociedade brasileira, que sequer chegou a experimentar o prometido Estado Social em sua completude e agora é ameaçada de retroceder às pequenas conquistas amealhadas ao longo de décadas de processo histórico e muita luta em prol de Direitos Sociais.

Desejo a todos uma excelente e satisfatória leitura e que este exemplar seja utilizado como referência para suscitar novas e velhas questões do Direito do Trabalho.

Rosemeire Lopes Fernandes

Presidente da Amatra5

A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego. 3. O direito fundamental ao lazer. 4. A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego: 4.1. A tutela do tempo livre por meio de uma postura correta do empregador na relação laboral. O respeito aos intervalos e descansos na relação de emprego; 4.2. Postura ativa do empregador na concretização do direito ao lazer dentro e fora do estabelecimento empresarial por meio de fomento deste direito fundamental social 5. Conclusões. Referências.

RESUMO: Os direitos fundamentais surgiram com o escopo de proteger os direitos inerentes à condição humana de possíveis violações, principalmente relacionadas ao direito de liberdade, cometidas pelo Estado. Com o passar dos anos, percebeu-se que os direitos fundamentais não estão adstritos à relação entre o indivíduo e o Estado, mas também podem atuar nas relações privadas. Surgiram então teorias sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. As relações trabalhistas, como relações privadas, estão sujeitas à vinculação do particular empregador aos direitos fundamentais, uma vez que se tratam se relações marcadas pela desigualdade e pela existência de um poder social do empregador. Nesse sentido, o direito fundamental ao lazer incide nas relações trabalhistas, uma vez que consubstancia um direito consagrado no texto constitucional, advindo da luta entre trabalho, capital e tempo livre típica da Revolução Industrial. Possuindo funções caras aos trabalhadores, como recuperação do indivíduo, eliminação da fadiga e estresse e desenvolvimento da personalidade, o lazer deve concretizado nas relações de emprego, por meio de uma mudança na postura empresarial e de interpretação desse direito.

(*) Mestre em Direito Privado – Relações Sociais e Novos Direitos da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Professora Assistente da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professora Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Professora da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Advogada. Email para contato: adrianawyzy@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Lazer. Concretização. Relações de emprego.

1. INTRODUÇÃO

Há de se considerar natural o constante e progressivo reflexo dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho. Tal afirmação pode até mesmo em primeira vista parecer uma constatação óbvia. No entanto, palpável é a proteção constitucional aos direitos trabalhistas, de maneira a revelar a incumbência trazida ao Estado na obrigação de preservá-los.

Vale ressaltar que a constitucionalização do direito, em especial tratando-se de direitos fundamentais, repercute sobre a atuação dos Poderes Públicos, inclusive nas suas relações com particulares. Tal raciocínio comprova-se do estudo dos direitos fundamentais, principalmente quando se analisa seus reflexos sobre as relações privadas – chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, os direitos fundamentais surgiram como forma de limitar o próprio poder do Estado. Limitava-os a partir do favorecimento e da tutela das liberdades individuais. Em seguida, os direitos fundamentais evoluíram para a imposição ao Estado de certas obrigações – eram direitos de caráter prestacional, social, que visavam assegurar a igualdade material entre as pessoas.

Relacionados com o progressivo reconhecimento e conformação dos direitos fundamentais, verificou-se que estes não bastavam a limitar a atuação do Estado na vida das pessoas ou impor-lhe obrigações. Observou-se que nas relações privadas – palco privilegiado para prática de injustiças e despautérios – os direitos fundamentais imprescindivelmente teriam eficácia, ao menos para moralizar essas relações ou prevenir iniquidades.

Nesse sentido, ganharam corpo direitos fundamentais sociais pautados numa atuação positiva do Estado em busca da concretização desses mesmos direitos. E tais direitos, antes vistos apenas sob a perspectiva estatal, passaram a ter residência também no âmbito das relações privadas, bem como outros direitos fundamentais.

E, dessa forma, sendo o lazer um direito fundamental social decorrente de lutas sociais advindas da Revolução Industrial, tem eficácia imediata nas relações particulares, em especial nas relações

trabalhistas, marcadas pela existência de um desequilíbrio latente entre empregado e empregador.

Com efeito, o direito fundamental ao lazer encontra-se relacionado com o trabalho na medida em que fora mais discutido em contraposição a este, afinal era necessário trabalhar para sobreviver e também era necessário ter tempo livre – onde o lazer se inclui – para que o indivíduo se recuperasse do labor.

Ainda mais, a própria Constituição Federal de 1988 adota em diversas passagens o direito ao lazer, ora por via expressa, ora por meios indiretos. Assim, o art. 6º do texto constitucional consagra, ao lado de outros direitos tão caros ao indivíduo, o direito ao lazer como um direito fundamental social. Isso se dá pois reconhece-se que as atividades de lazer, pautadas na existência de lazeres físicos, sociais, práticos, intelectuais e artísticos, acabam por desempenhar importante papel na consagração da dignidade humana, afinal é por meio do lazer que o indivíduo também desenvolve sua personalidade, usufrui de recreação e pode se recuperar das mazelas do dia a dia.

Nesta senda, caso se faça conta do instrumental constitucional em prol da proteção avançada dos direitos fundamentais, ciente do preponderante entendimento acerca da ampla e irrestrita eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e somada a perspectiva de que o direito ao lazer é um direito fundamental social caro ao indivíduo na medida em que possui como função a recuperação da pessoa, eliminação do estresse e fadiga e formação da personalidade, surge neste momento o objeto deste trabalho, quer seja a concretização do direito ao lazer nas relações trabalhistas.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Os direitos fundamentais surgem fundados na premissa de abstenção do Estado em face ao indivíduo. E, por serem "direito em face ao Estado", o termo "direitos fundamentais" é empregado quando existem "direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado".[1]

1. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

J.J Gomes Canotilho defende que a positivação dos direitos fundamentais nada mais é do que a incorporação desses direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo no ordenamento jurídico em qual se inserem.[2]

No entanto, percebeu-se que essa atuação do Estado não bastava para compelir a ocorrência de injustiças sociais, principalmente diante do fenômeno da constitucionalização do direito, onde os valores, os fins e princípios consagrados no texto constitucional passam a servir de parâmetro para a validade de todas as normas jurídicas do direito infraconstitucional, consagrando a força normativa da constituição no sistema democrático atual[3].

Dessa maneira, observa-se, através do fenômeno da constitucionalização do direito, que as normas constantes na constituição passaram a irradiar para todo o ordenamento jurídico, exprimindo valores a serem seguidos. Os direitos fundamentais incluem-se nessas normas, uma vez que transmitem valores sociais a serem defendidos através de sua perspectiva objetiva[4] e eficácia irradiante, balizando ainda as atividades dos Poderes Estatais.

Cumpre destacar que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais não se limita apenas à atuação diante de normas procedentes do poder Legislativo através da interpretação conforme a Constituição. Não é só com a legislação infraconstitucional de permeio que os direitos fundamentais merecerão efetividade. Incidem eles diretamente nas situações concretas, sejam elas públicas ou privadas,

---

2.. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina,[19--] p. 377.

3. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005.

4. Os direitos fundamentais podem ser vistos através de uma perspectiva objetiva e subjetiva. A perspectiva subjetiva consiste na capacidade que estes possuem em gerar direitos subjetivos passíveis de proteção judicial. Já a perspectiva objetiva pauta-se na idéia de que os direitos fundamentais consagram valores ou fins que uma comunidade propõe-se a seguir. ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993, p. 186 e 187 e SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 106.

independentemente de lei prévia, cabendo ao Estado protegê-los de lesões reais ou iminentes[5].

Dessa maneira, a eficácia irradiante justifica a incidência de normas de direitos fundamentais nas relações privadas. Surgem, então, teorias visando entender a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A doutrina da State action, surgida na Alemanha e consagrada nos EUA, nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, partindo da concepção de que somente o Estado pode ser sujeito passivo desses direitos, de modo a serem os direitos fundamentais apenas direitos de defesa em face ao Estado. Utiliza-se o argumento de que as *states actions* preservariam a autonomia privada e a autonomia dos Estados[6]. No entanto, essa teoria foi relativizada nos EUA, através da *public function theory*, de modo que o sujeito de direito privado que pratica atividade de natureza estatal fica sujeito às limitações impostas pelos direitos fundamentais[7].

Tem-se ainda a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que os direitos fundamentais iriam se estender aos particulares de maneira mediata, através da concretização, por parte do legislador privado, de normas compatíveis com valores constitucionais, uma vez que estas irradiam por todo o ordenamento jurídico[8]. Em relação ao Judiciário, restaria duas principais tarefas. A primeira delas consistiria na interpretação das normas de direito privado em conformidade com as normas de direitos fundamentais, de modo a refletir uma interpretação conforme a Constituição e a outra seria de seria preencher as cláusulas gerais criadas pelo Legislador, bem como os conceitos jurídicos indeterminados com

---

5. BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas.** Salvador: Juspodivm, 2008, p. 116.

6. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.**7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 147.

7. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003, p. 318.

8. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136.

os valores que decorrem ou fundamentam as normas de direito fundamental[9].

A teoria da eficácia direta e imediata defende que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, de modo a não carecerem de mediação legislativa para serem aplicados[10]. Justifica-se tal conduta em razão da constatação de que as ofensas aos direitos fundamentais não provêm somente do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros particulares[11]. O direito português e espanhol admitem essa teoria[12]. No Brasil, houve manifestação do STF no sentido de admitir a utilização da eficácia direta, pelo recente julgado Recurso Extraordinário 201819[13], onde se concluiu que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Recentemente, na Alemanha, foi desenvolvida a teoria dos deveres de proteção ou imperativos de tutela, capitaniadas por Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris. De acordo

---

9. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.**7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009.

10. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1 ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

11. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales.** 9 ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 23.

12. Como defensores, tem-se: LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales.** 9 ed. Madrid: Tecnos, 2007 e UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003, na Espanha. Em Portugal, o próprio constituinte estabeleceu a teoria da eficácia imediata, ainda que de maneira genérica, no artigo 18.1, que afirma, *in verbis* "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas". PORTUGAL. Lei Constitucional 01, de 12 de agosto de 2005, que trata da sétima revisão constitucional. **Diário da República – I Série-A, N. 125**, Portugal. Disponível em: http://dre.pt/util/pdfs/files/crp.pdf, acesso em 26 de agosto de 2009.

13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201819 / RJ – RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes , Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma – SFT. Disponível em: www.stf.jus.br, acesso em 05 de outubro de 2009.

com esta teoria, não basta que o Estado se abstenha de violar direitos fundamentais. É necessário que o Estado promova a proteção destes direitos perante ameaça ou lesão advinda de terceiro ou particular[14].

Em suma, observa-se que os ordenamentos jurídicos vem caminhando para a adoção de uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais, cada qual com seus temperamentos. O grande questionamento reside na possibilidade de aplicação destas teorias no âmbito das relações trabalhistas, marcadas pela desigualdade fática e pela existência de um poder social do empregador em face ao empregado, que é necessitado daquele emprego para seu sustento e de sua família.[15]

Observa-se, no âmbito das relações trabalhistas, uma gama de atentados e ofensividades aos direitos fundamentais, bem como dúvidas no tocante à concretização desses direitos. E é no contexto dos despautérios vividos durante a revolução industrial que surgem os primeiros questionamentos acerca do direito fundamental ao lazer. Far-se-á, em seguinte, a análise de tal contexto.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER

A situação vivida à época da Revolução Industrial faz surgir os mais variados questionamentos. Um trabalhador fatigado produz bem? A concessão de períodos de descanso facilitaria a recuperação do trabalhador, passando este a produzir mais? Haveria necessidade de períodos de descanso para todos os trabalhadores? Como esses descansos deveriam ser fruídos? Bastaria o descanso ou o trabalhador necessitaria de algo mais? Seriam os períodos de descanso também períodos de lazer? O que é o lazer? O que é o ócio? O que é tempo livre? Tais questionamentos são deveras importantes para a delimitação do conceito de lazer e conseqüente concretização do mesmo dentro da relação de emprego.

Nota-se, por meio de tais questionamentos, que as discussões em torno do lazer partem da perspectiva do mesmo aliado ao trabalho. E

---

14. STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela. **Revista de Direito Privado,** n. 23, jun/set., 2005, p. 294.

15. AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2007, p. 81.

o termo trabalho nasceu numa perspectiva depreciativa, possuindo em seu conteúdo a característica de penalidade[16]. Somente com a revolução francesa e consequente mudança de paradigmas no tocante aos direitos fundamentais sociais é que a concepção de trabalho como pena fora sendo abandonada, dando lugar à concepção de trabalho como direito fundamental capaz de dignificar o homem, concepção esta atribuída ao pensamento religioso.[17] No entanto, as revoluções industriais acabaram por determinar que o modelo ideal de trabalho era aquele em que o labor deveria ser excessivo, com apenas momentos de tempo livre[18].

---

16. A autora Aldacy Rachid Coutinho verificou que, em diversas línguas, a expressão trabalho estava atrelada ao significado da dor. Em suas palavras, "de um lado, o português trabalho, o francês travail e o espanhol trabajo, remontam à sua origem latina no vocábulo trepalium ou tripalium, um instrumento de tortura composto de três paus ferrados, ou, ainda, um aparelho que servia para prender grandes animais domésticos enquanto erram ferrados. Por denotação, do seu emprego na forma verbal – tripaliare – , passa a representar qualquer ato que represente dor ou sofrimento[...] De outro lado, a expressão italiana lavoro e a inglesa labour derivam de labor, que em latim significava dor, sofrimento, esforço, fadiga, atividade penosa. Seu correspondente em grego era ponos, que deu origem a palavra pena.".COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e Pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Paraná, v. 32, 1999, p. 7-23. Disponível em: ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/índex.php/direito/article/view/1872/1567. Acesso em 02 de julho de 2012. O trabalho enquanto pena também é visto sob a perspectiva do costume político de transformar inimigos vencidos em escravos em tempos antigos. ARENDT, Hanna. **A condição Humana.** Trad. Roberto Raposo.Postfácio de Celso Lafer. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 91.

17. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132. Salienta Weber, tratando da revolução protestante, que apenas o trabalho sem descanso daria aos homens a condição de sanar todas as suas dúvidas religiosas. WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.101.

18. FRIEDMANN, Georges. O lazer e a Civilização tecnicista In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). **O lúdico na Cultura Solidária.** São Paulo: Hucitec, 2001, p. 115-130, p.116. Fácil é a constatação de que as jornadas de trabalho no período relatado eram consideradas, para os padrões atuais, absurdas. A utilização de maquinário só fazia com que a jornada de prolongasse ainda mais. Isso se confirma por meio do pensamento de Marx: "se a máquina é o meio mais poderoso de aumentar a produtividade do trabalho, isto é, de abreviar o tempo de trabalho necessário à produção de uma mercadoria, ela se torna o instrumento do capital, o meio mais potente de prolongar a jornada além de qualquer limite natural". MARX, Karl. **O Capital:** edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchatdt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 95.

Marx e Lafargue posicionaram-se em sentido oposto, defendendo a existência de redução de jornada para melhorar a tutela do tempo livre e não para beneficiar a produção industrial por meio de um trabalhador descansado, que produzisse mais. Assim, a redução de jornada operaria como uma forma de fazer com que aquele trabalhador pudesse gozar, em algum momento, de um tempo só seu, onde poderia descansar, exercer atividades lúdicas, esportivas etc[19].

Neste sentido, observa-se que lazer, tempo livre e trabalho apresentam diversas relações. Segundo o conceito sociológico de lazer de Dumazedier, o direito fundamental ao lazer estaria relacionado a inexistência de ações relacionadas a um cunho obrigacional, de sorte a permitir que a pessoa desenvolvesse suas potencialidades, visando seu próprio bem estar[20].

O lazer, assim, englobaria as necessidades do corpo e do espírito dos interessados, partindo-se do pressuposto da existência de lazeres artísticos, intelectuais, sociais, culturais, físicos, dentro dos limites de cada sociedade.[21] Destarte, o lazer comporia o cotidiano humano, de sorte que pobreza ou riqueza não garantem seu gozo de maneira melhor ou pior[22].

Discorda-se do posicionamento de que o lazer abarcaria períodos de descanso, afinal descanso não consubstancia ações afirmativas do indivíduo para si mesmo. Descanso, em verdade, reflete uma tendência do modelo capitalista visando a recuperação do indivíduo para que o mesmo pudesse laborar cada vez mais, realizando uma quantidade maior de tarefas em menos tempo.

Assim defende-se neste artigo que o conceito de lazer não poderia abarcar os períodos de descanso. Descanso revela em verdade períodos em que o indivíduo tenha a chance de se recuperar da fadiga e

---

19. LAFARGUE, Paul. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. **A economia do ócio.** Trad, org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001, p. 170.

20. DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e Cultura Popular.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1973, p. 34.

21. DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, P. 92.

22. ANDRADE, José Vicente de. **Lazer – princípios, tipos e formas na vida e no trabalho.** Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p.. 42.

estresse referente às obrigações desenvolvidas. Descanso e lazer estão inclusos dentro do tempo livre, afinal é no tempo que o indivíduo tem à sua disposição que as atividades relacionadas à recuperação do corpo e mente e relacionadas ao desenvolvimento do lazer serão desenvolvidas. Lazer também não se confundiria com ócio.

O ócio deve ser visto a partir de uma perspectiva residual: o que não fosse labor, descanso, lazer ou obrigação seria ócio[23]. Dessa maneira, defende-se que o ócio deve ser visto a partir de uma perspectiva positiva ou, ao menos, neutra[24], mas nunca negativa, tal como almejam aqueles que tratam o ócio no sentido de vadiagem.

Lazer, então, constitui atividade humana enquadrada no conceito amplo de cultura, haja vista que seu exercício promove um desenvolvimento social considerado indispensável para a tutela da dignidade humana[25]. E sendo cultura, visto sob a perspectiva de promoção do indivíduo, Joffre Dumazedier colaciona que o lazer se divide em cinco esferas concretizadoras de seu conteúdo: lazeres físicos, lazeres artísticos, lazeres práticos, lazeres intelectuais e lazeres sociais[26].

O lazer físico seria aquele relacionado com o movimento do corpo, seja por meio de caminhadas, seja por meio de esportes em geral, seja por meio de ginástica etc.. Já os lazeres artísticos estariam associados à vivência de situações culturais, que se ligam ao imaginário humano, ao seu conteúdo estético na busca por um encantamento, beleza, de sorte a abranger todas as manifestações artísticas. Os lazeres práticos, por sua vez, relacionam-se a atividades cotidianas realizadas dentro de casa, por meio de atividades manuais. Tratando dos lazeres intelectuais, é de suma relevância que se ressalte sua relação com questões

---

23. Para De Masi, os períodos de ócio deveriam ser utilizados para concretização da criatividade do indivíduo. DE MASI, Domenico. Perspectivas para o trabalho e o tempo livre In DAMINELI, Mario (coord. Editorial). **Lazer numa sociedade globalizada: leisure in a globalized society.** Editores: Erivelto Busto Garcia e Francis Lobo. Trad. Mario Bresighello. São Paulo, SESC/WLRA, 2000, p. 136.

24. MASI, Domenico. **O ócio criativo:** entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000 p. 320.

25. FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal.** São Paulo: Porto das Ideias, 2012, p. 77.

26. DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 123-129.

referentes ao raciocínio humano. Por fim, o lazer ainda pode ter seu conteúdo associado à perspectiva social, pautado na interação com outras pessoas. Nesse sentido, o lazer social permite a interação entre indivíduos, de sorte a motivar uma condição de integração social[27].

Diante de tal exposição, percebe-se que o lazer é deveras importante para a promoção do indivíduo. Este atua a serviço da diferenciação dos indivíduos na sociedade por meio da liberação do cansaço e atividades de cunho prazeroso, de sorte que estes poderiam se desenvolver sem levar em consideração estereótipos comportamentos[28]. O lazer ainda atua não somente como meio de promoção da liberdade por garantir que o indivíduo tenha liberdade de escolha no desenvolvimento de suas atividades, mas também como meio de recuperação psicossomática, afinal por meio desta o indivíduo poderá gozar de atividades que o levem a recuperação física ou mental[29].

Deste jeito, o direito fundamental ao lazer, previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 6º e mencionado em diversas outras passagens do texto constitucional, como ocorre no art. 7º, no art. 217, no art. 227, dentre outros[30], deve ser concretizado da melhor maneira possível por conta de sua importância, de sorte a incluir no rol de concretização as relações de emprego, relações tipicamente privadas onde os direitos fundamentais possuem incidência.

---

27. MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer:** uma introdução. 3ª ed. Campinas: Autores Associados, 2002, p. 18.

28. IWANOVICZ, Bárbara. Aspectos psicológicos do lazer In: BRRUNS, Heloisa Turini (org.). **Introdução aos estudos do lazer.** Campinas: Unicamp, 1997, p. 95-96.

29. REQUIXA, Renato. **Sugestão de diretrizes para uma política nacional de lazer.** São Paulo: SESC, 1980, p. 47.

30. Tratando da temática do trabalhador, alguns autores ainda associam a garantia do direito ao lazer nas passagens constitucionais referentes aos períodos de descanso dos trabalhadores. Discorda-se de tal posicionamento, afinal quando a norma fundamental do país fala em períodos de descanso como intervalos, repouso semanal remunerado, férias, feriados e faltas justificadas está em verdade tutelando o tempo livre e não o lazer propriamente dito. Nesse sentido: LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho.** São Paulo: LTR, 2010 e CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho.** 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Reconhece-se, no entanto, que com a tutela do tempo livre o lazer acaba por ser garantido de maneira reflexa, afinal quanto mais tempo livre tiver o trabalhador, mais tempo este terá para fluir do lazer fora da empresa.

Neste momento, a pesquisa revela-se deveras interessante em razão da possibilidade de concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego, bem como pela existência do questionamento acerca dos limites desta concretização.

4. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Ao longo deste artigo, defendeu-se que o lazer deve ser visto sob a perspectiva de meio de consagração da dignidade da pessoa humana, ante seu conteúdo físico, prático, social, intelectual e artístico e funções relacionadas a promoção do bem estar social, desenvolvimento da personalidade e recuperação do indivíduo.

O lazer, nesse sentido, é visto a partir da perspectiva dos direitos fundamentais, uma vez que constitui direito capaz de garantir a dignidade humana por meio de concretizações capazes de levar o indivíduo ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

No entanto, o mundo contemporâneo, marcado pela desvirtuação de valores éticos e morais, é palco de desvirtuações comuns no tocante aos direitos fundamentais. Seria ingenuidade acreditar que há pouco tempo essa desvirtuação não existia. Pelo contrário, a sociedade humana sempre foi marcada pelos desvios.

Dessa maneira, os direitos fundamentais acabam por serem tratados, em certos casos, como meros pedaços de papel sem valor algum no desenvolvimento da relação ali travada. E o lazer, como direito que é, acaba por adentrar nesse sistema de esquecimento, desconsideração ou violação dos direitos fundamentais.

Local onde tal constatação é latente é a relação de emprego, palco de diversos abusos no seu desenrolar. Quando se aborda direitos fundamentais na relação de emprego, não se estar a falar do trabalho altamente sofisticado, mas, como assevera Maurício Godinho Delgado, do trabalho das grandes massas de população que "ingressam na vida econômico-social por meio da oferta subordinada, pessoal, não-eventual e onerosa de seus serviços"[31]. Fala-se do trabalhador hipossuficiente, que se mantém no emprego com o mínimo necessário à sua sobrevivência.

---

31. DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70,p. 657-667, junho de 2006, p. 663.

E é justamente em razão da fragilidade do trabalhador nas relações de emprego que se verificam esses abusos, por assim dizer, no conteúdo destas. Um dos abusos verificados encontra-se na tutela do lazer, direito que se encontra desrespeitado sob a prerrogativa de que o mesmo não teria eficácia diante das relações particulares.

Contudo, defende-se nesta pesquisa que este direito ao lazer deve ter sim eficácia diante das relações trabalhistas, sob pena de se transformar num direito sem efetividade alguma, letra morta diante de relações onde os abusos no tocante ao seu conteúdo são marcantes.

O direito fundamental social ao lazer, sendo direito fundamental como é, tem eficácia imediata nas relações trabalhistas, dotadas em sua maioria de um desequilíbrio latente por ser o empregador detentor de um poder social capaz de reduzir a vontade daquele trabalhador, que necessita daquele emprego para seu sustento e de sua família.

Partindo-se desta premissa, vê-se a necessidade de concretização deste direito fundamental social, afinal é por meio dele que o trabalhador irá conseguir entrar em contato consigo mesmo, de sorte a fruir de um momento de recuperação, recreação e desenvolvimento pessoal.

Nesta seara, faz-se necessário a utilização de meios de concretização do direito ao lazer capazes de funcionar como elementos modificadores de uma mentalidade deste direito na relação laboral. Assim, é de suma importância uma postura ativa do empregador na concretização do direito ao lazer, bem como uma postura correta no tocante à fruição do tempo livre por parte do empregado.

Ainda mais, faz-se necessário a utilização de meios de concretização do direito ao lazer como posturas empresariais diferenciadas. E é sobre estes temas que os pontos seguintes versam.

4.1. A tutela do tempo livre por meio de uma postura correta do empregador na relação laboral. O respeito aos intervalos e descansos na relação de emprego

Falou-se, linhas atrás, que o lazer exerceria papel tão importante na vida do trabalhador que não poderia ser esquecido na mesma. Dessa forma, defendeu-se que o lazer deveria ter eficácia imediata nas relações de emprego como meio de tutela do mesmo.

Destarte, viu-se que a Constituição Federal de 1988 atua como aliada na concretização deste lazer quando determina que o mesmo é direito fundamental social e quando traz diversas passagens, ainda que indiretas, que garantem o lazer na vida do trabalhador enquanto trabalhador e cidadão.

As passagens constitucionais referentes à jornada de trabalho, descanso semanal remunerado, férias, intervalos etc. não foram elencadas, a priori, como passagens garantidoras do lazer na CF/88. Isso se deu em razão do posicionamento aqui adotado referente à constatação de que lazer e tempo livre não se confundem, afinal o lazer estaria contido dentro do tempo livre mas não se confundiria com o mesmo.

Por conta disso, com a tutela do tempo livre estar-se-ia tutelando o lazer de maneira indireta, afinal quanto mais tempo disponível tem o trabalhador, mais esse tempo pode ser revertido às atividades de lazer.

Dessa maneira, defende-se que a tutela do tempo livre acabaria por consagrar o direito ao lazer nas relações de emprego. Mas como o empregador tutelaria o tempo livre nessa relação laboral?

Ora, a própria existência de uma jornada de trabalho, de intervalos e repousos já demonstra a preocupação constitucional com o tempo livre. Nesse sentido:

> Dentro das relações de trabalho subordinado, sendo a principal a relação de emprego, não há qualquer dúvida na doutrina acerca da consagração de uma limitação do trabalho, patente pelo simples exame do art.7º, XIII da Constituição Federal, sendo inclusive uma das primeiras conquistas sociais dos trabalhadores[32].

O instituto da duração do trabalho na relação de emprego revela-se, portanto, como aliado na consagração do direito ao lazer do obreiro, afinal permite que o mesmo tenha tempo livre donde poderá fruir do lazer e de outros direitos fundamentais.

---

32. CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho.** 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 118.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro acabou por estipular períodos de intervalos e descansos, além de fixar jornada de trabalho[33], buscando tutelar o tempo livre do trabalhador.

Tais institutos atuam como formas de proteção do lazer, uma vez que é no período que os mesmos ocorrem que o trabalhador pode fruir desse direito necessário à recuperação de suas forças, eliminação do estresse, desenvolvimento da personalidade, dentre outras funções.

No entanto, não basta que apenas a Constituição e a CLT determinem que esses direitos existem. É necessário que o empregador tenha consciência de importância de tais direitos, de modo a respeitá-los. Nesse sentido:

> Ora, se o lazer constitui direito fundamental, a melhor interpretação a ser dada aos institutos que podem afetar o gozo desse direito deve sempre levar em conta sua preservação. No caso, não há dúvida que a plenitude do lazer, do ponto de vista tradicional, depende da proteção do tempo livre de que goza o empregado após o cumprimento de suas atividades profissionais, donde se conclui que nada justifica uma interpretação que permita prática excessiva de trabalho sob pena de se suprimir o gozo do lazer[34].

---

33. Segundo Maurício Godinho Delgado, os termos duração do trabalho, jornada de trabalho, horário de trabalho e descanso são termos correlatos para a doutrina trabalhista, mas que indicam situações diferenciadas. Duração do trabalho seria a noção mais ampla, abrangendo o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato de trabalho, considerados distintos parâmetros de mensuração: dia, semana, mês e ano. Jornada de trabalho é a expressão com sentido mais restrito, compreendendo o tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência de contrato. Horário de trabalho traduz, rigorosamente, o lapso temporal entre início e fim de certa jornada laborativa. Já os períodos de descanso conceituam-se como lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados intra ou intermódulos diários, semanais ou anuais do período de labor, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 778, 779 e 851.

34. CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho.** 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 130-132.

Para o autor, tal violação ao direito ao lazer por meio da prestação de horas extraordinárias levaria o trabalhador a ter direito não só ao recebimento do valor pelas horas prestadas em regime suplementar mais adicional de 50%, como também ter o direito referente a uma obrigação de não-fazer no tocante à prestação de labor extraordinário.

Nesta senda, a prestação de horas extraordinárias de maneira habitual acarretaria uma violação do direito ao lazer por meio da supressão do tempo livre. Tal exemplo pode ser transportado para os institutos do descanso, como, por exemplo, quando ocorre supressão do intervalo intrajornada ou desrespeito ao intervalo interjornada, supressão do descanso semanal remunerado com respectivo pagamento etc.

Ainda no tocante à tutela do tempo livre, alguns autores acabam por trazer a concepção de que seria necessário a redução de jornada para que o empregado pudesse fruir de seu direito ao lazer.

A redução de jornada, como fora visto linhas atrás, parte de uma questão histórica presente no desenvolvimento do trabalho e relação de emprego. Lutava-se pela redução dos extenuantes horários de trabalho, que variavam em torno de dez a dezesseis horas, em busca de melhores condições no labor.

Paulatinamente, foram-se conquistando certas reduções nas jornadas de trabalho em cada país. No Brasil, acabou-se por consagrar-se a jornada de trabalho padrão de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais[35].

O que certos autores[36] defendem é que deve haver uma redução na jornada de trabalho para conter o problema do desemprego e da

---

35. Art. 7º, XIII, da CF/88: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

    XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

36. Nesse sentido, vide OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado.** Trad. Wanda Caldeira Brant. Revisão da tradução Laura Teixeira Mota. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994; GASPAR, Ricardo Carlos. **As fronteiras do possível: trabalho, lazer e civilização.** São Paulo: Germinal, 2003; AZNAR, Guy. **Trabalhar menos para trabalharem todos.** Trad. Louise Ribeiro e Xerxes d´Almeida. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995, dentre outros autores citados ao longo dessa pesquisa.

falta de lazer. Nesse sentido, se houvesse redução da jornada de trabalho aumentaria o tempo livre e, consequentemente, o lazer. E, se houvesse tal redução da jornada de trabalho, novos postos de trabalho deveriam ser criados para atender a demanda das fábricas e indústrias, ávidas por uma superprodução.

Aqui, defende-se que uma redução da jornada de trabalho, embora possa trazer benefícios no tocante ao desemprego que assola a população, deve ser vista sob a perspectiva do bem estar do trabalhador, afinal de nada adianta que a jornada de trabalho seja reduzida se o mesmo terá salários mais baixos ou terá que laborar num ritmo muito acelerado para compensar o horário menor[37].

Também de nada adiantaria ver a jornada de trabalho reduzida se o trabalhador acabasse por utilizar o tempo livre para exercer outro labor em busca de melhorar sua condição financeira[38]. Ora, o traba-

---

37. Para De Masi, a tendência a longo prazo revela que o desemprego tem a tendência de depender sobretudo de uma demanda de trabalho e de uma organização social incapazes de se articularem do modo mais adequado para valorizar os recursos humanos à sua disposição. O exemplo citado é o italiano. Para o autor, a Itália nunca soube utilizar os seus profissionais de nível universitário, mesmo quando eram pouquíssimos. Em 1903, apenas quatro mil jovens conseguiram títulos universitários e a metade foi obrigada a emigrar para conseguir um trabalho. Outras vezes, subutilizam-se a tecnologia e a organização para não criar desemprego. Outras vezes, ainda, retarda-se a libertação do esforço ou do trabalho pela simples incapacidade de tirar da tecnologia e das ciências organizativas todas as vantagens que elas podem oferecer. A isso junta-se a incapacidade de reprojetar o sistema social, tornando o jovem capaz de valorizar o lazer por meio da criatividade, idealização etc. Assim, o problema do desemprego não está ligado apenas à questão da jornada de trabalho, mas é fruto de diversos outros pontos referentes à economia, que não são objeto desta pesquisa. DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho:** fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003, p. 293.

38. Segundo o Dieese, na nota técnica n. 91, de setembro de 2010, alguns países já passam por um processo de redução de jornada. Em nível internacional, cabe destacar a Convenção nº 1 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 29 de outubro de 1919, que estipulou a jornada de oito horas diárias e 48 semanais para o setor industrial e que atualmente conta com 52 países signatários (OIT, 2004). Mais recentemente, a União Européia, por meio do Conselho da União Européia, reunido em 1993, deliberou, através da diretiva 93/104/CE, a duração máxima do trabalho semanal, incluindo horas extras, em 48 horas para todos os trabalhadores, diretiva que passou a vigorar a partir de 23 de novembro de 1996 (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2004). Segundo publicação da OIT de 2008, a maioria dos países ali citados tem jornada normal de 40 horas semanais, isto é, sem incluir a hora extra. Na França, a jornada de trabalho é de 35 horas

lhador nesta via acabaria por ter seu tempo livre ainda mais reduzido e, consequente, teria seu lazer inviabilizado, afinal é no tempo livre que o empregado pode fruir do lazer, descanso, obrigações familiares, religiosas, sociopolíticas etc.

Portanto, defende-se que a redução da jornada de trabalho pode ser uma aliada na tutela do tempo livre se a mesma for implementada a uma mudança no pensamento empresarial e no pensamento do trabalhador no tocante ao direito fundamental ao lazer.

Passar-se-á a outro meio de concretização do direito fundamental social ao lazer nas relações laborais.

4.2. Postura ativa do empregador na concretização do direito ao lazer dentro e fora do estabelecimento empresarial por meio de fomento deste direito fundamental social

Defende-se neste ponto que a eficácia imediata do direito ao lazer pode resultar posturas ativas do empregador na relação laboral, seja durante a jornada de trabalho ou durante o tempo livre do trabalhador.

Tal constatação é fruto do seguinte pensamento: lazer pode acontecer dentro da jornada de trabalho, haja vista que o trabalho não pode mais ser visto como uma pena, uma punição asquerosa ao cidadão. Trabalho não deve ser sinônimo de sofrimento e sim de atividade prazerosa. Assim, é plausível que o lazer ocorra dentro da jornada de trabalho.

Revela o posicionamento de Celso Barroso Leite, *in verbis:*

> Outra implicação, não menos séria, é que, embora lazer e trabalho sejam em princípio noções opostas e mutuamente excludentes, existem casos em que a rigor se confundem; são casos

semanais. É importante ressaltar que o processo de negociação na França continua até os dias de hoje, posto que diversos dispositivos têm alterado parte do que estava previsto nas leis Aubry I e II, a partir de 2003, com a entrada do novo governo. Mesmo assim, a jornada de 35 horas não foi abandonada. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍTICA E ESTUDOS SOCIOECONOMICOS. **Nota técnica 91.** São Paulo, 2010. Disponível em: www.dieese.org.br, acesso em 19 de julho de 2012.

> raros, são exceções, mas existem. Quando gostamos do que fazemos, pode acontecer que o trabalho seja virtualmente uma forma de lazer. Da mesma maneira, há formas de lazer difíceis **e portanto** trabalhosas; isso sem falar nas que também são arriscadas, perigosas. Nessas situações, lazer e trabalho entrelaçam-se de tal modo que fica difícil distinguir uma coisa da outra[39].

De acordo com o entendimento supracitado, trabalho e lazer poderiam estar entrelaçados de tal forma que seria impossível distingui-los. Entende-se, no entanto, que, embora o trabalho possa ser prazeroso quando realizado com carinho e amor, este ainda assim não será lazer. O lazer ocorrerá dentro da relação de emprego na medida me que certas ações consagradoras do entretenimento, de atividades físicas, intelectuais ou sociais sejam tomadas por parte do empregador, de sorte que o obreiro possa gozar das mesmas dentro do local de trabalho[40].

Exemplo disso são as empresas que determinam a existência de jogos no local de trabalho tais como pebolim, mesa de ping pong, sinuca; que fornecem atividade física ao seu empregado; que possuem quadras de esportes, salões de danças e espaços de convivência etc.

Tem-se notícia que algumas empresas estimulam o lazer dentro da relação de emprego por meio de certos projetos internos. Um exemplo disso é o projeto Prata da Casa, realizado anualmente pela Petrobrás. Nele, os funcionários são estimulados a desenvolver sua criatividade, habilidades, talento e potencialidades.

---

39. LEITE, Celso Barroso. **O século do lazer.** São Paulo, LTR, 1995, p. 15.

40. Luiz Octávio de Lima Camargo pesquisou que, em São Paulo, estimava-se a existência de 5.000, apenas na grande São Paulo, clubes de empregados de empresas. Estes normalmente eram criados toda vez que surgiam problemas empresariais, fossem em relação aos conflitos entre empregados ou baixa produtividade. As empresas imaginaram que, com alguma ludicidade sob a forma de festas, torneios esportivos e atividades afins, poderiam humanizar o cotidiano do trabalho. O autor ainda observou, no tocante ao lazer, que em certas empresas mais afastadas o horário de almoço era preenchido por 15 minutos de refeição, de sorte que os outros minutos ficassem sem destinação. A sugestão do autor é a de que esses minutos sejam aproveitados para estimular o lazer entre os empregados. O exemplo dado é o da possibilidade de jogo de dominó nesses intervalos. CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Educação para o lazer.** São Paulo: Moderna, 1998, p. 96 – 98.

O projeto consiste em realização de espetáculos, shows de dança, música, mostra de artes etc, com a participação de toda a força de trabalho do sistema Petrobrás. Assim, funcionários, estagiários e contratados elaboram e atuam nos espetáculos desenvolvidos, de sorte a desenvolverem seus talentos e novas amizades. Elaborou-se, ainda, um canal *on line* da campanha Prata da Casa, com o objetivo maior de divulgação do evento. Os principais benefícios gerados pela concepção do canal online da campanha em 2008 foram: estímulo da criatividade e talento dos funcionários da empresa; aumento da integração entre os funcionários; crescimento de 12% no volume de inscrições na campanha em relação ao ano anterior[41].

Isso nada mais é do que a incidência do direito fundamental social ao lazer nas relações de emprego, afinal quando o empregado desenvolve o seu lado lúdico por meio de ações empresariais, de sorte a promover o entretenimento não só seu, mas também de seus colegas, juntamente com a interação social, estará atuando na concretização do direito ao lazer na relação empregatícia por meio de uma postura ativa do empregador.

A empresa **Airbnb**, que trabalha com serviço online de ajuda na encontra de hospedagem residencial para viagens garante aos seus funcionários aulas de yoga, dois mil dólares por ano para viagens e a possibilidade de levar o animal de estimação para o local de trabalho[42].

Já o Google oferece aos seus trabalhadores benefícios como uso de bicicletas na região da empresa, grandes bexigas espalhadas pela sede da empresa, piscina aquecida, quadras poliesportivas, aulas de ginástica, musculação e dança, escorregador e gôndolas de esqui de Zurique dentro do ambiente de trabalho, mesa de pebolim, sinuca etc. O Google ainda permite que seus funcionários se reúnam em grupos

41. CAMPANHA Prata da Casa. **Avantare clientes.** Disponível em: http://www.avantare.com.br/clientes/petrobras/prata-da-casa. Acesso em: 05/07/2012.

42. CONHEÇA as mordomias que Google, Facebook e outras empresas oferecem aos seus funcionários. **Ceviu blog.** Disponível em: http://www.ceviu.com.br/blog/info/noticias/curiosidades/conheca-as-mordomias-que-google-facebook-e-outras-empresas-oferecem-aos-seus-funcionarios,, acesso em 05/07/2012.

dos mais variados interesses como meditação, cinema, degustação de vinhos e até mesmo salsa[43].

Tais atitudes fomentam, repise-se, uma chamada política do lazer empresarial, uma vez que, por meio de suas ações, são capazes de promover a integração, cultura, entretenimento e diversão dos trabalhadores. Confirma-se, assim, que o direito ao lazer possui eficácia nas relações de emprego, garantindo por meio dele a concretização de direitos fundamentais.

Ademais, pode-se pensar em ações empresariais visando promoção do lazer nos momentos de descanso do trabalhador. Seria a possibilidade de fomento de sessões de lazer que pudessem ser gozadas pelo empregado e sua família em períodos de folga, férias ou feriados.

Cite-se como exemplo empresas que viabilizam shows, concertos, peças teatrais, cinema ou mostras culturais sem nenhum custo ao funcionário ou com valor irrisório, se comparado ao valor estabelecido no mercado.

Assim é a ação do projeto cultural do Banco do Brasil. Desenvolvida de maneira a abarcar não só a população em geral, mas também visando a participação dos seus empregados, o referido banco fornece shows, peças teatrais, filmes e até mesmo debate entre os presentes. Em 2009, o Circuito Cultural do Banco do Brasil determinou que os ingressos para os espetáculos seriam vendidos a cinco reais, preço bem abaixo daquele determinado para o público em geral, que era de 15 reais[44].

Outro exemplo vislumbrado se deu com o show do grupo Monobloco em Porto Alegre no Projeto Eu Faço Cultura da Caixa Econômica Federal. Aos funcionários que aderiram ao projeto foram distribuídas cortesias para si e para um acompanhante da pista do show[45].

---

43. CULTURA do Google. **Sobre a empresa Google.** Disponível em: http://www.google.com/intl/pt-BR/about/corporate/company/culture.html. Acesso em 05/07/2012.

44. COMEÇA nesta terça Circuito Cultural Banco do Brasil em Cuiabá. **BBLOG – blog dos funcionários do Banco do Brasil.** Disponível em: http://www.romildo.com/blog/noticia/2009/06/comeca-nesta-terca-circuito-cultural-banco-do-brasil-em-cuiaba, acesso em 05 de junho de 2012.

45. EU FAÇO cultura: grupo Monobloco e Oficinas de Percussão em Maio. **Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul.** Disponível

Note-se que, nos exemplos dados, o lazer dos funcionários de determinadas empresas é garantido por meio de programações culturais fornecidas de maneira gratuita ou a preços ínfimos. Isso é possível graças a atuação do direito fundamental ao lazer nas relações privadas, de sorte a determinar que o empregador tenha uma conduta ativa na consagração deste direito.

No entanto, sabe-se que tais projetos ainda são minoria no Brasil, haja vista que a cultura do lazer nesta nação ainda não se encontra enraizada. Hoje, a principal luta no tocante ao lazer não é mais a determinação do conteúdo deste ou sua relação com o labor, mas sim a sua concretização.

Ainda mais, é necessário que haja uma mudança de pensamento e comportamento dos empregados e empregadores no tocante ao lazer. A conscientização dos empregados acerca do seu direito ao lazer é muito importante na medida em que facilita a concretização do mesmo na relação de emprego. A mudança do pensamento empresarial também faz-se deveras necessário para que o direito ao lazer possa ser consagrado de diversas formas na relação de emprego, além das elencadas neste artigo.

5. CONCLUSÕES

Pode-se afirmar, em síntese, que:

I. Os direitos fundamentais encontram-se presentes nas relações individuais e coletivas de trabalho, de modo que, no tocante à aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, os direitos fundamentais funcionam como postulados que conformam a atuação do Estado e como vetores interpretativos da Constituição e da legislação ordinária, incluindo a legislação trabalhista.

II. Em verdade, a própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais, haja vista que o país ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. A própria estrutura do contrato de

---

em: http://www.apcefrs.org.br/noticias/show_news.php?subaction=showfull&id=1302629923&archive=&template=novo_destaques, acesso em: 05 de julho de 2012.

trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito deste tipo de pacto, haja vista que o trabalhador, ao celebrar esse contrato, cede ao empregador sua força de trabalho, de modo a gerar uma relação de "dependência" entre estes.

III. A relação existente no contrato de trabalho encontra-se desequilibrada. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Este se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do emprego.

IV. Somente a eficácia direta, imediata consegue coibir práticas atentatórias a direitos fundamentais, pois não existe ao empregador escusa na sua conduta, já que esta viola o texto constitucional. Dessa maneira, entende-se que a vinculação direta é a solução mais plausível diante da desigualdade marcante que ronda o contrato de trabalho, principalmente no que tange ao lazer do empregado.

V. Compreende-se que a relação tempo, trabalho e dignidade deve ser vista sob uma perspectiva de consagração da dignidade humana, afinal por meio da dignidade o trabalhador verá seu tempo livre ser respeitado em contrapartida aos momentos de trabalho. Contudo, tempo livre não se relaciona apenas com o trabalho, mas também com quesitos outros, como o direito ao lazer.

VI. Defende-se que o conceito de lazer deve estar associado a um tempo do indivíduo e para o indivíduo visando o seu pleno desenvolvimento, de sorte a serem excluídos desse mesmo tempo obrigações relacionadas ao trabalho, família, religião, política e descanso.

VII. Lazer, então, constitui atividade humana enquadrada no conceito amplo de cultura, haja vista que seu exercício promove um desenvolvimento social considerado indispensável para a tutela da dignidade humana. E sendo cultura, visto sob a perspectiva de promoção do indivíduo, o lazer se divide em cinco esferas concretizadoras de seu conteúdo: lazeres físicos, lazeres artísticos, lazeres práticos, lazeres intelectuais e lazeres sociais.

VIII. O direito fundamental social ao lazer, sendo direito fundamental como é, tem eficácia imediata nas relações trabalhistas, dotadas em sua maioria de um desequilíbrio latente por ser o empregador detentor de um poder social capaz de reduzir a vontade daquele trabalhador, que necessita daquele emprego para seu sustento e de sua família. Partindo-se desta premissa, vê-se a necessidade de concretização deste direito fundamental social, afinal é por meio dele que o trabalhador irá conseguir entrar em contato consigo mesmo, de sorte a fruir de um momento de recuperação, recreação e desenvolvimento pessoal.

IX. O ordenamento jurídico brasileiro acabou por estipular períodos de intervalos e descansos, além de fixar jornada de trabalho, buscando tutelar o tempo livre do trabalhador. O problema é referente a mudança de interpretação dos institutos por parte dos empregadores. Almeja-se evitar a violação no tocante à tutela do tempo livre, afinal desta maneira o direito fundamental ao lazer poderia ser protegido.

X. Defende-se, no tocante a uma possível redução de jornada que esta, embora possa trazer benefícios no tocante ao desemprego que assola a população, deve ser vista sob a perspectiva do bem-estar do trabalhador, afinal de nada adianta que a jornada de trabalho seja reduzida se o mesmo terá salários mais baixos ou terá que laborar num ritmo muito acelerado para compensar o horário menor.

XI. Defende-se que a eficácia imediata do direito ao lazer pode resultar posturas ativas do empregador na relação laboral, seja durante a jornada de trabalho ou durante o tempo livre do trabalhador. Exemplo disso são as empresas que determinam a existência de jogos no local de trabalho tais como pebolim, mesa de ping pong, sinuca; que fornecem atividade física ao seu empregado; que possuem quadras de esportes, salões de danças e espaços de convivência etc.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2007

ANDRADE, José Vicente de. **Lazer – princípios, tipos e formas na vida e no trabalho.** Belo Horizonte: Autêntica, 2001

ARENDT, Hanna. **A condição Humana.** Trad. Roberto Raposo.Postfácio de Celso Lafer. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AZNAR, Guy. **Trabalhar menos para trabalharem todos.** Trad. Louise Ribeiro e Xerxes d´Almeida. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas.**Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201819 / RJ – RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/Acórdão: Min. Gilmar Mendes , Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma – SFT. Disponível em: www.stf.jus.br, acesso em 05 de outubro de 2009.

CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho.** 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Educação para o lazer.** São Paulo: Moderna, 1998.

CAMPANHA Prata da Casa. **Avantare clientes.** Disponível em: http://www.avantare.com.br/clientes/petrobras/prata-da-casa. Acesso em: 05/07/2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina,[19--].

COMEÇA nesta terça Circuito Cultural Banco do Brasil em Cuiabá. **BBLOG – blog dos funcionários do Banco do Brasil.** Disponível em: http://www.romildo.com/blog/noticia/2009/06/comeca-nesta-terca-circuito-cultural-banco-do-brasil-em-cuiaba, acesso em 05 de junho de 2012.

CONHEÇA as mordomias que Google, Facebook e outras empresas oferecem aos seus funcionários. **Ceviu blog.** Disponível em: http://www.ceviu.com.br/blog/info/noticias/curiosidades/conheca-as-mordomias-que--google-facebook-e-outras-empresas-oferecem-aos-seus-funcionarios, acesso em 05/07/2012.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e Pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Paraná, v. 32, 1999, p. 7-23. Disponível em: ojs.c3sl.ufpr.br/

ojs2/índex.php/direito/article/view/1872/1567. Acesso em 02 de julho de 2012.

CULTURA do Google. **Sobre a empresa Google.** Disponível em: http://www.google.com/intl/pt-BR/about/corporate/company/culture.html, Acesso em 05/07/2012.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo:** entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

_____. **O futuro do trabalho:** fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

_____. Perspectivas para o trabalho e o tempo livre In DAMINELI, Mario (coord. Editorial). **Lazer numa sociedade globalizada: leisure in a globalized society.** Editores: Erivelto Busto Garcia e Francis Lobo. Trad. Mario Bresighello. São Paulo, SESC/WLRA, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70,p. 657-667, junho de 2006.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍTICA E ESTUDOS SOCIOECONOMICOS. **Nota técnica 91.** São Paulo, 2010. Disponível em: www.dieese.org.br, acesso em 19 de julho de 2012.

DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

_____. **Lazer e Cultura Popular.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1973.

EU FAÇO cultura: grupo Monobloco e Oficinas de Percussão em Maio. **Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul.** Disponível em: http://www.apcefrs.org.br/noticias/show_news.php?subaction=showfull&id=1302629923&archive=&template=novo_destaques, acesso em: 05 de julho de 2012.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal.** São Paulo: Porto das Ideias, 2012

FRIEDMANN, Georges. O lazer e a Civilização tecnicista In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). **O lúdico na Cultura Solidária.** São Paulo: Hucitec, 2001, p. 115-130.

GASPAR, Ricardo Carlos. **As fronteiras do possível: trabalho, lazer e civilização.** São Paulo: Germinal, 2003

IWANOVICZ, Bárbara. Aspectos psicológicos do lazer In: BRRUNS, Heloisa Turini (org.). **Introdução aos estudos do lazer.** Campinas: Unicamp, 1997.

LAFARGUE, Paul. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. **A economia do ócio.** Trad, org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

LEITE, Celso Barroso. **O século do lazer.** São Paulo, LTR, 1995

LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho.** São Paulo: LTR, 2010..

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales.** 9 ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer:** uma introdução. 3ª ed. Campinas: Autores Associados, 2002

MARX, Karl. **O Capital:** edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchatdt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado.** Trad. Wanda Caldeira Brant. Revisão da tradução Laura Teixeira Mota. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

PORTUGAL. Lei Constitucional 01, de 12 de agosto de 2005, que trata da sétima revisão constitucional. **Diário da República – I Série-A, N. 125**, Portugal. Disponível em: http://dre.pt/util/pdfs/files/crp.pdf, acesso em 26 de agosto de 2009.

REQUIXA, Renato. **Sugestão de diretrizes para uma política nacional de lazer.** São Paulo: SESC, 1980

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.**7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 147.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1 ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela. **Revista de Direito Privado,** n. 23, jun/set., 2005

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004

A defesa do Direito do Trabalho com base no conceito de acesso à justiça

Cristiane Montenegro Rondelli*

Esperando, esperando, esperando, esperando o sol
Esperando o trem, esperando aumento para o mês que vem
Esperando um filho pra esperar também
Esperando a festa, esperando a sorte, esperando a morte, esperando o Norte
Esperando o dia de esperar ninguém, esperando enfim, nada mais além.

(Trecho da música Pedro Pedreiro – Chico Buarque)

Pretende-se analisar o acesso à justiça sob a concepção mais ampla com a finalidade de compreensão e confronto em face às críticas feitas à Justiça do Trabalho e ao Direito do Trabalho.

O conceito original seria daquele em que a parte, que sofreu uma turbação em seu direito, busca a compensação pelas portas do judiciário, ou seja, exerce seu direito de ação. Neste caso a pessoa ofendida foi "procurar os seus direitos" e isso é um exercício de cidadania, constitucionalmente garantido como direito fundamental. O acesso à justiça sempre esteve previsto em nossas constituições e o direito de ação hoje está consubstanciado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5o, inciso XXXV. O povo brasileiro, não pode, por isso, vangloriar-se de que esse direito fundamental é efetivo.

A dificuldade em se receber com celeridade e efetividade o bem que se busca pelas portas do judiciário voltou-se contra a própria justiça, que passou a ser vista como um ônus. Ao invés de direito de

---

(*) Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Americana/SP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP e Doutoranda em Direito do Trabalho e Previdência Social junto à Università La Sapienza – Roma/Itália.

ação o que se tem é o ônus da ação, manifestado quando o que se ouve no caso de um conflito é o ofensor dos direitos dizendo "vá procurar a justiça", exemplificando claramente que o problema, se for solucionado, o será por um monstro lento e ruminante, o qual declinará, em algum dia, a sentença e, quem sabe, o ofendido conseguirá obter o bem da vida buscado. E o trabalhador injustiçado torna-se um "Pedro Pedreiro", sempre a esperar.

Não obstante todo o investimento na estrutura do poder judiciário, a informatização dos processos, o novo código de processo civil, a garantia constitucional, os direitos positivados e, portanto, legalmente garantidos, não há a possibilidade de se obter o direito com efetividade, celeridade desta justiça.

Apesar de toda essa lentidão e dificuldade em se obter o título judicial, o número de processos aumenta exponencialmente a cada crise econômica, principalmente no âmbito trabalhista. Os tribunais trabalhistas são os que estão melhor estruturados se comparados à estrutura das Justiças Federal e Estaduais em todo o país, com quase 100% dos processos digitalizados e com possibilidade de acesso digital de qualquer parte do mundo.

O relatório Justiça em números de 2016 do Conselho Nacional da Justiça dá destaque especial para a justiça trabalhista, com 100% dos casos novos eletrônicos no TST e 77,1% nos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo 82,9% no 2º grau e 54% no 1º grau.[1]

A Justiça do Trabalho do Brasil é a que apresenta os melhores índices de produtividade e de entrega efetiva da tutela jurisdicional, com o encerramento da execução, conforme os números apresentados pelo referido relatório do CNJ, e tem decisões de vanguarda utilizadas como paradigmas até mesmo em ambientes internacionais. Exemplo de decisão de repercussão internacional é referente ao Caso Shell, no qual as empresas Shell Brasil Ltda. e Basf S.A. foram condenadas a custear todas as despesas relacionadas ao tratamento de problemas de saúde advindos da contaminação do solo onde as empresas operaram por cerca de 25 anos, atingindo mais de mil pessoas.[2]

---

1. CNJ. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

2. TRT 15a Região. Ação Civil Pública (ACP) – Processo: RR 22200-28.2007.5.15.0126.

O conceito de acesso à justiça deve ser ampliado, partindo da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, utilizando o processo como instrumento para a realização dos direitos e passando para a função do Estado de garantir a eficiência do ordenamento jurídico e realizar a justiça aos cidadãos.[3]

Estamos, portanto, diante de uma situação de falta de acesso à justiça se considerada como efetividade da entrega jurisdicional, mas de um contraponto aparentemente contraditório, de que há possibilidade de se ajuizar a ação mais facilmente, numa demonstração de fácil acesso à justiça. A realidade demonstra a contradição diante da garantia do direito de ação em face da ineficiência da realização da justiça.

Talvez essa contradição do sistema tenha gerado as críticas mais contundentes, nunca antes vistas neste país, contra o poder judiciário trabalhista. Quando o presidente do Tribunal Superior do Trabalho faz as observações negativas à sua corte e aos seus pares, ou pior, quando um ministro do Supremo Tribunal Federal critica com preconceitos a Justiça do Trabalho[4] e encontra eco em muitos setores da sociedade, e, ainda pior, quando o presidente da Câmara dos deputados manifesta claramente a intenção de acabar com a Justiça do Trabalho questiona-se qual o conceito que se tem de uma justiça em termos amplos, e não somente do judiciário.

A resposta dada por uma criança de quatro ano sobre a definição de justiça foi o que é justo, tanto no sentido da medida de alguma coisa, como no sentido do que é certo em termos de comportamento.

Na inocência infantil encontra-se mais sabedoria do que essas três autoridades anteriormente citadas vociferaram contra todo o sentido de justo e de certo.

Partindo desta visão primária e leiga, do primeiro aspecto – justo pelas medidas –, no novo código de processo civil e no próprio processo do trabalho, com os seus princípios característicos previstos na CLT, há toda a possibilidade de se alcançar a solução de conflitos, com

---

3. CICHOKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 61

4. VASCONCELLOS, Marcos de; MARTINES, Fernando. **Papel da Justiça do Trabalho está em questão nas três esferas do Poder.** Consultor Jurídico. 22/10/2016. Disponível na internet em <http://www.conjur.com.br/2016-out-22/papel-justica-trabalho-disputado-tres-esferas-poder> Acesso em 20/03/2017.

vários procedimentos e medidas judiciais existentes e claras. Essas medidas estão disponíveis tanto para os trabalhadores como para empregadores, para o pedido como para a defesa, e há a previsão de um devido processo legal, bem estruturado com os princípios do contraditório e da defesa respeitados. Assim, o sentido de que o Estado garante o ordenamento para o exercício do direito de ação está consumado.

No segundo aspecto, talvez o mais polêmico e o que realmente faz com que se reflita sobre o sentido amplo do acesso à justiça, é a resposta da justiça relacionada ao que é certo. Certo é cumprir a lei, observar as regras, pagar o salário contratado, cumprir o pactuado, respeitar as pessoas dentro e fora do ambiente de trabalho. Enfim, certo é exercer os direitos e cumprir os deveres.

Independente de aspectos ideológicos envolvidos nas críticas, ou do que esteja certo nos discursos citados, é importante que o judiciário faça uma autoanálise, uma vez que se bradou pela sua extinção, muito além das reformas já defendidas. Até que ponto o que se diz tem algum sentido?

Quando o presidente do próprio tribunal tece críticas duras, devemos buscar analisar o que se encontra nas suas entrelinhas. O mesmo com o que se ouve de um ministro do supremo. No discurso de que as decisões trabalhistas são prejudiciais à economia do país e ao crescimento econômico, o que se vislumbra é a pretensiosa invasão da economia, que pretende colonizar um ramo do direito, que tem sua autonomia e seus princípios muito distantes do invasor. O direito do trabalho é um direito social e surgiu justamente para evitar os abusos do sistema econômico, pois o contrato do trabalho não rege um bem de produção, mas se refere à pessoa do trabalhador, que tem uma vida e uma dignidade a serem protegidos[5]. Os princípios, isto é, a raiz ou a origem do direito do trabalho estão na proteção da pessoa humana e não da economia ou do fantasma do mercado de trabalho.

Essa ameaça ao direito do trabalho infelizmente não é exclusiva ao Brasil, mas a desconstrução dos direitos sociais sempre surge

5. SPEZIALE. Valerio. **La mutazione genetica del diritto del lavoro.** in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 322/2017. Disponível na Internet em <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-mutazione-genetica-del-diritto-del-lavoro/5611.aspx> Acessado em 20/03/2017.

durante uma crise econômica, que é mundial. O Direito do Trabalho Italiano, com uma tutela histórica mais forte ao trabalhador, vem sendo desmontado desde os anos 90 e atualmente se questiona sobre a restrição ao direito de ação após a redução de prazos decadenciais.[6]

Para garantia do acesso à justiça pelo Estado, com a tutela do cidadão e o seu exercício do direito de ação, a chamada primeira onda para esse acesso deu-se pela assistência judiciária gratuita. A segunda onda foi caracterizada pela tutela aos interesses difusos e por fim, numa chamada visão mais ampla, a terceira onda alcança os procedimentos especializados, a solução de conflitos por mediação e conciliação e até a educação social proposta por entidades jurídicas, para que o cidadão conheça seus direitos[7]. Um exemplo dessa atuação para acesso à justiça de terceira onda é o programa Trabalho, Justiça e Cidadania da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho)[8]. José Renato Nalini enfatiza a importância das Cartilhas de Cidadania editadas e promovidas pelas associações das classes relacionadas ao direito, enfatizando esse aspecto da informação para acesso à justiça.[9]

Conforme já reconhecido por Cappelletti[10], há mais de 30 anos, os métodos alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem estariam dentro do movimento da terceira onda. Este é um tópico que merece atenção especial e teve a advertência do jurista italiano, na obra citada, de que estes institutos não podem servir para diminuir a qualidade da justiça que se alcança.

A quarta onda não pode ser de um *desacesso* à justiça, ou um verdadeiro tsunami contra toda a estrutura já construída em nosso

---

6. PONTERIO, Carla. **La tutela effettiva dei diritti sociali nel giusto processo.** Tavola Redonda in recordo di Sergio Mattone. Corte di Cassazione. Aula Magna. Roma, 29/03/2017.

7. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

8. ANAMATRA. **Programa Trabalho, Justiça e Cidadania.** Disponível na internet em <http://www.anamatra.org.br/tjc/sobre-o-programa> Acesso em 20/03/2017.

9. NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à justiça*. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, p. 61-69, 1997.

10. Idem nota 4.

Estado Democrático de Direito, cujas bases devem ser sólidas para que não sejam consumidas por um discurso casuístico e contra todos os princípios fundamentais de proteção à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Como o tema desse mar do direito é pelo acesso, a continuidade lógica é de uma ampliação e não um retrocesso, como se vislumbra do sentido do certo pelos interlocutores das críticas.

A onda destruidora dos direitos sociais, a favor da pressão do mercado de trabalho, foi o fundamento para aprovação do projeto acerca da permissão de terceirização de serviços sem limites relacionados à atividade fim do tomador dos serviços (PL 4.302/98), sem necessidade de solidariedade entre as empresas em caso de existência de débitos, com exigência ínfimas de capital social, previsão de contratação de empresas pela prestadora de serviços (quarteirização) e, ainda mais, com a possibilidade de se estender o prazo para o trabalho temporário, tudo justificado para se aumentar a taxa de ocupação, como se a precarização de direitos fomentasse a economia.

A reforma da previdência social, como atualmente se apresenta, é outro prejuízo que se vislumbra aos direitos sociais conquistados a duras penas pelos trabalhadores brasileiros. Nesta há a previsão do aumento do tempo de serviço, a equiparação dos trabalhadores urbanos e rurais, muda a idade para aposentadoria da mulher e impõe a aplicação imediata para os que tiverem idade de 45 anos quando da aprovação, sem qualquer regra de transição e nem proporcionalidade com o tempo de trabalho e contribuição anterior. Essas novas regras afrontam totalmente o direito social do trabalhador e do cidadão em evidente retrocesso social.

Como seria então a previsão de um acesso à justiça na atualidade, diante das adversas condições de proteção da pessoa humana? Qual seria o certo a ser seguido?

A resposta está na origem dos problemas, no nascedouro destes sistemas. Ou em seus conceitos primários, como uma análise mais simples e infantil poderia identificar. Sem mecanismos complexos e teorias para se tentar justificar o injustificável.

Não se pode pretender justificar a perda de direitos ou a simples extinção de um sistema quando ele apresenta problemas. A autoanálise deve ser feita, os problemas precisam ser solucionados, porém não é amputando um braço que se cura uma ferida na mão. A Justiça do Trabalho pode ter problemas em relação ao excesso de demandas, à

demora do processo, ao tempo que o trabalhador espera pela definição do seu direito, mas isso não é de longe seu maior problema e nem por isso merece ser extinta.

Ao contrário, o relatório do CNJ já citado demonstra que a efetividade da Justiça do Trabalho em comparação com a Justiça Estadual apresenta uma abissal diferença, pois os números demonstram que somente 5,5% das execuções são pendentes na primeira, enquanto a pendência da segunda fica em 82,7%.[11]

A Justiça Estadual não teria qualquer condições sequer estruturais para abarcar todo o volume processual existente na Justiça do Trabalho, esta sim muito mais ágil e eficiente, em relação a todos os sistemas judiciários do país, como evidenciado pelas estatísticas nacionais e contrariando todo o discurso dos últimos meses.

Utilizando agora a mesma terminologia em linguagem coloquial, a onda do momento de se pretender reduzir ou extinguir a Justiça do Trabalho e seu conteúdo jurídico deve ser afrontada com os princípios inerentes a este sistema, o direito fundamental do trabalho, os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, os quais não podem ser associados ao mercado de trabalho, simplesmente porque o direito do trabalho protege a pessoa e não o bem de produção.

Até quando o trabalhador vai esperar a garantia de seus direitos? O operador do direito do trabalho, ou como se fala na Itália, o *giuslavorista* precisa reafirmar seus valores para afrontar e enfrentar o que se apresenta neste momento de crise.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. **Programa Trabalho, Justiça e Cidadania.** Disponível na internet em <http://www.anamatra.org.br/tjc/sobre-o-programa> Acesso em 20/03/2017.

CAPPELLETTI, Mauro. ***Acesso à justiça.*** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CICHOKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 61

11. CNJ. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. pg. 61.

CNJ. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, p. 61-69, 1997.

PONTERIO, Carla. **La tutela effettiva dei diritti sociali nel giusto processo.** Tavola Redonda in recordo di Sergio Mattone. Corte di Cassazione. Aula Magna. Roma, 29/03/2017.

SPEZIALE. Valerio. **La mutazione genetica del diritto del lavoro**. in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 322/2017. Disponível na Internet em <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-mutazione-genetica--del-diritto-del-lavoro/5611.aspx> Acessado em 20/03/2017.

TRT 15a Região. Ação Civil Pública (ACP) – Processo: RR 22200-28.2007.5. 15.0126.

VASCONCELLOS, Marcos de; MARTINES, Fernando. **Papel da Justiça do Trabalho está em questão nas três esferas do Poder.** Consultor Jurídico. 22/10/2016. Disponível na internet em <http://www.conjur.com.br/2016-out-22/papel-justica-trabalho-disputado-tres-esferas-poder> Acesso em 20/03/2017.

A proteção ao trabalhador autônomo economicamente dependente e a experiência espanhola

Danilo Gonçalves Gaspar*

SUMÁRIO: Introdução – 1. A origem e evolução do direito do trabalho: 1.1. Da escravidão à relação de emprego; 1.2. A crise do direito do trabalho. – 2. A proteção ao trabalhador autônomo economicamente dependente: 2.1. A experiência espanhola; 2.2. A Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007: 2.2.1. Os fundamentos da Lei e o preâmbulo; 2.2.2. A estrutura do Estatuto do Trabalho Autônomo; 2.2.3. Âmbito de aplicação do Estatuto; 2.2.4. O regime profissional comum do trabalhador autônomo; 2.2.5. O regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente. – Conclusão. – Referências.

RESUMO: O presente artigo científico aborda a questão acerca da proteção trabalhista ao trabalhador autônomo economicamente dependente. Com o surgimento de novas formas de trabalho em decorrência da inauguração do modelo toyotista de produção, a antiga dicotomia entre trabalhador autônomo e trabalhador subordinado passou a se esvaziar em razão do aparecimento de diversos trabalhadores que não podem ser considerados autônomos nem tampouco classicamente subordinados. Esses trabalhadores, portanto, em razão do estado de hipossuficiência que mantêm, passaram a reclamar uma proteção trabalhista, sendo a experiência espanhola da proteção ao trabalhador autônomo economicamente dependente um marco histórico fundamental, na medida em que garante um patamar mínimo de direitos a trabalhadores que, em que pese não sejam considerados empregados, também merecem proteção estatal.

PALAVRAS-chave: Trabalhador. Autonomia. Dependência. Proteção.

(*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (Curso Preparatório para Carreira Jurídica – JUSPODIVM – Salvador/BA). Bacharel em Direito (Faculdade Ruy Barbosa – Salvador/BA). Professor de Direito do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito – FBD. Professor de diversos cursos de Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho.

ABSTRACT: This scientific paper addresses the question about job protection to self-employed economically dependent. With the emergence of new forms of work due to the opening of the toyotism model of production, the old dichotomy between self-employed worker and subordinate now to empty due to the appearance of several workers who can not be considered autonomous nor classically subordinates. These workers, therefore, given the state of hipossuficiência keeping, began to claim a labor protection, and the Spanish experience of protecting the self-employed economically dependent on a critical milestone, as it guarantees a minimum level of rights for workers who, despite not considered employees, also deserve state protection.

KEY-WORDs: Worker. Autonomy. Dependence. Protection.

INTRODUÇÃO

As transformações pelas quais o "mundo do trabalho" vem passando desde as crises econômicas do início dos anos 70 do século passado, impactaram, como não poderia ser diferente, as bases do Direito do Trabalho.

Protetor, garantidor e instrumento do próprio sistema capitalista, o Direito do Trabalho, até o final dos anos 60 do século passado, viveu o seu apogeu, período que coincide com a era de ouro do sistema capitalista.[1]

Naquele período, o próprio sistema capitalista, diante das lutas operárias que marcaram o início do século XX, passou a almejar que o trabalhador conquistasse mais direitos. A lógica era puramente econômica: o trabalhador protegido, cada dia com mais direitos, aumentaria sua satisfação pessoal e seu poder de consumo, podendo alimentar com mais intensidade o próprio sistema capitalista.[2]

Todavia, diante das crises econômicas já referidas, da crise do próprio Estado do bem-estar social, da crise do modelo de produção

1. OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 32.

2. OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 32.

fordista, a lógica foi alterada. De instrumento e aliado do sistema capitalista, o Direito do Trabalho passou a ser vilão.

Busca-se, no Estado neoliberal e nessa nova etapa do sistema capitalista, um modelo de empresa enxuta, horizontal, que produz em atenção ao fluxo de demanda (*jus in time*), acabando com os estoques típicos da empresa verticalizada do modelo fordista de produção.

Surge, então, o modelo de produção pós-fordista, denominado toyotismo, que foi implementado pela primeira vez por Taiichi Ohno, no Japão.[3] A lógica do novo modelo de produção busca externalizar a produção, enxugar a empresa seja com relação aos estoques seja com relação aos seus empregados. Busca-se reduzir custos para, desta forma, retroalimentar o sistema capitalista através da ampliação da margem de lucro das empresas.

Dentro deste contexto, empregados típicos tornam-se colaboradores, teletrabalhadores, autônomos, cooperados, parassubordinados, representantes comercias, ou seja, o trabalho subordinado típico do modelo fordista de produção cede lugar a diversas novas formas de trabalho.

Essa externalização da produção aumenta o número de trabalhadores que, agora, prestam serviços a determinados tomadores sob o manto da "autonomia". O aumento do percentual de trabalhadores autônomos desperta, então, o (re)pensar do Direito do Trabalho que, de ramo do direito protetivo do empregado passa a ramo do direito protetivo do trabalho, seja ele de que natureza jurídica for.

Essa proteção ampla do Direito do Trabalho, destinada a resguardar um patamar mínimo a todas as formas de prestação de trabalho, inaugura, na Espanha, o processo de elaboração de um diploma normativo próprio aos trabalhadores autônomos, o que culminou com a edição da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007.

A proteção espanhola do trabalhador autônomo representa uma resposta do Direito do Trabalho a esse processo de externalização da produção inaugurada pelo modelo de produção toyotista, sobretudo a proteção conferida ao trabalhador autônomo economicamente

---

3. OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 32.

dependente, trabalhador este que, como o próprio nome diz, presta serviços de forma autônoma, mas depende economicamente de um determinado tomador de serviços.

1. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

1.1. Da escravidão à relação de emprego

O Direito do trabalho enquanto ramo específico do Direito é um fenômeno relativamente novo[4], sendo produto de dois acontecimentos históricos do século XVIII (a Revolução Industrial[5] e a Revolução Francesa – 1789) que impulsionaram a reunião de trabalhadores nas fábricas e, conseqüentemente, a consciência de classe[6], este último

4. Nesse sentido, destaca Flávia Pessoa que: "Embora o trabalho humano tenha sido uma constante na evolução histórica das civilizações, o reconhecimento do trabalho nos moldes da relação de emprego é fenômeno relativamente novo". (PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea.** São Paulo: LTr, 2009, p. 15).

5. Utiliza-se no presente trabalho o descobrimento da máquina a vapor por Thomas Newcomen no ano de 1712 como marco histórico inicial da Revolução Industrial. Todavia, sabe-se que, atualmente, já se pode falar em 03 fases da Revolução Industrial. A primeira Revolução Industrial, portanto, teria se desencadeado na Inglaterra no primeiro quarto do século XVIII, sendo caracterizada pela transição da ferramenta de operação manual para a máquina-ferramenta; a segunda teria ocorrido entre o final do século XIX e o início do século XX, sendo marcada pela transição da máquina-ferramenta para a mecanização proporcionada pela máquina semiautomática e; a terceira revolução industrial teria seu início após a segunda guerra mundial (1945), caracterizando-se por um sistema de máquinas autorreguladas, capaz Xe substituir tanto a mão quanto o cérebro humano. (PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo.** São Paulo: LTr, 1998, p. 23.)

6. "A concentração do proletariado nos grandes centros industriais nascentes; a exploração de um capitalismo sem peias; a triunfante filosofia individualista da Revolução Francesa; os falsos postulados da liberdade de comércio, indústria e trabalho, refletidos no campo jurídico na falaz liberdade de contratar; o largo emprego das chamadas "meias-forças", isto é, o trabalho da mulher e do menor; a instituição das sociedades por ações, sociedades anônimas propiciando, a princípio, a reunião de grandes massas de capital necessário aos empreendimentos industriais, e seu posterior desdobramento em capitais monopolizadores (*trust*, cartéis, *holdings*), a idéia vigorante de não-intervencionismo estatal, por mais precárias que fossem as condições econômicas e sociais, tudo isso, gerando um estado de miséria sem precedentes para as classes proletárias, resultou no

um elemento histórico determinante para formação do Direito do Trabalho.

Antes disto, porém, já existia trabalho humano. Em verdade, o trabalho é algo inerente ao próprio homem e sua existência se confunde com a existência do próprio ser humano. Todavia, o que se diferenciou ao longo da história da humanidade foi a forma através da qual o trabalho humano foi utilizado, sendo que só se pode falar em Direito do Trabalho a partir do conceito de relação de emprego que, por sua vez, impõe a existência de uma relação jurídica que, finalmente, requer a existência de dois sujeitos de direito livres para contratar, o que somente se tornou possível a partir do Estado Liberal.

Portanto, vale destacar que o trabalho, inicialmente, mostrou-se vinculado à necessidade de auto-subsistência do homem primitivo. Sem saber cultivar a terra, o homem pré-histórico vivia da caça, motivo pelo qual desenvolveu armas, cabendo a ele a confecção das armas e a caça, ficado à cargos das mulheres, por sua vez, a colheita das sementes e dos frutos.[7]

Nesse estágio, portanto, o homem utilizava o trabalho como instrumento de subsistência direto, ou seja, o emprego de sua força de trabalho voltava-se diretamente para a sua subsistência e de sua família através dos produtos das caças e das colheitas.

Ao aprender a cultivar a terra, a domesticar os animais e a fazer cerâmica e tecidos, o homem desenvolveu a produção de gêneros alimentícios, possibilitando, assim, excedentes de produção e, conseqüentemente, as trocas, nascendo um incipiente comércio, a propriedade e a concentração de riqueza e poder.[8]

Essa concentração de riqueza e poder fez com que, já na Idade Antiga, o trabalho passasse a ser próprio dos homens desprovidos de

---

aparecimento, na história do movimento operário, de um fenômeno relevantíssimo: *a formação de uma consciência de classe*". (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Edson. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. rev. e atual. por Jose Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pg. 01).

7. ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego**: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005, p. 12.

8. ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego**: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005, p. 13.

riqueza e cidadania – era a forma escrava de exploração do trabalho. O trabalho, então, passou a ser visto como algo penoso, como coisa de escravos que, dentro do pensamento dominante da época, tinham que pagar com o suor de seus rostos pela manutenção de suas vidas. Portanto, dentro dessa relação escravo-senhor, o trabalho humano passa a ser explorado pelo próprio homem, de forma cruel e dolorosa.[9]

Naquela época, portanto, o trabalho humano era associado a algo nefasto. Sem definição literal na língua grega, as palavras *ergo* (obra) e *ponos* (esforço penoso) surgem para defini-lo.

Em sua origem latina, a palavra trabalho significa *tripalium, "um instrumento de três estacas, destinado a prender boi e cavalos difíceis de ferrar, portanto, um instrumento de tortura"*. [10] No latim, a palavra *labor* também é empregada para designar a palavra trabalho, indicando, nesse aspecto, dor, fadiga, cansaço, derivando daí a expressão "trabalho de parto".[11]

A difusão da escravidão na Idade Antiga foi possibilitada também pelo fato do trabalho, naquela época, ter assumido um sentido material, tendo sido reduzido à coisa, revelando a escravidão uma relação na qual o escravo era uma "coisa" de propriedade do seu Senhor. Nessa qualidade, o escravo não possuía capacidade jurídica para contrair direitos e obrigações.[12]

O escravo não escolhia ser escravo ou senhor. O fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de sofrer condenação penal e de descumprir obrigações tributárias representam algumas situações que guinavam uma pessoa à condição de escravo.[13]

Nesse contexto, verifica-se que era, àquela época, inconcebível falar-se em Direito do Trabalho, haja vista que este, como já visto,

---

9. ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego**: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005, p. 13-14.

10. CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 390.

11. CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 390.

12. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 55.

13. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 54.

pressupõe uma relação jurídica, que, por sua vez, exige a presença de dois sujeitos de direito, o que, sob a ótica escravista, não era possível, uma vez que o escravo era apenas um objeto jurídico.

Passando-se para o período da Idade Média, chega-se à servidão, modalidade de trabalho em que o homem – até então escravo – alcançou o *status* de sujeito de direito. As semelhanças entre as realidades da escravidão e da servidão quanto ao escravo/servo, todavia, eram muitas, a começar pelo fato de que os meios de produção continuavam a pertencer a somente alguns membros da sociedade: os senhores feudais.[14]

Outrossim, àquela época, ainda não se podia falar em trabalho juridicamente livre uma vez que, em que pese o escravo ter conquistado a condição jurídica de indivíduo, sua liberdade não era manifestada na prática, podendo o Senhor, inclusive, mobilizar os servos obrigatoriamente para a guerra.[15]

Portanto, dentro de uma realidade predominantemente agrária, aos servos – escravos alforriados ou homens livres que tiveram que pedir proteção aos senhores feudais em razão da invasão de suas terras pelos Estados e, posteriormente, pelos bárbaros – era confiado o trabalho. Todavia, em troca deste trabalho, os servos se viam obrigados a pesadas cargas de trabalho, podendo ainda ser maltratados ou encarcerados pelo senhor, *"que desfrutava até mesmo do chamado jus primae noctis, ou seja, direito à noite de núpcias com a serva da gleba que se casasse".*[16]

O modelo de trabalho que antecede à Revolução Industrial e, por via de conseqüência, a relação empregatícia, é o vivido dentro das estruturas das Corporações de Ofício.

Com o fim da Idade Média e o surgimento da Idade Moderna (1453 – Queda de Constantinopla), houve o reaparecimento das cidades, esquecidas no feudalismo, em virtude do êxodo rural, o que fez surgir

---

14. PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho. Uma releitura necessária.** São Paulo: LTr, 2009, p. 21.

15. SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, vols. I e II, p. 30.

16. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 59.

uma nova organização de trabalho (as corporações de ofício), em que pese, o que é sempre bom frisar, a escravidão ainda ter se mantido enquanto forma de exploração do trabalho humano em muitos lugares do mundo, principalmente nas Américas, com a escravização de índios e negros pelos espanhóis e portugueses. No Brasil, por exemplo, a escravidão se manteve, legalmente, até o final do século XIX, quando foi publicada a Lei Áurea – Lei Imperial n. 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888.

Na grande parte da Europa, entretanto, o início da Idade Moderna marcou também o surgimento das Corporações de Ofício. Todavia, tal sistema ainda era incompatível com o Direito do Trabalho, uma vez que o trabalho de então ainda não era livre, já que somente se permitia o exercício da profissão aos que fizessem parte da corporação.

Essa realidade estrutural das Corporações, que compreendia aprendiz, companheiro e mestre, fazia com que surgissem, muitas vezes, desacordos dentro de uma mesma corporação ou entre corporações, motivo convencionou-se dizer que o sistema das corporações de ofício não passava *"de uma fórmula mais branda de escravização do trabalhador".*[17]

A extinção das Corporações de Ofício se deu através da Lei Lê Chapelier[18], de 17 de junho de 1791, quando se passou, portanto, a se preconizar a liberdade do trabalho como direito do homem, que passa, assim, a prestar seu trabalho de forma juridicamente livre, dando espaço, assim, a consolidação da relação de emprego como objeto do Direito do Trabalho.

Em escala mundial, o fim da forma escrava de trabalho, a superação da servidão enquanto forma de organização do trabalho e a extinção do sistema das corporações de ofício fizeram com que surgisse uma nova figura: o assalariado.

---

17. SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, vols. I e II, p. 31.

18. Importante destacar, como bem assinalado pelo professor Amauri Mascaro, que a referida Lei não somente extinguiu as Corporações de Ofício como também tornou ineficaz toda e qualquer regulamentação coletiva. Nesse sentido, nenhum acordo coletivo poderia ser celebrado nas relações profissionais, sendo a locação de serviços e, posteriormente, o contrato individual de trabalho, a única fonte legal passível de aplicação às relações de trabalho. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005).

As cidades, novos centros de produção em lugar do campo, passaram a aglomerar milhares de trabalhadores juridicamente livres, mas sem terra para trabalhar, sem corporações para ingressar, ou seja, sem ter como se sustentar. Assim, inevitavelmente, aqueles que não eram detentores dos meios de produção, acabariam por encontrar algo ou alguém a quem se sujeitar. Foi justamente o que aconteceu.

Àquela época, já havia sido iniciada na Inglaterra a primeira Revolução Industrial, o que possibilitou uma produção em larga escala, alterando, ao passar do tempo, substancialmente, a relação entre o dono da empresa e o trabalhador, fazendo com que o primeiro passasse a raciocinar somente de forma lucrativa, buscando, a qualquer custo, o aumento da produção e o segundo lutando, de todas as formas, para reduzir as condições míseras a que era submetido na prestação do seu trabalho.

Juntamente com a Revolução Industrial, a Revolução Francesa (1789) abriu um campo fértil para o surgimento do assalariado, trabalhador juridicamente livre que se vinculava ao tomador dos serviços no exercício de sua liberdade.

O direito fundamental à liberdade, tão desejada pela burguesia que acabara de ascender ao poder, exigia, para sua materialização, um Estado mínimo, caracterizado por uma ação exclusivamente política. O Estado liberal garantia ao cidadão somente uma proteção de suas liberdades individuais.

O Estado liberal, então, se mantinha alheio ao campo social e econômico, assumindo uma posição passiva e contemplativa com relação às relações travadas entre os particulares. Era o Estado do *laissez faire et laissez passer* que vigorou nos séculos XVIII e XIX.[19]

Dentro desse contexto de liberdade e de omissão estatal, o novo trabalhador – o assalariado – se viu sem condições de, sozinho, conquistar um trabalho digno, condizente com sua condição de ser humano. Era aceitar o trabalho da maneira que lhe era imposto ou morrer de fome.

O sistema capitalista de produção, marcado pela exploração da mais-valia, ou seja, pela venda da força de trabalho humano em troca

---

19. JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do poder público.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

de um salário; a filosofia individualista de liberdade da Revolução Francesa; o emprego em larga escala de mulheres e crianças nas fábricas – as chamadas "meias-forças" –; a ausência do Estado, tudo isto fez com que os novos trabalhadores fossem colocados em uma situação de miséria sem precedentes, o que culminou nos primeiros movimentos de protesto, inclusive resultando em rebeliões, com a destruição das máquinas, tudo em prol de condições mais dignas de trabalho. Era a formação da consciência de classe.[20]

A consciência de classe passou a reclamar do Estado uma atuação positiva nas relações privadas. Era a passagem do Estado liberal para o Estado social; era a transformação da omissão na atuação estatal; era a materialização da igualdade jurídica.

Não bastava mais um Estado omisso, contemplativo. A sociedade, sobretudo a sua parcela proletária, clamava por uma intervenção e proteção estatal de modo a minimizar os efeitos gerados por uma liberdade exacerbada.

Portanto, a existência de um trabalhador juridicamente livre, capaz, portanto, de contrair direitos e obrigações através de um contrato, mas sócio-economicamente desigual ao tomador dos serviços, possibilitou toda a construção histórica do Direito do Trabalho.

Isso porque a liberdade jurídica conquistada e defendida a todo custo pela burguesia francesa acabou por escravizar o trabalhador que, sem acesso à propriedade dos meios de produção, só tinha um caminho para garantir sua subsistência: vincular-se ao tomador dos serviços através de um contrato de trabalho.

Como, no exercício da autonomia privada[21], o trabalhador, desigual sócio-economicamente ao tomador dos serviços, acabava por não ter condições de discutir as bases contratuais, caberia ao Estado

---

20. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Edson. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. rev. e atual. por Jose Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pg. 01.

21. Vale ressaltar que, atualmente, fala-se em autonomia privada, evolução daquilo que, na época do Estado liberal, se denominava autonômica da vontade. A distinção não é meramente terminológica, mas sim conceitual. Se, de acordo com a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obrigava por meio da declaração de vontade, independentemente das demais circunstâncias na qual o negócio jurídico tivesse inserido, no caso da teoria da autonomia privada, a manifestação da vontade humana, por si só, não tem o condão de criar, modificar ou extinguir direitos. Somente a manifestação da vontade que estiver de acordo com o orde-

estabelecer limites para essa nova forma de exploração do trabalho humano: o contrato de trabalho.

1.2. A crise do direito do trabalho

Após a fase de autonomia e constitucionalização do Direito do Trabalho, tem-se, a partir da segunda metade do século XX, especialmente nos anos de 1973/74, período em que o mundo vivenciou a crise do petróleo, a fase crítica do Direito do Trabalho, resultado de uma conjuntura de fatores sociais, econômicos, políticos e tecnológicos, que fizeram com que fosse repensada a lógica deste Direito.

O Estado social, a partir da segunda metade do século XX, passa a ser contestado pela classe empresarial, sendo guinado à condição de vilão das crises econômicas que assolavam o mundo.

A intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas passava a ser questionada. Se, em determinado momento, reclamou-se do Estado uma intervenção para minimizar as desigualdades sociais, passou-se, a partir da segunda metade do século XX, a se reclamara mais uma vez uma afastamento Estatal para se permitir o desenvolvimento econômico.

O que fazer, então, para suprir tais exigências? Quais os caminhos que poderiam ser seguidos? Inicia-se, nesse momento, a formação do Estado neoliberal, uma tentativa de criação de um Estado intermediário entre o Estado liberal e o Estado social.

A crise do Direito do Trabalho perpassa, portanto, pela crise do próprio Estado e pela crise do trabalho[22], sendo aquela marcada pelos fenômenos da globalização e do neoliberalismo e esta pela alteração do modelo de produção e conseqüentemente pelos fenômenos da flexibilização e desregulamentação das leis trabalhistas.

A globalização possibilitou ao sistema capitalista de produção a internacionalização ou interligação da economia[23]. Tratou-se de uma

---

namento jurídico é capaz de gerar as conseqüências pretendidas. (BORGES, Roxana Cardoso. **Direitos da personalidade e autonomia privada.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 51-55).

22. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade.** São Paulo: LTr, 2009, pg. 23-58.

23. "A criação dos blocos econômicos e a interligação da economia consolidaram o que se chama globalização". (GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos.

resposta às crises vivenciadas pelo capitalismo a partir do final dos anos sessenta.

Dentre os fatores que levaram ao declínio apontado, pode-se apontar a queda da taxa de lucro, o aumento do preço da força de trabalho, o esgotamento do padrão taylorista e fordista de produção e a crise do Estado do Bem-Estar-Social.

Assim, diante também das crises do petróleo ocorridas nos anos de 1972 e 1973, do fim da Guerra Fria decorrente da implosão do império soviético e da revolução tecnológica iniciada àquela época, era preciso fazer algo.

Como destaca Márcio Túlio Viana[24]

> [...] uma das soluções foi invadir mercados alheios. E então, como nas guerras, uma a uma foram caindo as barreiras nacionais, embora sempre menos nos países de ponta que nos periféricos. Estava inventada a globalização.

É claro, como reconhece o referido Autor, que já se globalizava há milênios, todavia, em outras proporções. O desenvolvimento da tecnologia, sobretudo da informática, passou a possibilitar que pessoas invadissem mercados alheios sem saírem sequer do lugar.

A globalização, portanto, passou a permitir um novo processo de expansão do capitalismo, desta vez não só como um modelo de produção, mas também como um modo civilizatório de escala mundial, envolvendo regimes políticos, culturas, organizações, nações e nacionalidades.[25]

Seja qual for a amplitude que se conceda à globalização, o fato é que ela, juntamente com o ideal neoliberal nascido após a derrocada

---

Reestruturação Produtiva, Globalização e Neoliberalismo: Reflexos no Modelo Brasileiro e suas Conseqüências na Legislação Trabalhista. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004. p. 214).

24. VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social ao Trabalhador no Mundo Globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p. 158.

25. REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado Social e Negociação Coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p. 192.

do *welfare state* ou Estado do bem-estar-social[26], alterou substancialmente a forma de produção e conseqüentemente às relações de trabalho, até porque a concorrência comercial mundial gerada pela globalização exige dentre outras coisas, uma melhor qualidade dos produtos e serviços e uma redução nos custos da produção, o que afeta, diretamente, a classe operária.[27]

Dentro desse contexto de globalização e de redução de custos, o sistema de produção é significativamente alterado. O Fordismo, modelo de produção criado por Henry Ford e até então hegemônico, se caracterizava pela verticalização da empresa e pela concentração de grandes massas de trabalhadores assalariados nas fábricas – era o período industrial do capitalismo. Naquela época, se acentuou também os métodos tayloristas de divisão do trabalho, motivo pelo qual o referido modelo passou a ser denominado fordista/taylorista.

Era também característico do fordismo a produção em massa, o grande estoque de produtos, o que acabou fazendo, em determinado momento, com que a produção superasse o consumo, tornando aquele modelo de produção desinteressante e prejudicial ao sistema capitalista, motivo pelo qual surgiu a necessidade de se repensar, de se alterar o modo de produção. Surge então o toyotismo[28].

A fábrica se horizontaliza, busca-se a empresa enxuta, com eliminação dos estoques, pequena fisicamente, porém gigantesca economicamente, reduz-se os custos da produção, transfere-se tudo o que for possível através do fenômeno da terceirização, transformando a grande fábrica somente em uma mera gerenciadora. Instala-se o processo de *outsourcing*[29].

---

26. Souto Maior destaca que: "Caminha junto à globalização a doutrina neoliberal, que, no fundo, sustenta: o mercado é bom, as interferências do Estado são ruins". (MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social.** São Paulo: LTr, 2000, p. 130).

27. SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, vols. I e II.

28. "Toyotismo, como o próprio nome diz, é o modelo de produção adotado pela fábrica japonesa de automóveis, a Toyota, que, na verdade, representa um modo de pensar a produção". (MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de Emprego & Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2007, p. 31).

29. "No movimento pendular da história moderna, o ponto de absorção do trabalho humano alternou momentos de predominância de força centrípeta e de força centrífuga: arregimentação para dentro da empresa, *insourcing* (fordismo,

As empresas deixam de estocar mercadorias que, agora, são produzidas com alto grau de especialização, mas em pequena escala. A produção passa a ser feita de acordo e tão somente para atender à demanda.[30]

Como se vê, a mentalidade é a mesma: acumular capital, lucrar através da exploração da força de trabalho, o que se altera é a forma como isto é alcançado, antes, através de uma empresa verticalizada, de produção em massa, com grande estoque de produtos, representada pelos operários dentro das fábricas, reunidos, fardados, com as tarefas devidamente divididas de acordo com o ideal taylorista.

Agora, busca-se a mais-valia através de uma empresa enxuta, pequena fisicamente, predominantemente gerenciadora, horizontalizada, que não se interessa mais com empregados trabalhando no interior de sua fábrica, querem-nos distantes, empregando suas forças de trabalho nas empresas terceirizadas. Essa nova empresa flexível acabou também por inaugurar uma nova ótica trabalhista, aumentando o desemprego, o subemprego e tornando o emprego legítimo, decorrente do contrato individual do trabalho, algo extremamente raro.

O toyotismo, portanto, rompe com a sistemática do fordismo de apartar o saber do fazer, de reduzir o trabalho do empregado a uma ação mecânica e repetitiva. O modelo pós-fordista, ao contrário, busca compor uma equipe cooperativa, transformando o empregado em colaborador.

Agora, busca-se no trabalhador não só uma atividade mecânica e repetida. Requer do trabalhador um empenho, o desenvolvimento de um comprometimento, uma alta especialização.

O empregado, então, torna-se um colaborador, um trabalhador que, tendo como regra o sistema de pagamento baseado na produção,

---

taylorismo); dispersão para fora da empresa *outsourcing* (toyotismo/*ohnismo* e produção flexível/pós-toyotismo)". (RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Que é isto – O Direito do Trabalho?* In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p. 24)

30. DELGADO, Gabriela Neves. O Mundo do Trabalho na Transição entre os Séculos XX e XXI. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004, p. 132.

é fiscal da sua própria atividade. O novo empregado, então, internaliza o poder diretivo.[31]

Assim, a externalização da produção, a transformação do trabalhador em colaborador, as invenções tecnológicas e o mundo globalizado acabam por inaugurar uma crise no Direito do Trabalho representada pela seguinte questão: quem o Direito do Trabalho se destina a proteger?

A pergunta em questão, até então facilmente respondida dentro do modelo fordista de produção, quando aquele que efetivamente dependia da proteção estatal em razão da sua desigualdade socioeconômica se confundia com o trabalhador subordinado que trabalha nas linhas de montagem das fábricas e indústrias, passou a se tornar o grande questionamento a ser respondido pelos estudiosos do Direito do Trabalho.

Isto porque, dentro do processo econômico e social desencadeado pelo pós-fordismo, se diagnosticou a existência de diversos trabalhadores que, em que pese não enquadrados como empregados em razão da ausência de subordinação jurídica[32], se encontram, de igual maneira, em uma posição socioeconômica inferior ao tomador de serviços, sendo, portanto, igualmente hipossuficientes.

A realidade acima apontada desertou, inicialmente na Espanha, o debate acerca da necessidade de proteção de trabalhadores autônomos que, em razão de sua dependência econômica a um determinado tomador de serviços, faz jus a uma proteção trabalhista por parte do Estado.

É justamente acerca da experiência espanhola de proteção do trabalhador autônomo economicamente que este trabalho ocupará as seguintes linhas.

---

31. OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 36.

32. Entendida aqui em sua acepção clássica de exercício do poder diretivo por parte do empregador.

2. A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR AUTÔNOMO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

2.1. A experiência espanhola

Constitucionalmente, a Espanha, no item 1 do artigo 35 de sua atual Constituição (1978)[33] garante a todos os espanhóis o direito ao trabalho, bem como, no mesmo dispositivo, impõe a todos os espanhóis o dever de trabalhar.

No artigo 40 da referida Constituição, a Espanha evidencia que o trabalho representa um dos fundamentos ao progresso social, na medida em que, no item 1 do referido dispositivo, ao propor a distribuição de renda regional e pessoal mais equitativa como base de uma política de estabilidade econômica, propõe a busca pelo pleno emprego.

O trabalho, então, na Espanha, analisado de forma genérica e não resumida à relação de emprego que, em verdade, constitui apenas uma das espécies das diversas relações de trabalho existentes, representa um dos objetivos do Estado espanhol na promoção do progresso social.

Dentro desse caminho de proteção ao trabalho, a Espanha iniciou um processo de proteção a trabalhadores que não são tipicamente empregados, como, por exemplo, ocorreu no caso do art. 3º, item 1, da Lei Orgânica da Liberdade Sindical que possibilita a sindicalização de trabalhadores por conta própria, bem como no caso do art. 3º, item 1, da Lei de Prevenção de Riscos Laborais (Lei n. 31/95).[34]

Assim, na Espanha, em que pese o item 1 do artigo 1º do Estatuto dos Trabalhadores consagrar que o referido Estatuto somente será aplicado aos trabalhadores que voluntariamente prestem serviços retribuídos por conta alheia e dentro do âmbito de organização e

33. A redação original do dispositivo em questão dispõe que: "Artículo 35. 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a uma remuneración suficiente para satisfacer SUS necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores".

34. PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea.** São Paulo: LTr, 2009, p. 70.

direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário[35], o legislador, ao longo dos anos, passou a conferir aos trabalhadores não enquadrados no referido conceito de empregado um certo grau de proteção.

Vale ressaltar, inclusive, que a letra g do item 3 do artigo 1º do Estatuto dos Trabalhadores exclui expressamente do âmbito de aplicação da referida norma os trabalhadores por conta própria – trabalhadores autônomos – na medida em que exclui aqueles trabalhadores que não desenvolvam suas atividades dentro do âmbito de organização e direção de outrem.[36]

Sobre o tema em questão, explica a professora espanhola Margarita Apilluelo Martín que: "Ao trabalhador autônomo, portanto, não se aplica o Estatuto dos Trabalhadores que, como norma básica e central do Direito do Trabalho, se ocupa precisamente dos trabalhadores com interesses contrapostos aos interesses dos empresários [...]".[37]

Todavia, a exclusão dos trabalhadores autônomos do âmbito de aplicação do Estatuto dos Trabalhadores – norma aplicada ao trabalhador empregado – não impediu, na Espanha, o processo de proteção do trabalhador autônomo, em especial aquele trabalhador autônomo que é juridicamente autônomo, mas economicamente dependente.

Essa nova espécie de trabalhador autônomo, conforme destacada a professora Margarita Apilluelo Martín, decorre do novo modelo econômico de produção baseado nas novas tecnologias de informação e comunicação, na crescente descentralização produtiva, na globalização das atividades e na flexibilização laboral.[38]

---

35. A redação original do dispositivo em questão consagra que: "Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresário".

36. Dispõe o referido dispositivo que: "[...] 3. Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: [...] g. En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo".

37. MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autônomo: especialmente del pequeno e del dependiente.** Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 12. (tradução do autor).

38. MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador**

O referido trabalhador, entretanto, em que pese juridicamente autônomo, conserva características similares ao trabalhador ordinário, quais sejam: desenvolve sua atividade no centro de trabalho do tomador de serviços; possui uma jornada de trabalho e um horário em que pese com certa autonomia; utiliza os materiais e instrumentos da própria empresa; seu trabalho forma parte de um plano empresarial e; a retribuição que recebe do empresário constitui seu meio fundamental de vida.[39]

Por todos esses motivos, a doutrina espanhola, aqui representada pela professora Margarita Apilluelo Martín, passou a propor um Direito do Trabalho regulador e tutelador do trabalho em geral, independentemente do título jurídico que relaciona o trabalhador ao empregador.[40]

No ano de 2006, na obra já citada, a referida professora expressou a necessidade de elaboração de um estatuto próprio que reconhecesse os direitos sóciolaborais e regulasse expressamente o regime jurídico dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes.[41]

Dentro desse contexto, no ano de 2007, foi publicada, na Espanha, a Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 que instituiu o Estatuto do Trabalhador Autônomo, documento legislativo este que regulamenta tanto a atividade do trabalhador autônomo típico quanto a atividade do "TRADE", o trabalhador autônomo economicamente dependente.

---

autônomo: especialmente del pequeno e del dependiente. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 13.

39. MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autônomo: especialmente del pequeno e del dependiente.** Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 13.

40. MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autônomo: especialmente del pequeno e del dependiente.** Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 14.

41. MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autônomo: especialmente del pequeno e del dependiente.** Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 14.

2.2. A Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007

2.2.1. Os fundamentos da lei e o preâmbulo

Fruto de intensos debates havidos no campo político Espanhol e baseado em diversos trabalhos e artigos especializados publicados sobre o referido assunto, a maioria deles, inclusive, financiados pelo próprio Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais da Espanha[42], o Estatuto do Trabalho Autônomo ganhou corpo através da Lei n. 20/07, publicada no dia 11 de julho de 2007.

O preâmbulo da referida Lei apresenta, inicialmente, dispositivos da Constituição Espanhola que, sem fazerem menção expressa ao trabalho por conta alheia, acabam por reconhecer alguns direitos aplicáveis aos trabalhadores autônomos. Cita o referido preâmbulo, por exemplo, o item 1 do artigo 35[43] da Constituição Espanhola que reconhece, para todos os espanhóis, o direito ao trabalho e o dever de trabalhar e o artigo 41[44] que trata do regime público de Seguridade Social para todos os cidadãos.

O preâmbulo da referida Lei, destacando a importância temática do projeto em questão, destaca que a Lei em questão representa o primeiro exemplo da regulação sistemática e unitária do trabalho autônomo na Europa. Até então, a Espanha, assim como todos os demais países europeus, tratara da figura do trabalhador autônomo de forma dispersa por toda a legislação social, especialmente a legislação de seguridade social e de prevenção de riscos.

Trata ainda o preâmbulo da referida legislação dos aspectos econômicos e sociais que justificaram a elaboração de um conjunto

---

42. PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea.** São Paulo: LTr, 2009, p. 71.

43. Artículo 35. 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a uma remuneración suficiente para satisfacer SUS necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores".

44. Artículo 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

normativo destinado à regulação do trabalho prestado pelo trabalhador autônomo, em especial o trabalhador autônomo economicamente dependente.

Dentre os aspectos em questão, o referido preâmbulo destaca o novo modelo de produção e organização empresarial, bem como o desenvolvimento da informática e das telecomunicações, fatores estes que ocasionaram o aumento considerável dos trabalhadores considerados autônomos.

Importante dado estatístico trazido pelo preâmbulo da Lei n. 20/07 refere-se ao número de trabalhadores autônomos filiados à seguridade social. Destaca o texto em questão que, em 30 de junho de 2006, o número total de trabalhadores autônomos filiados ao sistema de seguridade social totalizava 3.315.707, sendo que 2.213.636 correspondem a pessoas físicas que realizam atividades profissionais nos distintos setores econômicos.

O curioso é que, conforme destaca o texto do preâmbulo, do total de trabalhadores autônomos pessoas físicas filiados ao sistema de seguridade social (2.213.636), 1.755.703 são trabalhadores autônomos que não possuem empregados próprios e 330.000 são autônomos que somente possuem um ou dois assalariados. Assim, conclui o texto dizendo que 94% dos autônomos pessoas físicas que realizam uma atividade profissional ou econômica não possuem assalariados ou possuem somente um ou dois empregados.

Trata-se, portanto, de um dado extremamente relevante na medida em que o trabalhador autônomo, pensado classicamente, se confunde com a figura do empresário, pessoa física ou jurídica que organiza os fatores de produção: capital e trabalho.

Assim, o surgimento de trabalhadores juridicamente autônomos que não possuem capacidade de organização dos fatores de produção e, por conta disto, acabam tornando-se economicamente dependentes de outrem, representa o motivo pelo qual a Lei n. 20/07 se propôs a regular e proteger a referida atividade.

2.2.2. A estrutura do Estatuto do Trabalho Autônomo

A Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 – Estatuto do Trabalho Autônomo – possui 29 artigos, distribuídos em 05 títulos, contendo ainda 19 disposições adicionais, três disposições transitórias, uma derrogatória e seis disposições finais.

O título I do Estatuto do Trabalho Autônomo delimita o âmbito subjetivo de aplicação da Lei, definindo genericamente o trabalhador autônomo, sem se limitar ao trabalhador adicional:

> Nesse aspecto, a lei não se limita ao trabalhador autônomo tradicional, ou seja, àquele titular de um empreendimento comercial, profissional ou rural que desenvolve seus projetos de forma autônoma. Mais do que isso, a lei amplia sua regulação a outras figuras heterogêneas e trata de estabelecer uma regulação comum, respeitando algumas de suas peculiaridades. Assim, a lei cuida da figura do empreendedor, que pé aquele que se encontra em uma fase inicial de atividade profissional, a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente que, não obstante sua autonomia funcional, trabalha sob dependência econômica de um único ou preponderante cliente. Cuida também dos sócios trabalhadores de cooperativas e sociedades laborais e dos administradores de sociedades mercantis.[45]

O título II regula o regime profissional do trabalhador autônomo em três capítulos. O capítulo primeiro estabelece as fontes do regime profissional do trabalhador autônomo, deixando clara sua natureza civil ou mercantil; o capítulo II se refere ao regime profissional comum para todos os trabalhadores autônomos, estabelecendo um rol de direitos e deveres, assim como um conjunto de normas em matéria de prevenção de riscos laborais, proteção de menores e garantias econômicas; o reconhecimento e a regulação da figura do trabalhador autônomo economicamente dependente fica reservado ao capítulo III.

O título III trata dos direitos coletivos de todos os trabalhadores autônomos, definindo a representatividade de suas associações conforme critérios objetivos. O título III cria também o Conselho do Trabalho Autônomo, órgão consultivo do governo em matéria socioeconômica e profissional relativa ao trabalho autônomo.

O regime e os princípios do sistema de proteção social está previsto no Título IV que, igualmente, reconhece as normas gerais sobre filiação, cotização e ação protetora da seguridade social dos trabalhadores autônomos.

---

45. PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea.** São Paulo: LTr, 2009, p. 71-72.

O título V, por fim, vincula-se ao fomento e promoção do trabalho autônomo, estabelecendo, dentre outras circunstâncias, medidas dirigidas a promover a cultura empreendedora.

2.2.3. Âmbito de aplicação do Estatuto

Conforme assinalado no capítulo anterior, o âmbito de aplicação subjetivo do Estatuto do Trabalho Autônomo está disciplinado no título I da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007, através de dois artigos.

O artigo 1º trata dos trabalhadores que estão incluídos no âmbito de aplicação do Estatuto do Trabalho Autônomo. O item I do artigo 1º estabelece que o referido estatuto será aplicado as pessoas físicas que realizam de forma habitual, pessoal, direta, por conta própria e fora do âmbito de direção e organização de outra pessoa, uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo, tendo ou não empregados.

Registre-se, por oportuno, que o conceito trazido pela primeira parte do item I do artigo 1º do Estatuto do Trabalho Autônomo encontra-se diametralmente oposto ao conceito trazido pelo item 1 do artigo 1º do Estatuto dos Trabalhadores – diploma jurídico espanhol que regula o trabalho do empregado típico – que conceitua o empregado como o trabalhador que, voluntariamente, preste serviços retribuídos por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador ou empresário.

Assim, se o trabalhador que se encontra no âmbito do Estatuto do Trabalho Autônomo deve prestar um trabalho por conta própria e fora do âmbito de direção e organização de outra pessoa, o trabalhador (empregado) regido pelo Estatuto do Trabalhador espanhol deve prestar um serviço por conta alheia e dentro do âmbito de organização e direção de outrem.

Diz ainda o item 1 do artigo 1º que também será de aplicação do Estatuto do Trabalho Autônomo os trabalhos realizados de forma habitual pelos familiares das pessoas definidas na primeira parte do item 1 que não tenham a condição de trabalhadores por conta alheia.

O item 2 do artigo 1º apresenta um rol de trabalhadores que, se preenchidos os requisitos trazidos pelo item 1 do artigo 1º, são declarados expressamente incluídos do âmbito de aplicação do Estatuto do Trabalho Autônomo, como, por exemplo, os sócios industriais de

sociedades regulares coletivas e de sociedades comanditárias e os trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

Por fim, o artigo 2º do Estatuto do Trabalho Autônomo exclui expressamente do seu âmbito de aplicação as prestações de serviços que não se integrem no conceito do item 1 do artigo 1º, especialmente as relações de trabalho por conta alheia; a atividade que se limita pura e simplesmente ao mero desempenho de cargo de conselheiro ou membro dos órgãos de administração das empresas que possuam a forma jurídica de sociedade e; as relações laborais de caráter especial a que se refere o artigo 2º do Estatuto de Trabalhadores[46], como, por exemplo, o trabalho dos presos prestado nas penitenciárias e o trabalho dos desportistas profissionais.

Verifica-se, portanto, que o Estatuto do Trabalho Autônomo trata com muita especificidade o tema relativo ao seu âmbito de aplicação subjetivo, conceituando o trabalho autônomo e declarando, expressamente, trabalhadores incluídos e excluídos de seu regime.

2.2.4. O regime profissional comum do trabalhador autônomo

O capítulo II do título II do Estatuto do Trabalho Autônomo, conforme já assinalado, traz o regime profissional comum do trabalho autônomo, trazendo um rol de direitos e deveres básicos do trabalhador autônomo.

Dentre os direitos básicos do trabalho autônomo previstos no artigo 4º do referido Estatuto, destacam-se o direito ao trabalho e a livre escolha de sua profissão ou ofício (artigo 4º, item 2, letra "a"); o direito

46. "Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial. 1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c.; b) La del servicio del hogar familiar; c) La de los penados en las instituciones penitenciarias; d) La de los deportistas profesionales; e) La de los artistas en espectáculos públicos; f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas; g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo; h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas; i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley".

à propriedade industrial (artigo 4º, item 2, letra "c"); o direito à igualdade perante a Lei e o direito a não discriminação (artigo 4º, item 3, letra "a"); o respeito à intimidade e a dignidade do trabalhador (artigo 4º, item 3, letra "c"); o direito à conciliação da vida profissional com a vida pessoal, tendo direito de suspender suas atividades em situações, por exemplo,de maternidade, paternidade (artigo 4º, item 3, letra "g").

Portanto, fica evidente que o Estatuto do Trabalho Autônomo promove uma proteção mínima ao trabalho prestado pelo trabalhador autônomo que, em que pese não seja um empregado, acaba sendo agraciado com a tutela estatal baseada no fundamento constitucional espanhol de proteção ao trabalho e não somente ao emprego.

Quanto aos deveres do trabalhador autônomo previstos no artigo 5º, cabe destacar o dever de cumprir com as obrigações contratadas (artigo 5º, "a"); o dever de cumprir com suas obrigações fiscais e tributárias previstas em lei (artigo 5º, "d").

Ainda no capítulo acerca do regime profissional do trabalhador autônomo, o legislador tratou da forma e da duração do contrato, da prevenção de riscos laborais, da proteção dos menores e das garantias econômicas.

Quanto à forma e a duração do contrato, prevê o artigo 7º da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 que os contratos poderão ser celebrados por escrito ou oralmente, podendo qualquer das partes exigir da outra, a qualquer momento, a formalização do contrato por escrito, sendo que os contratos poderão ser celebrados para a execução de uma obra ou uma série de obras, ou ainda para a prestação de um ou mais serviços, tendo a duração que as partes acordarem.

A prevenção dos riscos laborais está prevista no artigo 8º do Estatuto do Trabalho Autônomo que confere à Administração Pública um papel ativo com relação à prevenção dos riscos laborais dos trabalhadores autônomos, e confere às empresas tomadoras dos serviços o dever de vigiar e fiscalizar o cumprimento das normas de segurança e prevenção de acidentes.

A proteção dos menores prevista no artigo 9º impõe que os menores de 16 anos não poderão executar trabalho autônomo nem atividade profissional, inclusive para os seus familiares.

Quanto às garantias econômicas, prevê o artigo 10º, dentre outras, normas relativas à contraprestação recebida pelo trabalhador

autônomo, à responsabilização do empresário principal e/ou subcontratado.

Fica claro, portanto, que o regime do trabalhador autônomo consagra a proteção ao trabalho prestado por trabalhadores que, em que pese não sejam empregados, executam serviços através de contratos civis e que, por esta razão, fazem jus a uma tutela, mesmo que diferenciada da tutela conferida aos trabalhadores empregados que, no caso espanhol, são regulados pelo Estatuto do Trabalhador, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de março. Tal proteção representa o processo de expansão do Direito do Trabalho que, nas lições de Murilo Oliveira,

> [...] indica que a proteção ao trabalho é a própria proteção do homem e de sua dignidade e que, portanto, não deve se restringir a somente uma categoria de trabalhadores, os empregados.[47]

2.2.5. O regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente

Dentro do processo expansão do Direito do Trabalho, o Estatuto do Trabalho Autônomo espanhol segue a linha expansionista que prevê a proteção trabalhista na medida da dependência do trabalhador.

Assim, se ao trabalhador autônomo comum o Estatuto do Trabalho Autônomo conferiu certa gama de direitos mínimos com vistas à proteção e dignificação do trabalhador, quanto à figura do trabalhador autônomo economicamente dependente, o referido Estatuto ampliou sua proteção.

O elemento determinante dessa maior proteção ao trabalhador autônomo economicamente dependente é justamente a dependência econômica dessa espécie de trabalhador autônomo ao tomador dos serviços.

Assim, no capítulo III do título II da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007 está previsto o regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente, identificado pela sigla "TRADE".

---

47. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade.** São Paulo: LTr, 2009, p. 190.

O trabalhador autônomo economicamente dependente é identificado como sendo aquele trabalhador que realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, de quem dependem economicamente por perceberem ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho e atividades econômicas profissionais.[48]

Como se vê, o que qualifica um trabalhador autônomo como economicamente dependente é a prestação dos serviços predominantemente para uma pessoa física ou jurídica denominada cliente, de quem dependa economicamente.

No que tange à dependência econômica, o Estatuto do Trabalho Autônomo fixou um critério objetivo de percepção de, no mínimo, 75% do total dos rendimentos de trabalho e atividades econômicas profissionais executadas pelo trabalhador.

Como se vê, o Estatuto do Trabalho Autônomo adotou uma concepção relativista do critério da dependência econômica – oriundo da doutrina alemã –[49] que, inclusive, já foi muito difundido como critério definidor da própria relação de emprego, justificando na necessidade do trabalho e de sua respectiva remuneração para o trabalhador garantir sua subsistência a existência da relação de emprego.

Todavia, ao longo do tempo, o critério da dependência econômica foi sendo alvo severas críticas, sendo paulatinamente rejeitado pela doutrina e pela jurisprudência basicamente por revelar um elemento extrajurídico, sendo, portanto, para grande parte da doutrina, falho, já que podem existir trabalhadores que não necessitam daquele trabalho para sobreviver e, nem por isso, deixariam de ser empregados.[50]

---

48. Eis o teor integral do artigo 11, item 1, do Estatuto: "**Artículo 11.** Concepto y ámbito subjetivo. 1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales".

49. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, pg. 267.

50. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, pg. 267.

A crítica ao critério da dependência econômica, portanto, se baseou em duas premissas: existem trabalhadores que possuem mais de um emprego, impedindo a inserção deles na organização da empresa e; existem trabalhadores que não podem ser considerados dependentes economicamente.[51]

Seguindo a crítica ao critério da dependência econômica enquanto definidor da relação de emprego, o professor Jorge Luiz Souto Maior afirma que:

> De todo modo, como dito, o aspecto da dependência econômica não é decisivo para a configuração da relação de emprego, pois primeiro, a exclusividade não é elemento essencial do vinculo de empregatício e assim um trabalhador pode depender economicamente de mais de um contratante, tendo com cada um deles um vínculo de emprego específico; e, segundo, em uma dada relação jurídica, o trabalhador pode se vincular sem uma situação de dependência econômica com o seu contratante e mesmo assim caracterizar-se a hipótese de uma relação de emprego (*vide,* por exemplo, o caso dos juízes que se vinculam a uma instituição de ensino para ministrar aulas).[52]

Uma das premissas, portanto, volta-se para o fato de que existem trabalhadores que prestam serviços não como forma de subsistência, mas sim como forma de lazer, por amor ao ofício ou simplesmente por quererem desfrutar das oportunidades que o posto lhe proporciona.[53]

Assim, o critério da dependência econômica acabaria por excluir da tutela trabalhista trabalhadores que, em que pese não dependerem economicamente daquele labor, estão submetidos a diversas determinações do tomador do serviço.

A outra premissa apontada volta-se para o fato de que existem trabalhadores que trabalham para diversas empresas ou diversos

---

51. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade.** São Paulo: LTr, 2009, p. 74.

52. MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de Emprego & Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2007, p. 63.

53. SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004, p. 15.

tomadores de serviço, o que impede a absorção regular e integral pelo empregador dos serviços prestados pelo trabalhador.[54]

Nessas circunstâncias, não haveria como definir de quem o trabalhador dependeria economicamente já que não haveria, por parte de nenhum dos tomadores de serviços, absorção regular e integral dos serviços prestados.

É bem verdade que o professor José Martins Catharino, superando a teoria da dependência econômica em sua acepção técnica e absoluta, deixou claro que a configuração da dependência econômica não requer que o trabalhador tenha na contraprestação paga pelo empregador sua única fonte de subsistência, nem tampouco que o empregador absorva integralmente todo o tempo dedicado ou dedicável de trabalho de um determinado trabalhador.

Bastaria, numa concepção relativa de dependência econômica, que o salário recebido pelo trabalhador de um determinado tomador de serviços fosse o seu principal meio de subsistência e que esse tomador absorvesse parcial e predominantemente o tempo de trabalho disponível daquele trabalhador.[55]

A relativização do critério da dependência econômica aventada pelo professor José Martins Catharino, como se vê, foi adotada pelo Estatuto do Trabalho Autônomo espanhol que, elegendo o critério da dependência econômica para qualificar um determinado tipo de trabalhador autônomo e a este conferir maior proteção, adotou a premissa de predominância da absorção do tempo de trabalho disponível de um determinando trabalhador *("[...] predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente [...]"*) e de principal e não único meio de subsistência do trabalhador (*" [...] del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales".*)

Desse modo, então, o Estatuto do Trabalho Autônomo conceituou o trabalhador autônomo economicamente dependente, dizendo ainda,

---

54. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Edson. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. rev. e atual. por Jose Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

55. CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1982, v.1, p. 203.

no item 2 do artigo 11 que, para ser qualificado como trabalhador autônomo economicamente dependente, o trabalhador deve reunir as seguintes condições:

a) não ter a seu cargo empregados nem contratar ou subcontratar a sua atividade com terceiros;

b) não executar sua atividade de maneira conjunta e indiferenciada com os trabalhadores que prestem serviços sob qualquer forma contratual por conta do cliente;

c) dispor de infraestrutura produtiva e material próprio necessários para o exercício da atividade;

d) desenvolver sua atividade sob critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que possam receber de seus clientes;

e) perceber uma contraprestação econômica em função do resultado de sua atividade, de acordo com o pactuado pelo cliente e assumindo os riscos da atividade.

Por fim, prevê o item 3 do artigo 11 do referido Estatuto que os titulares de estabelecimentos ou locais comerciais e industriais e de oficinas e espaços abertos ao público não terão, em nenhum caso, a caracterização de trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

Portanto, o artigo 11 do Estatuto do Trabalho Autônomo conceitua o trabalhador autônomo economicamente dependente; apresenta as condições fáticas que o mesmo deve reunir para ser enquadrado como tal e; exclui categoricamente de sua configuração determinadas pessoas.

Acerca do regime profissional propriamente dito do trabalhador autônomo economicamente dependente, o Estatuto em questão, em seu artigo 12, diferentemente do que faz com relação ao trabalhador autônomo comum, exige que o contrato seja escrito e registrado no órgão público correspondente.

Ainda acerca do contrato do trabalhador autônomo economicamente dependente, o item 2 do artigo 12 exige que o trabalhador faça constar expressamente no contrato sua condição de dependência econômica com relação àquele cliente, sendo certo que a condição de dependência somente se poderá ostentar com relação a um único cliente.

No que tange às garantias destinadas ao trabalhador autônomo economicamente dependente, o artigo 14 trata da jornada de trabalho deste profissional, prevendo inclusive o direito à interrupção anual das atividades por 18 dias úteis, sem prejuízo de condição mais favorável prevista em contrato individual ou coletivo (artigo 14, item 1).

Confere-se, portanto, ao trabalhador autônomo economicamente dependente, uma interrupção anual das atividades, instituto que se assemelha às férias garantidas ao trabalhador empregado.

Dispõe ainda o Estatuto, em seu artigo 14, item 2, que o regime de descanso semanal e nos feriados, a quantia máxima de jornada e sua distribuição semanal serão fixados em contrato individual ou acordo de interesse profissional. Verifica-se, portanto, que o Estatuto garante ao trabalhador autônomo economicamente dependente descansos semanais, descansos nos feriados e previsão de fixação da jornada de trabalho.

Prevê ainda o referido Estatuto que a realização de atividade por tempo superior ao pactuado contratualmente será voluntária, não podendo exceder o incremento máximo estabelecido em acordo de interesse profissional ou, na ausência deste, o percentual de 30% do tempo ordinário de atividade individualmente acordado (artigo 14, item 3).

Portanto, fica evidente que o Estatuto destinou ao trabalhador autônomo economicamente dependente uma série de garantias relacionadas à jornada ou duração do trabalho, buscando, assim, garantir um patamar mínimo de dignidade ao trabalho prestado pelo referido trabalhador.

O artigo 15 do Estatuto prevê as possibilidades de extinção do contrato, quais sejam: o mútuo acordo, as causas validamente consignadas no contrato, morte, aposentadoria ou invalidez incompatíveis com a atividade; rescisão unilateral por justa causa ou sem justa causa, sendo necessário, nesse último caso, o aviso prévio à parte contrária.

Vale ainda destacar que a Espanha, recentemente, em sessão realizada no último dia 28 de julho de 2010, aprovou, em caráter definitivo, um *"Proyecto de Ley por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autônomos"*[56]

56. Disponível em: <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/congreso/bocg/A_055-01.PDF>. Acesso em: 30 de jul. 2010.

Como se vê, a Espanha, seguindo a linha de proteção aos trabalhadores autônomos desencadeada com a promulgação do Estatuto do Trabalho Autônomo (Lei 20/2007, de 11 de julho), aprovou, recentemente, um sistema específico de proteção para os casos de cessação da atividade dos trabalhadores autônomos.

Tal sistema de proteção abrange tanto os trabalhadores autônomos típicos quanto os trabalhadores autônomos economicamente dependentes, e compreende, por exemplo, uma prestação econômica em razão da cessação total, temporal ou definitiva da atividade por parte do trabalhador autônomo, prestação esta que, nos termos do artigo 3.1.a, possui natureza pública e está compreendida dentro da ação protetora do sistema de seguridade social espanhol.[57]

Portanto, fica claro que a regulamentação e proteção do trabalho autônomo na Espanha não foi paralisada com a edição do Estatuto do Trabalho Autônomo. Ao contrário, tal proteção vem sendo ampliada e reforçada, como ocorreu com o exemplo acima.

Quanto às garantias destinadas aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes, cumpre ressaltar ainda a previsão de interrupções justificadas da atividade profissional (artigo 16) e a competência dos órgãos jurisdicionais da ordem social para análise das pretensões judiciais dos referidos trabalhadores (artigo 17), sendo, todavia, requisito prévio para a tramitação dos processos a intenção de conciliação ou mediação ante o órgão administrativo que assuma essas funções (artigo 18).

Fica evidente, portanto, que, em razão da dependência econômica ao tomador dos serviços, o trabalhador autônomo economicamente dependente foi objeto de uma proteção mais ampla e efetiva por parte da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007.

Por fim, os direitos coletivos dos trabalhadores autônomos, os princípios gerais em matéria de proteção social e o fomento e

57. "Artículo 3. Acción protectora. 1. El sistema de protección por cese de actividad comprende las prestaciones siguientes: a) La prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad. Dicha prestación tiene naturaleza pública y está comprendida, en los términos previstos en el artículo 41 de la Constitución, dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social". (Disponível em: <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/congreso/bocg/A_055-01.PDF>. Acesso em: 30 de jul. 2010).

promoção do trabalho autônomo foram regulados pelo Estatuto respectivamente nos títulos III, IV e V.

CONCLUSÃO

Após a análise de todos os elementos abordados no presente trabalho, tanto de ordem histórica, sócio-econômica, como de ordem jurídica, verifica-se que o Direito do Trabalho, diante das alterações diagnosticadas sobretudo em razão da emergência do modelo toyostista de produção em substituição ao fordismo, precisa de adequar ao nono "mundo do trabalho".

Se, durante o Estado liberal, o Direito do Trabalho encontrou a razão de sua existência nas condições desumanas decorrentes do mito da igualdade de todos e da incontrolada autonomia da vontade, frutos da Revolução Francesa (1789), durante o Estado do bem-estar social, o Direito do Trabalho encontrou seu apogeu, sua fase de proteção, de elevação do padrão mínimo das condições dos trabalhadores, revelando-se, inclusive, uma das ferramentas do próprio sistema capitalista para o aumento do consumo da sociedade.

Todavia, durante o Estado neoliberal, o Direito do Trabalho passa a ser colocado em uma posição incômoda, de vilão do retrocesso econômico, de fator impeditivo do desenvolvimento econômico da sociedade.

Dentro deste contexto, flexibiliza-se, externaliza-se a produção, enxuga-se a empresa, transforma-se o empregado em novas figuras, retirando-lhes, assim, a proteção até então conferida do Direito do Trabalho.

Portanto, diante de todo esse quadro, o Direito do Trabalho reage através de ampliação da ampliação do seu âmbito subjetivo de proteção: protege-se não mais somente o trabalhador empregado, protege-se, por exemplo, também o trabalhador autônomo, como vivenciado na experiência espanhola da Lei n. 20/07 de 11 de julho de 2007.

A proteção ao trabalhador autônomo, sobretudo o trabalhador autônomo economicamente dependente, revela que o Direito do Trabalho, finalmente, está resgatando sua existência, está reforçando sua finalidade protetiva, algo que o Direito do Trabalho nunca poderá deixar de fazer, sob pena de perder sua própria razão de ser.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego**: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1982, v.1.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. O Mundo do Trabalho na Transição entre os Séculos XX e XXI. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Edson. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. rev. e atual. por Jose Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. Reestruturação Produtiva, Globalização e Neoliberalismo: Reflexos no Modelo Brasileiro e suas Conseqüências na Legislação Trabalhista. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do poder público.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social.** São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Relação de Emprego & Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autônomo: especialmente del pequeno e del dependiente.** Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade.** São Paulo: LTr, 2009.

REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado Social e Negociação Coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Relações de trabalho na sociedade contemporânea.** São Paulo: LTr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo.** São Paulo: LTr, 1998.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Que é isto – O Direito do Trabalho?* In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, vols. I e II.

VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social ao Trabalhador no Mundo Globalizado. In: PIMENTA, José Roberto Freire (Coord.). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

Monitoramento digital do empregado: estudo comparativo do Caso Barbulsecu X Romania da Corte Européia de Direitos Humanos com a jurisprudência brasileira

Flávia Moreira Guimarães Pessoa**
Rodolfo Pamplona Filho**

SUMARIO: Introdução. 1. O Direito na sociedade pós industrial: a internet e a revolução no mundo do trabalho. 2. O Direito a privacidade no ambiente de trabalho 3. Barbulescu X Romania – Um

---

(*) Doutora em Direito Público. Pós Doutoranda pela Universidade Federal da Bahia; Professora do mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e em Direitos Humanos da UNIT e Juíza do Trabalho do TRT/20ª Região.

(**) Professor Titular do Curso de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, co-autor, organizador e co-organizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Secretaria Geral, a qual já exerceu por duas gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show "Papeando com Pamplona", produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015.

estudo de caso. 4. Privacidade X Poder Diretivo do empregador: parâmetros fixados pela Corte Européia de Direitos Humanaos e a Jurisprudência brasileira. . Considerações Finais. Referencias.

RESUMO: O artigo busca analisar o caso paradigmático Barbulescu X Romênia julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos relativo ao monitoramento digital do empregado, buscando traçar paralelo com a jurisprudência nacional e sugerindo alteração no entendimento sobre a expectativa de privacidade, através da obrigatoriedade de políticas claras de monitoramento digial, com o objetivo de preservar as garantias constitucionais de respeito a privacidade do empregado.

PALAVRAS chave: Monitoramento Digital, relação de emprego, Tribunal Europeu de Direitos Humanos

ABSTRACT. The article seeks to analyze the paradigmatic case Barbulescu X Romania judged by the European Court of Human Rights concerning the employee's digital monitoring , in order to describe parallel with national law and suggesting change in the understanding of the expectation of privacy , through the obligation to clear monitoring policies digial , in order to preserve the constitutional guarantees of respect for employee privacy .

KEY WORDs: Digital Monitoring , employment relationship , the European Court of Human Rights

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a possiblidade de monitoramento digital do empregado a partir do estudo do caso Barbulescu X Romênia da Corte Européia de Direitos Humanos e sua comparação com a jurisprudência brasileira.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo divide-se em quatro partes. Na primeira, analisa-se o contexto do direito do trabalho na sociedade pós industrial. Na segunda, o direito a privacidade no ambiente de trabalho. No terceiro, procede-se ao estudo do caso Barbulescu X Romênia, julgado pela corte européia de Direitos Humanos. No quarto analisam-se os parâmetros fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e compara-se com a jurisprudência brasileira e sugerem-se modificações no entendimento pátrio.

1. O DIREITO NA SOCIEDADE PÓS INDUSTRIAL: A INTERNET E A REVOLUÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO

Este tópico busca situar o direito do trabalho frente ao novo paradigma da pós-modernidade. A primeira pergunta que surge, então, é

saber em que consiste exatamente esse novo paradigma da sociedade pós-industrial.

Para chegar a uma resposta, é mister salientar o que se entende por sociedade industrial, bem como expor a passagem à chamada sociedade pós-industrial. Aliada a essa transição, surge também a noção de modernidade e pós-modernidade[1]. Sobre a sociedade industrial, pode-se enumerar, na esteira de Domenico de Masi (2003, p. 19) uma série de características essenciais. Dentre elas, o autor ressalta a concentração de grandes massas de trabalhadores assalariados nas fábricas, ou seja, o predomínio numérico dos trabalhadores no setor secundário. Menciona ainda o predomínio da contribuição prestada pela indústria à formação da renda nacional, bem como a aplicação das descobertas científicas ao processo produtivo na indústria. Há que frisar, também, a racionalização progressiva e aplicação da ciê4ncia na organização do trabalho, bem como a divisão social do trabalho e sua fragmentação técnica cada vez mais capilar e programada.

Saliente-se, no contexto da virada da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial que a evolução histórica está intimamente

---

1. Boaventura de Souza Santos (2000, p. 139) destaca que o paradigma da modernidade fica associado ao desenvolvimento do capitalismo, que seria dividido em três períodos: o primeiro, do capitalismo liberal, cobre todo o século XIX, sendo suas últimas três décadas de transição. O segundo, do capitalismo organizado, começa nos finais do século XIX e atinge o desenvolvimento máximo no período entre as duas grandes guerras e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; finalmente, o terceiro período, do capitalismo desorganizado, começa no final dos anos 60 do século XX e continua até hoje. O autor analisa os três períodos para concluir que o primeiro período já mostra que o projeto sociocultural da modernidade é demasiado ambicioso e internamente contraditório. O segundo cumpre algumas promessas da modernidade e deixa outras por cumprir, ao tempo em que trata de esconder seus fracassos. O terceiro é caracterizado por três pontos: as conquistas não são irreversíveis; os fracassos não serão solucionados e esse *défict,* além de ser irreversível, é muito maior do que se pensava. No terceiro período do capitalismo, o citado autor ressalta a crise do direito regulatório, que revela, segundo o autor, que quando posto a serviço das exigências regulatórias do Estado constitucional liberal e do capitalismo hegemônico, o direito moderno – reduzido a um direito estatal científico – foi eliminando a tensão entre regulação e emancipação que originalmente lhe era constitutiva. Assim, no primeiro período a emancipação foi sacrificada às exigências regulatórias dos Estados e confinada quase só a movimentos anti-sistêmicos No segundo, a regulação estatal nos países centrais tentou integrar esses projetos emancipatórios anti-sistêmicos, desde que fossem compatíveis com a produção e reprodução social capitalista. No terceiro período, esta falsa síntese evoluiu para a mútua desintegração da regulação e da emancipação (SANTOS, 2000, p. 164).

associada ao desenvolvimento tecnológico[2]. Nesse aspecto, Galbraith (2007, p. 68) menciona que tecnologia significa a aplicação de conhecimento científico ou outro conhecimento organizado a tarefas práticas. Assim, sua conseqüência mais importante, no que tange à ordem econômica, está em forçar a divisão e subdivisão de qualquer tarefa em suas partes componentes. O autor, neste tópico, identifica o dinamismo tecnológico, o emprego maciço de capital e a organização eficiente como características de um novo estado industrial.

Daniel Bell (1977, p. 35) aponta dimensões que permitem definir a passagem da fase industrial à pós-industrial. Assim, no setor econômico destaca-se a passagem de uma economia produtora de bens para uma economia de serviço. Na distribuição de ocupação, verifica a importância da classe de profissionais qualificados e técnicos. Constata-se, também, o caráter central do conhecimento teórico como fonte de inovações e formulação de políticas para a sociedade. Ademais, o autor ressalta a perspectiva de controle e valorização da tecnologia.

Manuel Castells (2007, p. 266) observa que a teoria clássica do pós industrialismo funda-se em três premissas principais:

a) a fonte de produtividade e crescimento reside na geração de conhecimentos, estendidos a todas as esferas da atividade econômica mediante o processamento da informação;

b) quanto mais avançada a economia, mais seu mercado de trabalho e sua produção seriam concentrados em serviços;

c) a nova economia aumenta a importância das profissões com grande conteúdo de informação e conhecimentos em suas atividades.

O autor ressalva, porém, ressalva que tais premissas não devem ser admitidas de forma acrítica, demonstrando que as três características apontadas não se unem para criar um modelo único de sociedade informacional.

E nesse contexto pós industrial, a importância da internet e a revolução na comunicação humana por ela engendrada deve ser

2. Segundo Araújo (2003, p. 30), o desenvolvimento tecnológico induziu o desenvolvimento de "duas razões paralelas": uma instrumental, voltada para o domínio técnico sobre a natureza; outra comunicativa, voltada para o aperfeiçoamento da competência internacional do gênero humano, e fonte potencial de um projeto de auto-emancipação.

destacada. Segundo Castells (2003, p. 13-15), a origem da internet se deu na década de 60 com a criação da *Arpanet* – sendo esta uma rede de computadores criada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos com a missão de mobilizar recursos de pesquisas, cujo objetivo seria alcançar a superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética. Tempos depois, criou-se uma rede independente para usos específicos militares – a *Milnet* e a *Arpanet* – tornou-se a *Arpa-Internet*, programa este que, na década de 80, deu origem a uma nova rede de comunicação entre computadores. Já nos anos 90, a maioria dos computadores norte-americanos tinha capacidade de entrar em rede. Posteriormente, muitos provedores de serviços da Internet montaram suas próprias redes e constituíram suas próprias portas de comunicações em base comerciais (DONEDA, 2006).

Assim, as tecnologias de comunicação progrediram numa velocidade sem precedentes. Com a internet, a interação da sociedade se tornou assustadoramente virtual, extraterritorial, ilimitada, heterogênea e fragmentada. (CUNHA E CRUZ, TIBURSKI, MOREIRA, 2013).

Verifica-se, nesse contexto, que o paradigma do mundo do trabalho na sociedade atual está premido pela evolução tecnológica empreendida nas últimas décadas. Com efeito, o desenvolvimento econômico baseado na introdução de novas forças produtivas foi uma constante desde a Revolução Industrial no século XVIII. A partir dos eventos desencadeados pela crise do petróleo de 1973, deu-se a articulação de uma série de tecnologias que vinham sendo desenvolvidas de forma isolada. O uso combinado da informatização, automação e biotecnologia resultou na destruição progressiva das estruturas de produção tayloristas-fordistas[3] que marcaram o desenvolvimento industrial até o terceiro quartel do século XX.

---

3. Otávio Pinto e Silva (2004, p.35) destaca que a teoria da administração científica formulada por Frederick Winslow Taylor afirmava que a disciplina do trabalho não evitava desperdícios de tempo e conseqüentes atrasos na produção, de forma que a administração científica por ele proposta consistia na divisão do processo produtivo em operações elementares, correspondentes a movimentos mecânicos, rápidos e repetitivos, executados pelo trabalhador com a utilização de máquinas padronizadas. Desta forma, as tarefas de cada trabalhador seriam minuciosamente controladas, com a fixação de metas para eliminar quaisquer desperdícios de tempo. Cabia ao administrador o trabalho intelectual, com a escolha do método de produção e o planejamento das tarefas; ao trabalhador, não se exigia que tomasse decisões, pois bastava executar o trabalho manual. Tais princípios Tayloristas foram consagrados por Henry-Ford na produção em série

A divisão do trabalho e a cooperação no plano da produção foram substituídos pela cooperação competitiva no plano da criação ininterrupta de novos produtos. Como conseqüência, criou-se uma situação paradoxal: até então, a ocorrência de crises de emprego estava circunscrita às situações recessivas ou de superprodução. Depois, quanto mais as novas tecnologias passaram a aumentar a produtividade e a riqueza global, mais postos de trabalho passaram a destruir. O desemprego já não é apenas conjuntural[4], mas sim estrutural[5] (ARAÚJO, 2003, p. 33).

A respeito do desemprego estrutural, Maurício Godinho Delgado (2007, p. 70) alerta que há uma forte conexão entre o tipo de política pública seguida, hegemonicamente, pela maioria dos países capitalistas ocidentais e o desprestígio do trabalho e do emprego. Isso porque se trata de uma política pública de devastação do emprego. Para o autor, o desemprego não tem o caráter estrutural, mas sim conjuntural, porque é o produto de diretrizes políticas dirigidas para tal objetivo.

---

de automóveis, o que tornou comum a referência a um método de organização do trabalho chamado de "fordismo-taylorismo" e caracterizado pelas formas de produção em massa, pela expansão da economia de escala e pelo amplo uso de métodos científicos nos processos produtivos.

4. Segundo Moura (1998, p. 94) existem quatro formas gerais de desemprego: desemprego conjuntural; desemprego cíclico; desemprego estrutural; desemprego induzido. Desemprego conjuntural é o tipo mais comum. Ocorre quando um ou mais fatores circunstanciais concorrem para alguém perder o seu emprego. Aqui, o que há é a perda do vínculo empregatício, mas não a extinção do posto de trabalho. Desemprego cíclico corresponde a determinadas fases de menor procura de mão de obra em determinados setores, como, por exemplo, o desemprego em períodos de entresafra na área rural. No desemprego estrutural, é a própria estrutura da economia que passa a ser desempregadora e sem perspectiva de voltar a ser empregadora. Trata-se não propriamente da perda, mas da extinção dos postos de trabalho. O desemprego induzido é fruto da política governamental ou da ação coordenada de certas forças de mercado (MOURA, 1998, p. 95-96)

5. Araújo (2003, p. 42) explica que na velha sociedade industrial, o desemprego estava associado a períodos de “crise econômica”, de desajustes macroeconômicos, de superprodução. As novas tecnologias, não obstante propiciassem um aumento contínuo na produtividade do trabalho, continuavam a fazê-lo a partir de uma exploração de natureza “quantitativa”, produzindo-se mais em um menor tempo, mas incorporando progressivamente mais operários pelo mundo afora. Mas agora as coisas se passam de forma diferente. Ao contrário do que ocorria na sociedade industrial, na nova sociedade pós-industrial, o desemprego não é mais expressão de uma crise, mas da própria vitalidade do sistema.

Na sociedade atual, a disputa intercapitalista não se define mais pela preponderância do fator preço, mas pela inovação. A capacidade para produzir inovações no setor de bens de consumo determinou a vitória do modelo industrial ocidental sobre o modelo soviético. Ao contrário de uma estrutura burocrática, o modelo aberto de mercado conseguiu mobilizar muito melhor a criatividade individual. Por fim, a radicalização dessa premissa levou à construção de um Estado Neoliberal, mais preocupado com sua "eficiência gerencial" do que com o bem-estar dos seus cidadãos (ARAÚJO, 2003, p. 35-36).

Nesse contexto, surge o cotejo entre os valores fundamentais de respeito a privacidade do empregado no ambiente de trabalho e a proteção à propriedade privada, dentro especificamente do problema gerado pelas novas tecnologias e pela internet no ambiente de trabalho.E, então, surge a dúvida sobre qual valor deve prevalecer: o direito do empregador de fiscalizar o empregado como corolário do seu poder diretivo ou o respeito a privacidade do empregado.

2. O DIREITO A PRIVACIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO

O respeito aos atributos da pessoa humana vem previsto no inciso X do art. 5 da Constituição Federal[6]. Trata-se de garantia que envolve a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Conforme assinala Romita (2005, p. 258), proteger a vida privada significa assegurar proteção a certos aspectos da vida íntima. O direito tem caráter negativo de proteção e entra em choque com o direito de dirigir a atividade do empregado, que é ínsito à subordinação jurídica, elemento caracterizador do direito do trabalho.

Neste aspecto, há que se diferenciar como faz Romita (2005, p. 263), os conceitos de intimidade, vida privada e vida pública. A intimidade, segundo o autor, é mais restrita, envolvendo os aspectos mais recônditos da vida do trabalhador. Já a esfera da vida privada é mais ampla e a ofensa ao respeito à inviolabilidade da vida privada envolve a divulgação de dados a terceiros. Na mesma linha, Silva Neto (2005, p. 80) assinala que a intimidade difere da vida privada, uma vez que

6. Art. 5º, X da Constituição: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

a primeira é o direito de estar só, expressando a esfera recôndita do indivíduo, assegurada a tutela judicial em face da possibilidade de divulgação. A vida privada, por seu turno, se situa no contexto mais amplo das relações familiares, assegurando-se o anonimato, salvo na hipótese de ofensa a interesse público.

Várias discussões vêm sendo travadas sobre o respeito à intimidade. Entre as violações a esse princípio, encontram-se questionários contendo perguntas relativas à saúde da pessoa, investigações de orientação sexual, opção político-ideológica etc. É também exemplo desta violação a realização de provas grafológicas e testes psicotécnicos, relativos ao caráter e personalidade do candidato, a fim de averiguar se esses aspectos poderão repercutir na regularidade da execução contratual (SILVA NETO, 2005, p. 79-90).

Pode-se citar, ainda, a instalação de câmeras de vigilância no ambiente de trabalho. Com efeito, trata-se de hipótese de ponderação de direitos. Concretamente, há o direito à intimidade, de um lado, e o direito à proteção da propriedade privada e o poder de direção do empregador, do outro. Nessa ponderação, a ser resolvida em cada caso concreto, são extraídos critérios para o reconhecimento da licitude ou ilicitude da instalação das câmeras de vigilância. Por exemplo, a colocação de tais câmeras em áreas de congraçamento dos empregados, ou mesmo em banheiros, ofende o direito à intimidade. Por outro lado, conforme assinala Silva Neto (2005, p. 87), a implantação de sistema de vigilância dentro da planta industrial e ao longo da jornada de trabalho não ensejaria ofensa ao princípio da intimidade.

Outra questão que vem sendo discutida é aquela relacionada à revista íntima, tendo, neste aspecto, os tribunais manifestado sérias restrições à forma e às hipótese de realização de revista nos empregados[7]. O inciso X do art. 5º da Constituição Federal consagra o respeito

7. 1) Empresa distribuidora de produtos farmacêuticos e medicamentos. Revista diária. Risco empresarial – Dignidade da pessoa humana. Inviolabilidade da intimidade. Configuração do dano moral. A realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana no cotidiano das relações trabalhistas pressupõe, ao lado da proibição da transferência do risco empresarial ao empregado, que não haja violação da intimidade do empregado por meio de tratamento degradante, independentemente de a natureza das atividades laborais demandar cuidados especiais na guarda das mercadorias e precauções de segurança. Nesse contexto, correto o entendimento de que configura dano moral a revista que exige do Obreiro ficar de roupa íntima na frente de outras pessoas, sendo devida

à inviolabilidade da vida privada, que também tem dado ensejo a diferentes entendimentos por parte da doutrina e jurisprudência. Neste aspecto, Romita (2005, p. 264) afirma que a conduta do empregador que lança anotações desabonadoras na carteira de trabalho viola o direito ao respeito à vida privada do empregado.

O inciso X do art. 5º da Constituição também protege o respeito à imagem, devendo, neste aspecto, ser diferenciada a imagem-retrato e a imagem-atributo da personalidade. A primeira pode ser reproduzida em fotografia, não guardando identidade com eventual ocorrência de dano à honra, enquanto a segunda decorre da vida em sociedade. Por outro lado, da mesma forma que o empregador pode ferir o direito à imagem do empregado, este também poderá atingir a imagem da empresa. Ambas as situações são tuteladas pelo referido dispositivo.

Por outra via, há que se ressaltar o direito ao sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e de ligações telefônicas, estabelecido no inciso XII do art. 5º da Constituição[8]. Diretamente

---

a indenização. 2) Valor da indenização por dano moral. Função pedagógica da pena. Arestos inespecíficos. Tendo o Regional se convencido de que o valor da condenação era eqüitativo, prudente, razoável e não-abusivo, asseverando ainda que a indenização arbitrada cumpria a função pedagógica da pena, não seria possível para esta Corte, em sede de recurso de revista, concluir em sentido oposto sem adentrar na análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado, a teor da Súmula 126 do TST. Ademais, nos termos da Súmula 296, I, do TST, mostram-se inespecíficos os arestos colacionados, pois versam sobre elementos fáticos diversos da hipótese dos presentes autos, em que se discute o arbitramento da indenização por dano moral decorrente de revista íntima (TST, 4ª Turma, DJ – 20/04/2007, PROC. Nº. TST-RR-2.652/2003-069-02-00.0, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho) . Recurso de Revista. Danos morais. Revista íntima. Constitui fundamento do Estado brasileiro o respeito à dignidade da pessoa humana, cuja observância deve ocorrer na relação contratual trabalhista ; o estado de subordinação do empregado e o poder diretivo e fiscalizador conferidos ao empregador se encontram em linha de tensão, o que não pode levar à possibilidade de invasão da intimidade e desrespeito ao pudor do trabalhador. A comercialização, pela empresa, de produtos que lhe exigem maior vigilância sobre os estoques, apesar de ensejar a adoção de revista do empregado, ao término da jornada, não afasta o deve de que ela seja feita segundo meios razoáveis, de modo a não causar constrangimentos ou humilhação, cuja ocorrência configura dano moral a ser reparado. Recurso de revista conhecido e provido ((TST, 1ª Turma, DJ – 07/12/2006, PROC. Nº. TST-RR-533.770/1999.0, 1ª Turma,Rel. Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro).

8. Art. 5º, XII,CF – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por

relacionada a este inciso está a discussão a respeito da possibilidade de violação dos *e-mails* dos empregados, o que será visto nos tópicos seguintes, tanto no que se refere a jurisprudência internacional quanto a brasileira.

3. BARBULESCU X ROMÂNIA: UM ESTUDO DE CASO

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é uma jurisdição do Conselho da Europa. Os 47 Estados membros deste Conselho também devem ser imperativamente membros deste Tribunal e aceitar as suas decisões. Tem como missão verificar o respeito dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pelos Estados signatários da Convenção.

O caso objeto de analise neste tópico Barbulescu X Romênia, foi originário de uma reclamação contra a decisão exarada epla Corte Romênia que considerou válido o monitoramento de suas mensagens privadas. O autor, Bogdan Mihai Barbulescu teve seu contrato de trabalho rescindido pelo empregador em razão do uso da internet no local de trabalho para fins particulares, o que contrariava as normas da empresa, que previa: " é absolutamente proibido perturbar a ordem e disciplina dentro das instalações da empresa e especificamente usar computadores, fotocopiadores, tlefones, maquinas de telex e de faz para fins pessoais" A Justiça Romena considerou válida a rescisão por este motivo. Inconformado, o autor apresentou reclamação a Corte Européia de Direitos Humanos alegando primordialmente ofensa ao art. 8 da Convenção de Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais..

A matéria fática relevante ao caso resume-se a que o autor trabalhou de 01 de agosto de 2004 a 06 de agosto de 2007 para uma empresa privada e a pedido da mesma crou uma conta de Yahoo Messenger com ao propósito de responder a questões dos clientes. Em 13 de Julho de 2007 o empregador informou-o que havia monitorado as comunicações efetuadas pelo Yahoo Menseger de 05 a 13 de Julho de 2007 e que esses registros demonstravam a utilização da internet para fins pessoais, contrriamente as normas da empresa. O empregado negou

---

ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

as acusações, mas foi confrontado com 45 paginas de comunicações , incluindo comunicações pessoais com sua noiva e seu irmão. A transcrição também continha 5 SMS que o autor tinha trocado com sua noiva de uma conta pessoal do Yahoo Menseger. Com base em tais provas, a empresa despediu o autor.

O autor procurou o Poder Judiciário local, que julgou o pedido improcedente ao argumento de que o autor foi informado das normas internas que proibiam o suo dos recursos da empresa para fins pessoais. Em sede de recursos interposto ao Tribunal de segunda instancia de Cubareste, este entendeu que a conduta do empregador tinha sido razoável e que o monitoramento digital das comunicações do trabalhador era o único método existente para averiguar a incidência da infração contratual.

Inconformado, recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos alegando ofensa ao art. 8 da Convenção Européia dos Dirietos do homem,, que assim dispõe:

> Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
>
> 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Os precedentes da corte analisados no caso demontram que a Corte entende que embora o propósito do artigo citado seja essencialmente proteger um individuo contra interferência arbitraria das autoridades publicas, o direito não apenas compele o estado a se abster de interferir como também a adotar medidas positivas do assegurar o respeito a vida privada mesmo nas esferas das relações entre particulares (Procs 4066/08 e 60641/08.

Assim, a corte teria que analisar se o Estado da Romênia, no conterxto de sua obrigação positiva aluz do art. 8 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, fez o balanço adequado entre o respeito a vida privada e os interesses do empregador. Nesse contexto, concluiu que não houve falta de equilíbrio do Estado Romeno, pelo que , a

unanimidade, conheceu da reclamação por violação do art. 8 da Convenção Européia dos Direitos Humanos, mas julgou-a improcedente, no placar de 6 X1, vencido o Juiz Pinto de Albuquerque, que juntou voto divergente.

No voto divergente, o Juiz Pinto de Albuquerque entendeu que não havia uma política de fiscalização do uso da internet devidamente implementada pelo empregador e que a natureza pessoal e sensível das comunicações do empregador que tinham sido objeto de ampla divulgação levavam a impossibilidade de seu acesso pelo empregador. Assim, entendeu o magistrado que o acesso e análise não consentidos das comunicações do trablahador apenas deveriam ser permitidos excepcionalmente e mediante autorização judicial.

Por fim, assentou o voto divergente que ainda que se aceitasse o monitoramento realizado, a empresa não tomou as medidas de precaução necessárias para assegurar que as mensagens de conteúdo altamente sensível se restrigissem ao procedimento disciplinar, tendo, pois, ultrapassado em muito o que era necessário para produzir os efeitos pretendidos, o que levaria a possiblidade de ressarcimento por danos materiais e morais.

4. PRIVACIDADE X PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR: PARÂMETROS FIXADOS PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A analise dos caso Barbulsecu X Romania leva a conclusão de que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assentou que o controle efetuado pelo empregador sobre seu empreado foi:

1) **possível** – porque o empregado sabia que poderia ser controlado e o empregador agiu no estrito ambito das suas prerrogativas legais e contratuais;
2) **razoável** – porque a media tomada era a única forma de levar a cabo tal controle e
3) **proporcioal** – porque levou em conta o equilíbro da vida privada e profsisional do empregado.

A Corte definiu que o empregado não tinha uma expectativa razoável de privacidade, na medida em que o empregador divulgara

previamente que poderia controlar os meios telefonicos e de internet utlizados pelo empregado no local de trabalho.

As cortes brasilieiras possuem um posiconamento oscilante sobre o tema, porem tendendo a se posicionar da mesma forma que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

> DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. ACESSO AO CONTEÚDO DAS MENSAGENS ENVIADAS VIA SKYPE. Apesar de o skype se tratar de ferramenta de comunicação acessível ao público em geral, quando destinada pelo empregador como ferramenta de trabal Apesar de o skype se tratar de ferramenta de comunicação acessível ao público em geral, quando destinada pelo empregador como ferramenta de trabalho, equipara-se à ferramenta corporativa. Portanto, não ofende o direito à intimidade, tampouco viola o sigilo da correspondência, o acesso pelo empregador ao conteúdo das mensagens trocadas pelos seus empregados em computadores da empresa, durante o expediente de trabalho, mormente quando cientificados os trabalhadores dessa possibilidade.TRT-12 – RO: 00007023820145120052 SC 0000702-38.2014.5.12.0052, Relator: GISELE PEREIRA ALEXANDRINO, SECRETARIA DA 3A TURMA, Data de Publicação: 11/09/2015)
>
> TRT-PR-16-10-2007 JUSTA CAUSA. ENDEREÇO ELETRÔNICO PARTICULAR (E-MAIL). MONITORAMENTO PELO EMPREGADOR. IMPOSSIBILIDADE. Evidente que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, podendo o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, o que não se justifica em se tratando de e-mail pessoal e particular, pois nesta hipótese o direito à intimidade protege a vida privada do empregado, salvaguardando um espaço íntimo não passível de intromissões ilícitas externas (art. 5º, X, CF), inclusive por parte de seu empregador. A prova obtida nessa situação é ilícita (art. 5º, LVI, CF).(TRT-9 3058200513905 PR 3058-2005-13-9-0-5, Relator: LUIZ CELSO NAPP, 4A. TURMA, Data de Publicação: 16/10/2007)

Nos casos citados, tem-se a jurisprudencia de Tribunais Regionais no sentido de que é viável o monitoramento do email corporativo, e, a contrário sensu, o email pessoal seria inviolável. No mesmo sentido, o TST se direciona a partir do paradigmatico caso que analisou o tema há mais de dez anos:

PROVA ILÍCITA. –E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (email-particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado email- corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o email- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo preju3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o email- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas.

> Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de email- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de email- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoávelexpectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregadormonitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em email- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.(TST – RR: 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma,, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.)

Assim, em se tratando de email coorporativo os Tribunais Trabalhistas Pátrios vem entendendo pela possibildiade de controle, pois teria natureza jurídica de ferramenta de trabalho.

Há que se ressaltar, ainda, que embora o TST entenda ser possível o monitoramento do email corporativo, não necessariamente a utilização para fins pessoais gerará a dispensa por justa causa:

> A utilização de equipamentos patronais para a administração de interesses privados não é, por si só, causa para a ruptura do vínculo trabalhista por justa causa, sobretudo ante a constatação de que não houve qualquer reprimenda intermediária e gradual por parte do empregador, configurando-se a dispensa por justa causa, nesse caso, um exercício abusivo do poder disciplinar (aplicação de penalidade desproporcional per saltum). Registre-se que o fato de o empregador ter investigado a

> empregada no curso do gozo de afastamento previdenciário e ter descoberto que ela mantinha a administração de seus interesses privados durante o período de convalescência em nada modifica o entendimento aqui delineado. Incólume, pois, o art. 482, "d", da CLT, ante a não configuração da hipótese de justa causa sob comento. Incidência da Súmula nº 296, I, do TST. (TST, RR – 447-94.2011.5.04.00245ª Turma, Relator: Ministro Emmanoel Pereira, 28.08.15)

Há que se estabelecer, nesta linha, a diferenciação entre a hipótese que o empregador expressamente proíbe a utilização para fins pessoais , como no caso paradigmático BarbulescuX Romênia e a hipótese em que não há tal proibição. Há que se destacar que várias outras ferramentas são utilizadas no ambiente do trabalho e nem por isso se cogita da legítima ofensa do direito ao sigilo. Assim, por exemplo, não se entende cabível a utilização de escutas telefônicas no ambiente de trabalho, muito embora os telefones colocados à disposição do trabalhador pela empresa sejam também instrumentos de trabalho. Igualmente, em relação à correspondência epistolar, a eventual utilização do papel e envelope fornecidos pela empresa também não autoriza a violação do sigilo de correspondência. Desta forma, trata-se apenas de uma nova ferramenta estabelecida através da utilização de uma nova tecnologia. Isso, porém, não pode alijar o respeito necessário à garantia inserta no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal

Por outro lado, há que se frisar, na esteira do voto divergente do Julgado estudado da Corte Européia de Direitos Humanos, que deve haver a advertência de possibilidade de monitoramento, ou seja, o empregador deve deixar clara a sua política de monitoramento digital, para que o empregado não tenha a razoável expectativa de privacidade de suas mensagens lançadas através dos correios eletrônicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A analise dos caso Barbulsecu X Romania empreendida neste artigo leva a conclusão de que a Corte Europeia de Direitos Humanos assentou que o controle efetuado pelo empregador sobre o email do empregado em ferramenta cedida pela empresa é possível desde que o empregado saiba que pode ser controlado, ou seja, se tal hipótese vier prevista em regulamento interno ou no próprio contrato de trabalho. Ademais, entendeu ser razoável o controle e ainda proporcional, vez que levou em conta o equilibro da vida privada e profissional do empregado.

Verifica-se que a jurisprudência brasileira também se orienta no sentido de ser possível o monitoramento de email do empregado, desde que se trate do email corporativo, o que, não necessariamente leva à demissão por justa causa nas hipóteses de uso privado, tendo em vista a observância das particularidades de cada caso concreto.

No entanto, há que se ressaltar que o empregador deve deixar clara a sua politica de monitoramento digital, para que o empregado não tenha a razoável expectativa de privacidade de suas mensagens eletrônicas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Carlos E. Transformações no conceito de trabalho e sociedade pós-industrial. In: VIDOTTI, Tárcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: LTr, 2003. p. 17-62.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução deRosineide Venâncio Mayer. Vol.1São Paulo: Paz e Terra, 2007.

Convenção Européia de Direitos do Homem. Disponível em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv--tratados-04-11-950-ets-5.html

Corte Européia de Direitos Humanos. **CASE OF BĂRBULESCU v. ROMANIA:** Application no. 61496/08. Disponível em http://hudoc.echr.coe.int/. Acesso em 04 de junho de 2016.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; TIBURSKI, C.; MOREIRA, Q. C. C. Direitos humanos e internet: liberdade de expressão, direito à honra e a responsabilidade civil do provedor de conteúdo no STF. In: 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direito da Sociedade em Rede, 2013, Santa Maria-RS. **Anais do 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade:** GT 2 Mídia e liberdades. Santa Maria-RS: UFSM, 2013, v. 2. p. 265-279.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Corte Européia de Direitos Humanos. PUNTOS CLAVE DEL CASO BĂRBULESCU v. ROMANIA: ACCESO A PROGRAMA DE MENSAJERIA INSTANTANEA DEL TRABAJADOR. Disponível em http://www.juliabacaria.com

/2016/01/puntos-clave-del-caso-barbulescu-v.html Acesso em 04 de julho de 2016.

MOURA, Paulo C. **A crise do emprego:** uma visão além da economia. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho** São Paulo: LTR, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, Otávio Pinto. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho.** São Paulo: LTR, 2005

De como o direito processual trabalhista pode perder a autonomia e o caráter ontológico

Geovane de Assis Batista*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento: 2.1. Autonomia: relativa, ou absoluta? 2.2. Da aplicação supletiva e subsidiária do art. 15 do Novo CPC ao direito processual trabalhista; 2.3. Os imperativos da ética kantiana. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO: o presente artigo pretende demonstrar que, tanto da perspectiva da liberdade judicial monocrática e coletiva como da autonomia e da ontologia do direito processual trabalhista, o art. 15 do NCPC carece de eficácia material para que suas regras e institutos processuais (supletiva ou subsidiariamente) sejam aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual do Trabalho. Autonomia. Direito Processual Civil de 2015. Supletividade. Incompatibilidade ontológica.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com art. 15 do Código de Processo Civil de 2015, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Se a proposição nele contida passou ao largo dos processualistas civis, o mesmo não ocorreu com os processualistas do Direito do Trabalho – sobremaneira a expressão "trabalhistas", já que dela é possível inferir a evidência fenomênica de sua *aplicação supletiva* ao processo trabalhista. A inferência causa

---

(*) Juiz Auxiliar da Terceira Vara do Trabalho de Feira de Santana do TRTrabalho da Quinta Região. Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF – Orientação Juan C. P. Ballesteros).

espanto na medida em que a processualística consolidada só conhecia da *aplicação subsidiária.*[1]

Por conta dessa permissibilidade legislada – malgrado tratar-se de empiria trabalhista recorrente na vigência do texto adjetivo revogado –, os intérpretes do Direito Processual do Trabalho, não sem antes estabelecerem a distinção entre aplicação *supletiva* e *aplicação subsidiária*, não vacilaram em sinalizar positivamente pela receptividade e aplicabilidade do novo Código ao rito trabalhista. E nessa esteira, sob o filtro da *conditio sine qua non* da compatibilidade, aqui e ali passaram a glosar e declarar qual a regra ou instituto processual do Novo CPCP que poderia, ou não, ser aplicado ao rito trabalhista.

O presente texto passa ao largo da casuística relacionada à compatibilidade da aplicação sob a perspectiva ôntica, já que é o que vem ocorrendo no dia-a-dia. Seu objetivo é demonstrar que – seja da perspectiva da liberdade judicial monocrática e coletiva, ou da autonomia e da ontologia do direito processual trabalhista – o art. 15 do Novo Código de Processo Civil carece de eficácia material para que suas regras e institutos processuais (supletiva ou subsidiariamente) sejam incondicionalmente aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho, quedando, portanto, sujeito ao controle de inconstitucionalidade. Para tanto, o presente trabalho se revelará descritivo e explicativo, valendo-se das noções e conceitos recorrentes na filosofia e dogmática jurídico-processual.

2.1. Autonomia: relativa, ou absoluta?

E. Glasson[2] define que a codificação é o fato de reunir, em repositório chamado Código, um conjunto de leis que se reportam a um ramo importante da legislação. Seu objeto é dar às leis uma forma precisa, a agrupá-las de maneira a tornar sua procura mais fácil – ajustamento sistemático tendente a ordenar o direito escrito, segundo um plano de conjunto. [3] Orlando Gomes e Elson Gottschalk entendem que a sistematização tem em vista desembaraçar o direito

1. Art.769, da CLT.

2. *Apud* GOMES & GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.23.

3. Francois Geny *apud* Orlando Gomes e Elson Gottschalk, ob. cit.

escrito, mas disperso, de obscuridade, de incertezas, de inconsistências, de reduzir as suas dimensões, de lhe popularizar os estudos e de lhe facilitar a aplicação.

Entre nós, as regras processuais se encontram hermeticamente agrupadas entre si de acordo com a natureza jurídica que encerram: sendo as processuais civis, em um Código e as processuais trabalhistas, em uma Consolidação, o que, todavia, não lhe retira a sistematização desenhada nos códigos propriamente ditos. De modo que, querendo, nada obsta que os intérpretes denominem as regras dos artigos 643 a 910 da Consolidação das Leis do Trabalho de "Código do Processo do Trabalho", já que, na esteira do conceito de Sergio Pinto Martins[4] sobre o Direito do Processo do Trabalho, a Consolidação também retrata um conjunto (de princípios, regras e instituições) destinado a regular a atividade dos órgãos jurisdicionais na solução dos dissídios (individuais ou coletivos) entre trabalhadores e empregadores. Todavia, independentemente da denominação que prevaleça, importa não perder de vista a *autonomia* que o direito processual trabalhista goza frente a outras regras processuais.

Os estudos de Wagner D. Giglio[5] revelam que a questão da *autonomia* do Direito Processual do Trabalho é objeto de muitas discussões doutrinárias, onde a maioria dos autores[6] se inclinam favoravelmente à tese de que esse ramo processual goza de autonomia. De acordo com os estudos de Wagner D. Giglio, Wilson de Souza Campos Batalha, diante da subsidiariedade das normas processuais comuns no processo trabalhista brasileiro,[7] só admite a "autonomia relativa".

---

4. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. São Paulo: Atlas, 2005, p.50.

5. GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1993, p. 99.

6. Identificados pelas correntes dos "moderados" (Mozart Victor Russomano e Carlos Coqueijo Costa), a dos "avançados" (Christóvão Piragibe Tostes Malta e Délio Maranhão) e a dos "radicais" (Hélio Sarthou, "para quem a autonomia é total"; Eduardo Couture, que afirma que "um novo direito processual estranho a todos os princípios tradicionais, sem exceção de um só deles, teve que surgir..."; e Trueba Urbina, "que não admite sequer a sujeição do processo trabalhista aos princípios da teoria geral do processo. (Cf. GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do Trabalho**, p.99-100).

7. *Ibidem*, p. 99.

Com a devida licença, a perspectiva de uma *autonomia relativa* do Processo do Trabalho revela flagrante contradição nos próprios termos. Com efeito, comungando com os chamados "autores radicais", a autonomia somente pode ser, por assim dizer, *absoluta*. Fala-se, então, em "autonomia absoluta" – sim, com o reforço pleonástico que esses termos encerram. Ora, ou se tem autonomia ou não se tem autonomia. A categoria da autonomia existe ou não existe. Tratando-se de um conceito absoluto, não há como ser relativizado sem ferir de morte o princípio da não-contradição.

Nessa quadratura, ou o direito processual trabalhista é autônomo, ou não o é; não há meio termo. Não se deve olvidar de que a etimologia da palavra *autonomia* (*autós* = eu mesmo, por si mesmo, próprio*; nomia* ou *nomos* = lei em seu sentido largo) significa capacidade de autodeterminação.[8] Para o âmbito do objeto aqui tratado, poder-se-ia ser significada como a capacidade que o processo trabalhista tem de criar institutos e normas processuais e por ele serem exclusivamente regidas.

Conforme o registro de Nicola Abbagnano, o termo *autonomia* fora introduzido por Immanuel Kant para designar a independência da vontade em relação a qualquer desejo ou objeto de desejo e a sua capacidade de se determinar em conformidade com uma lei própria, que é da razão. De fato, Kant contrapõe a autonomia à heteronomia, asseverando que, nesta, a vontade é determinada pelos objetos da faculdade de desejar. De forma que a independência da vontade em relação a qualquer objeto desejado é a liberdade no sentido negativo, ao passo que a sua legislação própria é a liberdade no sentido positivo.[9]

Diz-se, então, que, na significação kantiana, um direito processual é autônomo quando seus princípios, regras e instituições são verdadeiramente seus, ou seja, quando é regido por leis próprias. Nessa medida semântica, pode-se afirmar que o Direito Processual do Trabalho goza de autonomia, já que, segundo a racionalidade doutrinária convergente, traz em seu âmago o caráter autônomo científico, legal,

---

8. BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.31.

9. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000., p. 97.

institucional, didático, doutrinário, jurisprudencial e jurisdicional.[10] Para Arcangeli, o que dá o caráter de *autonomia* é a existência de princípios gerais *comuns* a toda matéria e próprios ou especiais da mesma, que servem, assim, para lhe conferir uma unidade própria e diferenciá-las de outras matérias. Arcangeli.[11]

Não obstante, Orlando Gomes e Elson Gottschalk entendem que a partir desses subsídios, o Direito do Trabalho pode, sem dificuldades, reivindicar uma *relativa autonomia*. Mas, segundo advertem, não aquela autonomia exagerada que alguns exegetas procuram afiançar ao nosso Direito – entusiasmados pela impetuosidade de seu aparecimento no mundo jurídico, e pela presença de certos traços revolucionários, que lhe imprimem uma fisionomia particular no conjunto do Direito. Para esses autores, essas peculiaridades, embora ostensivamente existentes, não o desvinculam, contudo, do Direito em geral, como se fora criado por geração espontânea num mundo social onde não houvesse nenhuma regulamentação de relações humanas preexistentes.

Com a devida licença, impõe-se um contraponto à perspectiva desses ilustres doutrinadores – ainda que eles estejam sob o domínio do direito material, conformemente verificado acima acerca do significado exato do termo autonomia – uma vez que, relativizar a "autonomia" é o mesmo que dizer que ela não existe. Pior ainda quando se tenta relativizá-la sob o véu de uma suposta interdependência entre direitos processuais, é olvidar da heteronomia que reina entre eles.

Ora, não se pode confundir "autonomia" com "independência" (malgrado um ente autônomo possa também ser independente; ou, na linha inversa: ser autônomo, mas dependente), pois enquanto a primeira guarda um sentido germinal – a lei que se estatui a si mesmo –, a segunda é apenas funcional, e se revela na alteridade, isto é, na relação com outro ramo processual, sem que isso implique quebra da autonomia.

Nessa lógica, quebra-se a autonomia de um direito processual quando, na arte de se relacionar com outro ramo, o primeiro ver-se

---

10. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outro, p. 52-56.

11. *Ibidem*, p. 19.

afetado pela imposição unilateral de regramentos e institutos a ele estranhos. E quando tal ocorre, já não se pode mais falar em autonomia, mas, em *heteronomia,* por que aí a volição, a ação e a racionalidade antes existentes no ramo afetado quedariam subjugadas, agindo, portanto, segundo desejos (regras e institutos processuais) estranhos à sua diretriz matricial, hipótese em que as regras de um código processual passariam ilegitimamente precedência e regência sobre o outro, que, desfigurado, perde a autonomia e, portanto, seu caráter finalístico consubstanciado nos princípios por ele eleitos.

2.2. Da aplicação supletiva e subsidiária do art. 15 do Novo CPC ao direito processual trabalhista

O art. 15 do Novo Código de Processo Civil [12] é um desses exemplos paradigmáticos de heteronomia, cuja pretensão de aplicabilidade hegemônica no processo trabalhista tem gerado larga inquietação aos seus estudiosos e aplicadores, exatamente por revelar um problema lógico-jurídico que arranha o que ele possui de mais sublime e estrutural: o primado da autonomia.

A questão – que não é nova, mas recorrente mesmo antes do advento do novo Código de Processo Civil – reside exatamente em saber se há condições de possibilidade para aplicação supletiva e/ou subsidiária de suas regras processuais ao Processo do Trabalho. Do ponto de vista prático, a resposta tem se revelado positiva, sob o argumento de que a prescrição supletiva e subsidiária contida em no art. 15 do novo Código de Processo Civil[13] guarda sintonia com o conteúdo dos art. 769 da CLT7[14], pelo que não ofenderia a autonomia do Direito Processual do Trabalho[15], haja vista sua autonomia autorizar a categoria da supletividade – ainda que facultada com a restrição substanciada na compatibilidade.

---

12. Doravante referenciado por NCPC.

13. Art. 15 do NCPC: "*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*.".

14. **Art. 769 da CLT:** "*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.* "

15. Doravante referenciado por DPT.

A seguir a ilação empírica da eficácia normativa, parece que o art. 15 do NCPC não revela qualquer problema capaz de implicar supressão ou alteração substancial dos institutos processuais trabalhistas. De fato, parece não haver quem consiga negar que, mesmo antes do advento do NCPC, a boa doutrina e a remansosa jurisprudência trabalhistas já consagravam, corroboravam e ratificavam decisões monocráticas e recorrentes nos pretórios trabalhistas acerca da aplicabilidade (subsidiária, e até supletiva) do caderno processual civil ao trabalhista, sobretudo quando a compatibilidade se fizesse presente.

Sucede que a postura empírica embasada no senso comum revela uma solução mais aparente do que real. Diz-se aparente porque a recepção desse preceptivo repousa no equívoco do intérprete trabalhista de lhe impor um caráter axiológico reflexivo meramente instrumental, sob o mote de que os meios justificam o fim: a exaustão de normas processuais civis disponíveis ao juiz do trabalho.

Ora, na esteira desse reducionismo, o intérprete laboral não se dá conta da inteligência subjacente e sub-reptícia que paira no âmago do art. 15 do NCPC – a saber: (a) a tentativa de precarizar a liberdade do juiz do trabalho[16] e (b) de decretar a falência da autonomia e – o que seria mais grave – (c) o caráter ontológico DPT. Diz-se ainda aparente porque os partidários dessa concepção tentam resolver o problema da compatibilidade pelos *efeitos*, e não pela *causa.* E sendo este o método, não se pode falar em solução, já que, nessa não-lógica, a raiz do problema subsiste.

Para que a solução se revele real – e não aparente –, exige-se do intérprete estranhamento e consequente mirada investigativa sobre a natureza, limites e alcance da compatibilidade de cada processo jurídico relacionado. E nessa mirada epistemológica, o intérprete deverá fazer a suspensão dos juízos do entendimento (intuitivo, lógico reflexivo...) que guarda sobre a confortável exegese empírica, tornando-se, por assim dizer, uma *tabula rasa* (uma folha de papel em branco ou uma gaveta vazia). E uma vez esvaziado da cognição imanente, deverá voltar à coisa mesma, isto é, ao inteiro teor do Art. 15 do NCPC, e, a partir de então, tentar desocultar toda verdade nele latente.

---

16. Art. 765 da CLT: "*Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo [...].* "

Com esse recurso fenomenológico[17] (metodológico), o intérprete perceberá então a verdade, ou seja, a essência que subjaz no art. 15 do NCPC – a saber: que indubitavelmente se trata de um fenômeno[18] processual heterônomo capaz de afetar categorias estruturantes e fundamentais da propriedade do DPT, ou seja, a autonomia e a liberdade do juiz e dos tribunais. Perceberá, ainda, que, se a locução *"Na ausência de normas que regulem processos [...] trabalhistas",* contida no art. 15 do NCPC, por um lado, se revela razoável – já que obliquamente conhece da existência do processo do trabalho –, por outro, objetiva desenganadamente desvirtuá-lo, impedi-lo ou fraudá-lo na aplicação dos preceitos processuais contidos na Consolidação das Leis do Trabalho, podendo até mesmo levá-lo à extinção. Surpreendentemente é o que se vê na proposição "[...] as disposições deste Código lhes ***serão aplicadas***[19] supletiva e subsidiariamente*".* O caráter heterônomo *imperativo* na expressão em negrito é manifesto.

2.3. Os imperativos da ética kantiana

Diz-se imperativo aquilo ou o que exprime um comando, uma ordem, um mando, uma imposição, um mandamento. A ética kantiana trabalha com dois imperativos: um *categórico* e outro, *hipotético.* Diz-se *categórico* por se tratar de imperativo que deve ser observado e respeitado incondicionalmente por todos. O imperativo categórico consiste, portanto, em um princípio puramente formal de universalização, cuja principal formulação é: "*age sempre de acordo com uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se converta em lei universa*l". [20] *Hipotético* será o imperativo quando a observância e o respeito exigidos se dão condicionados ou por um meio para atingir determinado objetivo.

De acordo com Kant, a moralidade da ação ou da vontade reside no imperativo categórico, porque a obediência se dá por dever. Por exemplo, é dever dos filhos amar aos pais. Já o *hipotético* constitui um

17. Cf.: HUSSERL, Edmund. **Investigaciones lógicas**. São Paulo: Nova cultural, 2005. (Os Pensadores).

18. O que ou aquilo que se mostra, que se apresenta ou que aparece.

19. Grifo nosso.

20. Emanuel Kant *apud* HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.1579.

imperativo imoral, consequencialista, porque a sujeição a um dado comando queda condicionada a um fim objetivado: amam-se aos pais não por dever, mas pela segurança econômico-financeira que eles possam oferecer aos filhos.

Nessa perspectiva kantiana, a locução *"serão aplicadas",* residente no art. 15 do NCPC, constitui um imperativo categórico, ou seja, um dever inexorável, necessário e incondicional a ser irredutivelmente observado pelos processualistas civis e trabalhistas. Para aqueles – seja por indiferença, sobremodo daqueles que não militam na justiça especializada, ou por desejo mórbido de proeminência daquele ramo sobre este – o preceptivo adjetivo teria mesmo a força de um imperativo categórico. O problema surge quando esse imperativo é relacionado aos processualistas trabalhistas, já que o submeter-se incondicionalmente (e aí não importa se a hipótese é de supletividade ou subsidiariedade) aos estatutos do novo caderno adjetivo civil significaria a falência da autonomia científica, didática, doutrinária, jurisprudencial, jurisdicional e principiológica do Direito Processual do Trabalho.

Essa preocupação talvez não se justificasse se o legislador processualista civilista houvesse usado, por exemplo, a expressão *"podem ser aplicadas".* Com essa estrutura, o sentido denotativo e/ou conotativo permitiria o entendimento de que juízes e tribunais trabalhistas não quedariam vinculados e obrigados, mas, antes, livres para gozar da faculdade de aplicar, ou não, a supletividade das regras processuais civis – hipótese em que submeter-se-iam unicamente ao filtro que o legislador consolidado elegeu como pedra de toque para solução supletiva das omissões e/ou dos conflitos normativos processuais – a saber: o estatuto da *compatibilidade*. [21]

Em verdade, melhor teria andado o legislador do NCPC se houvesse silenciado acerca da temática da supletividade e da subsidiariedade das regras processuais civis ao processo trabalhista. Mas se preferiu fazê-lo, e se não fora para alijar sua autonomia, supõe-se então que deva ter sido para agraciar os Juízos de Direito que gozavam da competência material trabalhista gizada pelo art. 668 da CLT para processar e jugar os feitos trabalhistas, sem, contudo, se dar conta de sua revogação tácita pela Emenda Constitucional n. 45:

21. Cf.: Art. 769 da CLT.

> Se (1) a cobrança de verbas relativas a horas extras e a adicional de insalubridade têm por fundamento relação de emprego, a matéria é da competência absoluta da Justiça do Trabalho. (2) Na comarca que não é sede de Vara do Trabalho mas é abrangida pela jurisdição de uma destas especializadas ou, mesmo que não o seja, o exercício da jurisdição obreira não foi atribuída por lei ao respectivo Juiz de Direito, a competência para processar e julgar causas fundadas em relação de emprego continua sendo da Justiça do Trabalho, de sorte que, se o Juiz Estadual conduziu o processo e julgou a demanda, seus atos devem ser declarados nulos, por absoluta incompetência ratione materiae, e o feito deve ser remetido ao órgão jurisdicional especializado. (3) Incompetência reconhecida e nulidade do processo declarada. TJ-AP – Apelação Cível. Ac 349408 AP (TJ-AP).

A prevalecer o imperativo substanciado na expressão "são aplicadas", o legislador *cepecizado* está dizendo para o Juiz do Trabalho que não cabe mais a ele investigar se dado instituto ou regra processual civil é aplicável ou não ao processo do trabalho, porque a supletividade já está dada aprioristicamente no art. 15 do NCPC. Pelo que se segue que, inequivocamente, não caberia mais ao juiz trabalhista insurgir-se, por exemplo, contra as disposições do art. 489 do CPC, que parecem impor o incondicional enfrentamento e exaurimento de todas as teses suscitadas pelas partes, sob pena de nulidade processual estribada em falacioso argumento de inexistência de fundamentação e, por tanto, de prestação jurisdicional.

Ocorre que, se, para a ética kantiana – segundo a qual a moralidade da ação ou da vontade recai sobre o *imperativo categórico*, pois que a razão para obediência se encontra no *dever pelo dever* –, por mais paradoxal que possa parecer, na perspectiva da processualística trabalhista, a moralidade somente poderia subsistir no *imperativo hipotético* substanciado no art. 769 da CLT, na medida em que a manutenção da autonomia do Processo do Trabalho implica necessária e incondicional observância do princípio da compatibilidade nele entranhado. Por esse viés moral, o Juiz do Trabalho somente se encontraria obrigado a obedecer às diretrizes do art. 489 do CPC se elas fossem compatíveis com a principiologia processual trabalhista encartada no art. 769 da CLT.

Efetivamente, é o *imperativo hipotético* kantiano, que aqui se toma de empréstimo, que coloca o timão da supletividade nas mãos do Juiz do Trabalho, assegurando-lhe a liberdade e a autonomia processual do

trabalho. Mas não é só. Por corolário lógico, é o imperativo hipotético que evita a perda não só da identidade como também da ontologia do DPT, sobretudo em seu modo de ser: simplesmente e maximamente célere; celeridade cuja grandeza principiológica é capaz de colocar o princípio da celeridade do processo civil em, por assim dizer, grau menor.

Segue-se, daí, que, quando se diz não à supletividade (subsidiária, integrante, hipotética ou autorizantes) desenhada no art. 15 do NPCP, o que se deseja resguardar não é a simples arte procedimental de bem operar sua aplicação, porque clara, distinta e cristalina a recepção de seus institutos e regras processuais desde o Código de Processo Civil de 1973 e que se pretende continuar no novel CPC, quando filtrados pelo fenômeno da compatibilidade exigida pelo art. 769, da CLT. Realmente, a refutação ao imperativo vertical do NCPC não decorre de mero devaneio jurídico ou exercício acadêmico, mas, antes, do manifesto desejo de salvaguardar a autonomia e, portanto, a natureza ou essência ou o *Ser* do DPT.

Por esses argumentos, vê-se que a questão dialógica acerca da inaceitabilidade ou não da aplicação do art. 15 do NCPC ao DPT não deve ficar circunscrita ao campo maniqueísta procedimental – ao *ôntico*, portanto. Mas, ao contrário, transcendê-lo ontologicamente. É sob esse véu que se deve ganhar fôlego argumentativo para enfrentar a açodada supletividade impositiva, cujo rechaço prejuízo algum acarretará à processualística trabalhista, na medida em que dispõe de mecanismos próprios e capazes de autorizar a aplicação subsidiária e supletiva do NCPC, sem que nessa permissibilidade, perca o *status* de uma ciência processual autônoma.

Conclui-se então que, tanto da perspectiva da liberdade judicial monocrática ou coletiva como da autonomia e da ontologia do direito processual trabalhista, o art. 15 do NCPC carece de eficácia material (*"Lei é uma regra abstrata e geral, pelo Poder constitucionalmente qualificado e que se impõe à obediência de todos."*[22]) para que suas regras e institutos processuais (supletiva ou subsidiariamente) sejam categoricamente aplicáveis ao DPT, quedando, portanto, sujeito ao controle de inconstitucionalidade difuso, que deve ser artesanalmente exercitado até que a Suprema Corte o faça de modo concentrado e definitivo.

---

22. NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Bushatsky, 1979, p.214.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Jean-Jacques Rousseau assevera, no *Contrato social,* que "*O homem nasceu livre, e, por toda a parte, encontra-se a ferro* ".[23] Mudando o que deve ser mudado, pode-se dizer que o Juiz do Trabalho é e deve ser essencialmente livre, porque possuidor e senhor da liberdade substanciada na autonomia do Direito Processual do Trabalho. No entanto, querem sujeitá-lo aos ferros do novel Código de Processo Civil. Diante dessa ameaça, caberá então ao Juiz do Trabalho escolher entre um direito processual trabalhista manco apoiado na muleta procedimental escravizante, ou na muleta epistemológica ontológica libertária. Jean Paul Sartre[24] disse um dia que a escolha é um ato de liberdade, e que toda liberdade implica responsabilidade.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/. Acesso em 02.03.2016.

_____. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/. Acesso em 02.03.2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://. www.planalto.gov.br/. Acesso em 02.03.2016.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: https: //. Acesso em 02.03.2016.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1993, p. 99.

GOMES & GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

---

23. ROUSSEAU, J.-J. **Contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.22. (Os Pensadores).

24. SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 1997.

HUSSERL, Edmund. **Investigaciones lógicas.** São Paulo: Nova cultural, 2005. (Os Pensadores)

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução Antônio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense**; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Bushatsky, 1979.

ROUSSEAU, J.-J. **Contrato social.** São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.22. (Os Pensadores).

SARTRE, Jean Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 1997.[25]

25. Salvador, 07 de janeiro de 2017.

Paridade de gênero e as relações laborais para além do mero discurso

Geraldo Magela Melo*

No texto de Geraldo Magela, retirei o item "Desenvolvimento", para padronizar com os demais autores, que não o usaram.

SUMÁRIO: Introdução. – 1. Estado do Bem-Estar Social a partir da Análise de Nancy Fraser e o caso Brasil – 2. Art. 384 da CLT e a Eficácia Prospectiva dos Direitos Fundamentais como Medida para se Evitar a Discriminação Fática e Velada nas Relações de Trabalho. – 3. A Fixação de Cotas para Mulheres em Alguns Nichos de Mercado de Trabalho. – 4. O Trabalho com o Corpo e o Crime de Rufianismo. – Conclusão. – Referências.

RESUMO: Este artigo discute a igualdade de gênero no ambiente de labor, com a finalidade de estimular a ideia de que a isonomia é uma via de mão-dupla para todos os gêneros, para além do mero discurso. Aborda-se a discriminação da mulher, mas não se descuida da questão homoafetiva e se defende a extensão de direitos culturalmente femininos do dever de cuidado também ao sexo masculino, com vistas a transformar a realidade social para uma obrigação de cuidado familiar do ser humano. Para tanto, se analisa o estudo do Estado do Bem Estar Social Pós Industrial de Nancy Fraser e se problematiza questões como instituição do seguro-desemprego para os domésticos com valor menor e menos parcelas; facultatividade do recolhimento previdenciário das "donas de casas"; ausência de responsabilidade do tomador de serviços em relação às "diaristas"; não regulamentação do afastamento para cuidado do dependente na esfera privada; falta de previsão da licença paterna para casal }homoafetivo; não estabelecimento da possibilidade de aleitamento artificial por homem; aborda-se a pausa antes da jornada extraordinária para as mulheres e a sua extensão aos homens; possibilidade de cotas para atividades predominantemente masculinas e encerra-se no rufianismo e seus reflexos na seara laboral.

(*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Privado, com ênfase em Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor Universitário e de Pós-Graduação. Ex-Auditor Fiscal da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil.

PALAVRAS-chave: Igualdade de gênero. Relações de Trabalho. Para além do Discurso.

ABSTRACT: This article addresses gender equality in the work environment, in order to encourage the idea that equality is a two-way route for all genres, beyond mere speech. Deals with the discrimination of women, but does not neglect the homosexual issue and advocates the extension of culturally women's rights of duty of care also male, in order to transform the social reality for a family care obligation of human being. Therefore, analyzing the study about the Social Welfare Post Industrial State by Nancy Fraser and discusses issues such as institution of unemployment insurance to domestic with less value and less installments; optional of the social security contribution of the "house wives"; lack of service borrower's responsibility for the "day laborers"; no regulatory clearance for dependent care in the private sphere; lack of foresight of parental leave for homosexual couple; failure to establish the possibility of artificial feeding by man; addresses to pause before overtime for women and their extension to men; possibility of quotas for predominantly male activities and ends on pimping and its effects on labor harvest.

KEYWORDS: Gender equality. Work relationships. Beyond to the speech.

INTRODUÇÃO

A igualdade de gênero é apregoada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) em diversos dispositivos, ao mencionar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º); que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I); proibindo a diferença de salários por motivo de sexo (art. 7º, inciso XXX), sendo que desde a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), em seu art. 113, inciso I, há no direito constitucional brasileiro menção expressa à proibição de diferenças em razão de sexo[1].

Na esfera internacional, foi editada no fim da década de 1970 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da Organização das Nações Unidas – ONU (1979) e, especificamente para a seara laboral, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (1958), a qual veda toda distinção, exclusão ou preferência em razão de sexo, ambas ratificadas

1. No âmbito da legislação ordinária, as Leis 9.029, de 13 de abril de 1995, e 9.799, de 26 de maio de 1999.

pelo Brasil[2]. Todavia, apesar da pujante força normativa das referidas normas, este país assiste à discriminação diuturna, velada, subjacente aos fatos ou de forma expressa em relação ao trabalho da mulher, como um verdadeiro sopro entre nós e às vezes de forma escancarada, ao ponto de certo deputado federal claramente dizer em entrevista o que se segue:

> Eu sou liberal. Defendo a propriedade privada. Se você tem um comércio que emprega 30 pessoas, eu não posso obrigá-lo a empregar 15 mulheres. A mulher luta muito por direitos iguais, legal, tudo bem. Mas eu tenho pena do empresário no Brasil, porque é uma desgraça você ser patrão no nosso país, com tantos direitos trabalhistas. Entre um homem e uma mulher jovem, **o que o empresário pensa? "Poxa, essa mulher tá com aliança no dedo, daqui a pouco engravida, seis meses de licença-maternidade...**" Bonito pra c..., pra c...! Quem que vai pagar a conta? O empregador. No final, ele abate no INSS, mas quebrou o ritmo de trabalho. Quando ela voltar, vai ter mais um mês de férias, ou seja, ela trabalhou cinco meses em um ano. **Por isso que o cara paga menos para a mulher!** É muito fácil eu, que sou empregado, falar que é injusto, que tem que pagar salário igual. Só que o cara que está produzindo, com todos os encargos trabalhistas, perde produtividade. O produto dele vai ser posto mais caro na rua, ele vai ser quebrado pelo cara da esquina. Eu sou um liberal, se eu quero empregar você na minha empresa ganhando R$ 2 mil por mês **e a Dona Maria ganhando R$ 1,5 mil, se a Dona Maria não quiser ganhar isso, que procure outro emprego**! O patrão sou eu. (PORTAL METRÓPOLE, 2015, sem grifos no original).

Diante do teor da fala supra, que demonstra a persistência da discriminação em nosso meio, dita de forma clara por um dos membros do Congresso Nacional, ocupante de um dos mais altos cargos desta nação, ou mesmo tácita por diversos empregadores, quase transformando a mulher em coisa, que deve ser substituída por outra mais produtiva, demonstrando a lógica do mercado, planilhando o custo do

2. Contudo, atualmente, a despeito de vasta legislação a respeito de sua vedação, incluindo principalmente a revisão constitucional, a discriminação persiste na sociedade brasileira, de forma perversa, e em suas variadas formas, notadamente em relação ao gênero e a raça, sendo verificada tanto nas relações sociais em geral, como também no âmbito do trabalho. (BARACAT; TRIPPIA, 2015, p. 4).

trabalho da mulher, a coisificando, rompendo com a noção de sujeito da pessoa humana.

É preciso refletir diuturnamente acerca do tema tolerância, sempre em busca de um constante debate e convencimento dos atores sociais para a necessidade de controle ao preconceito, pois todos somos iguais em direitos e obrigações. Ellen Mara Ferraz Hazan sublinha que: "Mas falar de mulher é mais que tudo isso: é demonstrar indignação com o fenômeno histórico onde mais da metade da humanidade se vê, a milhares de anos, excluída e isso, em diferentes sociedades e pelo decorrer dos séculos". (2014, p. 5).

Cumpre salientar que a discriminação rompe com a noção de humanidade entre pessoas, e o papel de desconstruir a discriminação está afeto a toda a sociedade. Em especial, se relaciona com o meio acadêmico, os sindicatos e as organizações sociais, o Ministério Público e, com força cogente, o Poder Judiciário, como garantidor de um Estado Democrático de Direito, no qual o respeito à pessoa humana deve ser o paradigma de atuação, devendo ser alijadas da prática cotidiana as demonstrações que afirmem e incentivem o preconceito, se realmente queremos ser uma sociedade justa e solidária.

Diante do quadro supra, busca-se neste artigo refletir acerca de algumas questões polêmicas da esfera laboral, no que se refere ao tratamento da isonomia de gênero, na busca de soluções práticas para uma efetiva igualdade suplantando apenas o mero discurso.

1. O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL A PARTIR DA ANÁLISE DE NANCY FRASER E O CASO BRASIL

A sociedade contemporânea tem enfrentado um paradoxo entre a pressão do capitalismo por efetiva redução de custos e a crescente demanda dos cidadãos por efetividade de direitos, porém esta última não tem encontrado respaldo nos derradeiros governos, que optaram por políticas neoliberais, diluindo a ideia de prevalência de um estado do bem-estar social em prol dos interesses do mercado. Para comprovar tal fato, basta verificar as recentes e profundas alterações legislativas promovidas nos benefícios sociais no Brasil[3], as quais

3. Lei nº 13.134, de 16 de junho de 2015 e Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015.

impuseram maiores restrições ao seguro desemprego, às aposentadorias e pensões, e que novamente apontam para as soluções neoliberais de retirar ou restringir garantias da parcela mais fraca da sociedade, em geral, o pobre, o desvalido.

A crise do estado do bem-estar social tem muitas razões, entre elas a economia global, os movimentos imigratórios, hostilidade a novos tributos, enfraquecimento dos sindicatos e crescimento de antagonismos raciais, declínio das ideologias solidárias e colapso do estado socialista, como alude Nancy Fraser, em seu artigo denominado: Após o Salário Familiar: Igualdade de Gênero e Estado do Bem-Estar Social (1994, tradução nossa)[4].

O denominado "Welfare State" foi pensado tendo em mira a tradicional família heterossexual, supostamente adequada, em que um homem provedor labora e a mulher tem a função de cuidar do lar e da criação dos filhos, dependendo todos exclusivamente da retribuição financeira auferida pelo marido. No entanto, a sociedade não mais se restringe a essa modalidade de construção familiar, a realidade fática tem demonstrado inúmeras formas de manifestações familiares díspares desse modelo, dentre elas, as mães ou pais solteiros e os casais homoafetivos.

De outro lado, no estado liberal burguês, com a incessante premência capitalista pela redução de custos, os salários têm sido comprimidos ao longo dos anos, sem ganhos efetivos para os trabalhadores, na medida em que os sindicatos estão enfraquecidos e não têm conseguido conquistar maiores retribuições econômicas para os trabalhadores e ao homem provedor não tem sido mais possível manter as despesas sempre crescentes da casa e criação dos filhos, impondo à mulher também a ida para o mercado de trabalho[5].

De outro lado, os heterossexuais estão casando menos e mais tarde e divorciando mais e cada vez mais cedo. Os homossexuais são

---

4. *The current crisis of the welfare state has many roots-global economic trends, massive movements of refugees and immigrants, popular hostility to taxes, the weakening of trade unions and labor parties, the rise of national and "racial" –ethnic antagonisms, the decline of solidaristic ideologies, and the collapse of state socialism.*

5. Dados do último censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), de 2010, revelam que cerca de 40,9% das mulheres contribuem para a renda das famílias do País.

pioneiros em novas formas de constituição familiar, o que contesta fortemente as normas de gênero convencionais de um casal heteroafetivo. Também em razão do movimento feminista, muitas pessoas rejeitam esse modelo homem provedor/mulher dona de casa. Tal contexto, tem feito aumentar cada vez mais o número de famílias que têm se tornado chefiadas por uma mãe solteira, que se vê compelida a manter o sustento dos filhos sem o respaldo de um marido provedor, com elevadas taxas de pobreza nesse seguimento (FRASER, 1994, p. 42, tradução nossa).

No caso brasileiro, segundo a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), em mais de 42% destes lares a mulher vive com os filhos, sem marido ou companheiro e recebendo cerca de 29% menos que os homens (2015), o que se repete também nos Estados Unidos em que as mulheres recebem cerca de 30% menos que os homens, segundo Nancy (1994). É preciso atacar a desigualdade de rendimentos, principalmente para se também equalizar a igualdade de chances para os filhos de mães solteiras.

Em síntese, um novo mundo de produção econômica e de reprodução social está emergindo – um mundo com menos empregos estáveis e mais diversidade familiar (FRASER, 1994, p. 42) em que a mulher tem um papel paradigmático para a construção de uma sociedade mais livre, democrática e sem preconceitos. Para isso, é bom relembrar uma das frases da pioneira feminista francesa Simone de Beauvoir: "É pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem, somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta."

Para Nancy (1994, p. 43), o Estado do Bem-Estar tem como um dos seus pilares os seguros sociais, para proteger o cidadão em momentos de incapacidade para o trabalho ou de ausência de emprego, sendo que alguns países conceberam um segundo momento de desenvolvimento, que é a instituição da proteção para a maternidade. Entretanto, apenas um tipo de ordem de gênero pode ser aceita hoje: é a premissa da igualdade de gênero.

Nesse contexto, cabe avaliar se o Estado Brasileiro observa a igualdade de gênero[6] no pertinente aos benefícios sociais. Para isso,

6. Nos anos oitenta inicia-se a terceira etapa da teoria do gênero, com a construção do modelo pluridimensional, mediante o qual o gênero conceitua-se "não como

vejamos o caso do trabalho doméstico, no qual predominam, notoriamente, empregadas mulheres, que, como regra, não tinham direito à concessão do benefício do seguro desemprego até a Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, o que aponta para a histórica discriminação da pessoa da mulher. Entrementes, a referida norma impôs nova diferenciação prejudicial com relação a essas, como se observa na seguinte passagem:

> Infelizmente, mais uma discriminação perpetrada pela nova Lei, haja vista que **limitou o seguro-desemprego para o doméstico a apenas 3 parcelas, bem como apenas a um salário-mínimo, sendo que para os demais trabalhadores o benefício pode chegar a cinco parcelas e o valor pode superar bem mais que um salário**, a depender da faixa salarial[7], o que demonstra a ausência de respeito ao princípio da isonomia ao direito à fruição do benefício social lapidado no art. 7, inciso XXVIII da CF/88. (FINELLI; MELO, 2015, p. 51, grifo nosso).

Outro ponto relevante diz respeito à quase desconsideração do Legislador Brasileiro em relação ao trabalho de cuidado, quando da instituição da facultatividade do recolhimento do segurado sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, conforme o art. 21, § 2º, inciso II, alínea "b" da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991. Esse é o caso clássico da "dona de casa" ou "do lar", como popularmente conhecida, que tem que realizar inúmeros trabalhos diários para a criação de seus filhos e manutenção das atividades da família, em especial, no que se refere à criança, que possui realmente uma dependência quase que física da mulher. Todavia, o outro cônjuge não estaria obrigado a contribuir para a garantia de qualidade de segurada dessa também trabalhadora, instituindo-se uma contribuição facultativa, que na prática, torna-se quase inexistente, expondo ao risco social uma grande classe de trabalhadores.

Tudo isso porque, culturalmente, há entre ambos uma simples diferença: o fato de que a mulher labora dentro de uma casa, o que tem

---

uma propriedade simples dos indivíduos, mas como uma dinâmica integral das ordens sociais que produz, reproduz e legitima as escolhas e limites que se predicam nas categorias sexuais. (BARROS, 2008, p. 68).

7. Tabela disponível no site: http://portal.mte.gov.br/seg_desemp/seguro-desemprego-formal-2.htm Acesso no dia 07/08/2015.

sido denominado de reprodução social (FUDGE, 2015, p 3)[8], teoricamente não trazendo benefícios econômicos para o capital. Ellen Mara Ferraz Hazan pontua a forma como o mercado incentiva a desconsideração do trabalho no âmbito residencial:

> Mas esse trabalho nunca foi pago pelo sistema que dele se apropria e, portanto, **nunca foi reconhecido como trabalho efetivo**, apesar de a mulher do lar, estar produzindo para o sistema, mantendo alimentado e razoavelmente descansado, o seu companheiro ou marido.
>
> Assim, estamos diante não só da opressão da mulher, **mas do aviltamento de seu papel no sistema e na sua exploração enquanto força de trabalho**, não remunerada. (2013, p. 20, grifo nosso).

Nesse contexto, a regulamentação que prevê como facultativo o recolhimento previdenciário do cônjuge que realiza os deveres de cuidado reafirma o preconceito para com essa modalidade de labor e causa inúmeros problemas sociais posteriores, principalmente em caso de término do relacionamento conjugal, devendo-se considerar o efetivo prejuízo causado pela ausência de cômputo do tempo de contribuição desse período, em que a trabalhadora efetivamente é uma partícipe na manutenção de toda a família, porém não terá computado em seu tempo de contribuição essa sua atividade de trabalho, ao passo que o agora ex-cônjuge, terá todo o período computado, na medida em que é segurado obrigatório.

Destarte, talvez andaria melhor o legislador se obrigasse o cônjuge ou convivente em união estável que tenha renda a contribuir obrigatoriamente para a manutenção da qualidade de segurado do cônjuge que exclusivamente atue nas atividades cotidianas do lar, independentemente do gênero, seja ele homem, mulher ou casal homoafetivo, ou poderia ainda ser instituída uma alíquota maior de retenção da contribuição previdenciária sempre que o trabalhador informar para o seu empregador a existência de um companheiro(a) dele dependente

8. Porque essa atividade "doméstica" era realizada quase exclusivamente por mulheres no âmbito privado do lar, isso não era tratado como um trabalho e sua contribuição para a economia era invisível. (tradução nossa). Because this "domestic" activity was performed almost exclusively by women in the private domain of the household it was not treated as work and its contribution to the economy was rendered invisible. (FUDGE, 2015, p 3).

economicamente, com vistas a se computar efetivamente esse período de dedicação ao labor no âmbito familiar, privilegiando a realidade dos fatos, pois ambos contribuíram para a manutenção do casal, ainda que de formas diferenciadas.

O direito do trabalho necessita se preocupar também com o labor doméstico não pago, o qual possui efetivamente uma missão social, como acentua Judy Fudge:

> Ao argumentar que o direito do trabalho deve ser estendido para incluir todos os processos da vida social como a reprodução, incluindo o trabalho doméstico não remunerado fornecido em casa para os outros, eu não estou defendendo que todo este trabalho deve ser coberto pela legislação trabalhista existente, que foi concebida como uma organização temporal e espacialmente específica de acordos de trabalho. Em vez disso, a minha intenção é desnaturalizar os limites jurisdicionais existentes, a fim de cultivar uma perspectiva crítica sobre a relação entre o "trabalho de mulher" e o âmbito de aplicação do direito do trabalho. (2014, p. 19)

Igualdade de respeito requer reconhecimento da personalidade da mulher e reconhecimento do trabalho da mulher (FRASER, 1994, p. 48). E esse respeito implica, necessariamente, na contagem de tempo de contribuição do trabalho doméstico, ainda que não remunerado, em igualdade de condições com o labor do provedor. Medida simples que contribui para a arrecadação previdenciária e promove a inclusão social, a cidadania e a implementação de uma maior igualdade de gênero.

Vale frisar que a solução aqui propugnada seria de suma relevância, principalmente em face da recente alteração da pensão por morte que passou a ser limitada de acordo com a idade do cônjuge sobrevivente, nos moldes do art. 77, § 2º, inciso V, alínea “c” da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, o que pode significar que quando o cônjuge sobrevivente se aproximar da velhice e mais precisar do respaldo previdenciário, o benefício será extinto, o que não aconteceria se o trabalhador “do lar” tivesse sua própria aposentadoria em razão de tempo de contribuição, caso esse fosse obrigatório, ainda que por outra forma para além da ora sugerida, mas que garanta a efetiva contagem do período de atividade de cuidado familiar.

Outra questão relevante de não atenção do Legislador para os casos de risco social, se refere aos denominados diaristas, que são

trabalhadores até dois dias por semana em um determinado lar, nos moldes disciplinados pelo art. 1º da Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Na prática, em sua imensa maioria, esses trabalhadores são mulheres e em não raros casos negras[9]. Nas excepcionais ocorrências de homens, são por vezes homossexuais, com escolaridade muito baixa, que não têm a consciência da necessidade da contribuição mensal para a Previdência Social, e por isso, na realidade, esse tributo costuma não ser adimplido. No caso desses trabalhadores, a lei simplesmente exclui qualquer responsabilidade do tomador de serviços em tal situação, vale dizer, pessoas físicas que contratem diaristas não tem nenhuma responsabilidade previdenciária em relação ao referido labor, em contraste com a moderna ideia de solidariedade social.

Teria andado bem o Legislador se reconhecesse o problema social da fragilidade econômica desses laboristas e determinasse a retenção obrigatória pelo tomador de serviços do valor devido a título de contribuição previdenciária, o que fortaleceria o sistema e garantiria o mínimo de acesso aos benefícios sociais a esses cidadãos. Essa atitude poderia se enquadrar no que Nancy (1994, p. 46) define como Princípio da Anti-exploração: prevenir a exploração de pessoas vulneráveis é uma questão central para se atingir a igualdade de gênero, após o fim do conceito de salário provedor familiar.

Nancy (1994, p. 46-62) defende uma nova visão de Estado do Bem-Estar Social Pós-Industrial que deve assegurar benefícios sociais que possibilitem efetivamente desmantelar a divisão de gênero no trabalho, instituindo creches, promovendo empregos estáveis, licenças para cuidado e igual participação na vida pública, criando um modelo de responsabilidade universal por todos os membros da família ou a obrigação de cuidado compartilhada, independente do gênero, encorajando que homens também se integrem nas atividades de cuidado familiar, criando mecanismos que viabilizem o cuidado também pelo homem. Ellen Mara Ferraz Hazan também perfilha de tal argumentação, conforme colacionamos: “Temos ainda que contar

9. A situação da mulher negra pode ser considerara ainda pior, se for considerado que elas fazem parte, geralmente, de "um tipo de família mais vulnerável", segundo o mesmo documento, visto que são mulheres sem cônjuge e com filhos pequenos. Além do mais, a situação menos favorável das mulheres negras se dá, também, em razão dos baixos índices de escolaridade e de renda ocorrida com as mesmas. (BARACAT; TRIPPIA, 2015, p. 8).

a eles que nossos filhos não são filhos da mãe mas filhos de um pai e de uma mãe e que a responsabilidade pela criação e manutenção da casa e da prole é de ambos e não somente de um membro da parelha." (2013, p. 22).

Por outro lado, tal teoria também é passível de crítica, porquanto ao incluir a mulher nas atividades laborais por tempo integral a afasta da possibilidade de participação na vida política, além de ser uma tentativa de enquadrá-la no modo masculino de ser e implicar no seu afastamento do cuidado para com os filhos, o que pode implicar em um problema social grave, em razão da possibilidade de ocorrência de desamparo dos menores, em face da redução da atenção a ser recebida.

Isso ocorre, na medida em que, por vezes, os homens não se comprometem efetivamente com o dever de cuidado, o que pode ocasionar de os filhos crescerem sem a atenção necessária ao desenvolvimento humano e psíquico, nem por parte do pai e talvez pela ausência física também da mãe.

Quanto à questão da licença para cuidado, relevante observar que, no caso brasileiro, a CLT (BRASIL, 1943) não prevê para os trabalhadores da iniciativa privada a possibilidade de ausência da mãe ou pai em razão de acompanhar o filho em exames ou tratamentos. Tal problema atinge especialmente as mães, na medida em que, em sua grande maioria, possuem quase uma vinculação que transcende às palavras para com seus filhos.

Nessa esteira, por exemplo, uma mãe que possui filho internado em estado grave, não pode se ausentar do trabalho e as faltas reiteradas são passíveis de aplicação de justa causa, pois não existe legalmente a figura do atestado para acompanhamento, o que se trata, no mínimo, de um ato de desumanidade, porém tal fato é replicado diariamente neste Estado Brasileiro, que se diz democrático de direito e tem como missão a atenção especial à criança. Vale frisar que para se falar em igualdade de gênero é necessário se pensar em paridade de armas, em situações jurídicas de equiparação e se questionar: como impor a uma trabalhadora a mesma produtividade que um homem que está ao seu lado, se ela não está presente em sua subjetividade em razão do filho adoentado?

Ellen assim conclui: "existe um abismo entre os novos deveres assumidos e a ausência de novos direitos necessários para conseguir

a efetivação da igualdade entre homens e mulheres" (HAZAN, 2013, p. 30). Temos que pensar a igualdade de gênero em todas as suas nuances, porquanto o indivíduo tem o direito de ir para o ambiente de trabalho por inteiro, inclusive na sua subjetividade. Destarte, urge que se reflita sobre tal questão e se implemente alguma possibilidade de ausência do pai ou da mãe, ainda que seja o estabelecimento da possibilidade de compensação de horas em razão de atestado para acompanhamento de criança pelo responsável legal.

No que se refere à licença paternidade, que nos moldes do art. 10, § 1º do ADCT (BRASIL, 1988) continua sendo 5 dias para a grande maioria dos brasileiros, porém, foi recentemente regulamentada, podendo passar a ser de 20 dias[10], apenas para os empregados de empresas que quiserem aderir ao Programa Empresa Cidadã e tão somente as optantes pelo regime de tributação do Lucro Real, ou seja, como, na prática, somente grandes empresas optam por esse mecanismo de apuração do IRPJ, o número de trabalhadores beneficiados na realidade é bastante ínfimo, não implicando efetivo avanço social para a imensa gama de trabalhadores do sexo masculino.

Aprofundando no tema, calha a realização de uma reflexão, se acaso um dos membros de um casal homoafetivo adotasse uma criança ou a tivesse por reprodução assistida, como um deles terá direito à licença maternidade, como visto alhures, se outro membro teria direito à licença paternidade? Inclusive se esse outro membro for do sexo feminino (na hipótese de casal homoafetivo feminino)?

A resposta passa pelo preâmbulo da Constituição (BRASIL, 1988), segundo o qual esta Nação se constitui em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o que implica que todos os cidadãos desta Nação devem se tratar nas suas relações privadas pautando com observância a tais parâmetros. Por isso, ao nosso sentir, o empregador deve garantir a fruição do direito à licença paterna ao membro do casal que não for usufruir do benefício da Previdência Social do

10. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

[...]

II – por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1o do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Salário Maternidade[11], independentemente do sexo[12], por força da observância obrigatória aos direitos fundamentais também às relações privadas. Elucida Bernardo Gonçalves Fernandes:

> Nesses termos, a relação que se dá entre Estado, de um lado, e particular, de outro – agora chamada de eficácia vertical dos direitos fundamentais – continua a existir, porém, além dessa perspectiva, *surge a necessidade de defender, com base no catálogo de direitos fundamentais, o particular nas suas relações com outros particulares, fazendo-se com que nesse novo quadro seja repensada toda a dinâmica posta para a aplicação dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, fala-se em eficácia horizontal ou de direitos fundamentais nas relações privadas*. (FERNANDES, 2012, p. 336, grifo nosso).

Urge tal reflexão da igualdade também na questão das pausas para aleitamento artificial por homem, como já ocorre no direito espanhol (BARROS, 2008, p. 82)[13], com vistas a viabilizar o dever de cuidado de forma similar pelos indivíduos do sexo masculino. Assim, há que se realizar a leitura do parágrafo primeiro do art. 389 e do art. 396[14] da CLT (BRASIL, 1943), à luz da igualdade de gênero apregoada

---

11. Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

    Omissis...

    § 2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Lei 8.213 de 24 de julho de 1991).

12. Ademais os homossexuais e transexuais devem e merecem receber soluções e tratamento análogos às demais entidades familiares e demais entes, como forma de tratamento justo e solidário entre todos conforme declinado na Constituição Federal de 1988. A licença-maternidade e a estabilidade decorrente do estado gravídico, bem como a licença-casamento, são direitos deferidos no ambiente de trabalho aos heterossexuais; portanto, não concedê-lo àqueles que têm orientação sexual diversa é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos de personalidade destes indivíduos. (OLIVEIRA; SILVA. 2012, p. 307).

13. Poderia também ter estendido ao pai o intervalo para aleitamento artificial, como já procede a legislação espanhola.

14. Art. 396 – Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois)

pela Carta Republicana de 1988 (BRASIL), garantindo-se também ao homem que assumir o dever de cuidado a possibilidade de manutenção da subsistência física de seu filho por meio das pausas para amamentação artificial.

2. ART. 384 DA CLT E A EFICÁCIA PROSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MEDIDA PARA SE EVITAR A DISCRIMINAÇÃO FÁTICA E VELADA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O artigo 384 da CLT (BRASIL, 1943), que está topograficamente localizado no Capítulo da Proteção do Trabalho da Mulher, traz uma questão simples, mas que gerou grandes discussões jurídicas e ainda hoje exsurge a possibilidade de diversas interpretações, vejamos a disposição: "Art. 384 – Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho".

Diante do artigo supra, várias foram as teses desenvolvidas e a que possuía grande aceitação no Judiciário Especializado do Trabalho era a de que após a Constituição (BRASIL, 1988) não mais prevalecia tal disposição, na medida em que ia de encontro ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. Todavia, a questão foi decidida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, em sede do RE 658.312, da seguinte forma:

> EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. 2. *O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual.*

---

descansos especiais, de meia hora cada um.

> *3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma***.** 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras. (RE 658312, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015, grifo nosso).

Diante do Acórdão paradigmático supra, sedimentou-se o entendimento pela atual recepção constitucional do dispositivo em relação ao sexo feminino, porém, ressoa ainda a questão se tal norma também se aplicaria às pessoas do sexo masculino. Entendemos que a igualdade de gênero deve ser vista como uma via de mão-dupla, ou seja, devemos tentar buscar a similitude para ambos os sexos, sempre que isso for possível. Proteger a mulher não significa desproteger o homem ou vice-versa, e quando um direito é conquistado por um sexo, na medida do possível, torna-se premente que todos lutemos para a implementação a ambos os gêneros, com vistas a vivermos em um ambiente mais democrático e igualitário. Em evento no Tribunal Superior do Trabalho o Min. João Orestes Dalazen assim se pronunciou: "A democracia não se instala definitivamente e adensadamente em um ambiente onde a isonomia e a igualdade não presidam as relações sociais" (2014).

No tema em epígrafe, no nosso modesto pensar, o argumento da menor resistência física da mulher não pode ser fundamento para decisão, em razão da seguinte pergunta que deve ser feita: que sexo frágil é esse que consegue gerar uma criança em seu corpo e carrega-la

por nove meses; muitas vezes, cuidar de dois, quatro, seis ou quiçá mais filhos; dos afazeres da casa e ainda trabalhar fora e, não raro, sustentar toda a família? A discussão não pode girar em torno da fragilidade do corpo, até mesmo porque vários homens são visivelmente mais fracos fisicamente que algumas mulheres e tal argumento reforça ainda mais a discriminação. Tanto é assim que o Legislador infraconstitucional revogou o art. 387 da CLT (BRASIL, 1943), que proibia o trabalho da mulher em construção civil, subterrâneos, dentre outros, por considerar que essa premissa estava equivocada e incentivava, tacitamente, o preconceito, colacionamos:

> Art. 387 – É proibido o trabalho da mulher:
>
> a) *nos subterrâneos, nas minerações* em sub-solo, nas pedreiras e obras, *de construção pública ou particular*.
>
> b) nas atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados. (Revogado pela Medida provisória nº 89, de 1989) (Revogado pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989, grifo nosso).

Toda norma deve ser lida à luz da Constituição (BRASIL, 1988), sempre buscando auferir dela a máxima carga valorativa possível, a máxima efetividade que implemente direitos sociais fundamentais, como se nota no arrazoado abaixo:

> Calha acrescentar que os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana, mas, dita alteração, apenas pode vir a acontecer desde que implique em acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o cidadão. (MELO, 2010).

Nesse contexto, quando da elaboração da CLT (BRASIL, 1943), realmente o legislador teve em mente o objetivo como consta na Ementa retro. Contudo, no atual estágio do desenvolvimento da sociedade brasileira, em que a imensa gama das atividades laborais não necessita de extrema força física[15], se utilizar do argumento de que apenas as mulheres teriam tal direito seria um contrassenso.

---

15. [...] os modernos recursos da técnica e da automação poderão modificar a natureza das atividades que exigem elevado vigor físico e substituir, com mais eficiência, a força masculina com a vantagem de eliminar ou reduzir o desgaste físico prejudicial a ambos os sexos. (BARROS, 2008, p. 76).

Por isso, ante o Princípio da Vedação ao Retrocesso e ao caráter progressivo dos direitos sociais, melhor se atribuir uma interpretação do dispositivo Celetério, em consonância com o art. 5º caput da CF (BRASIL, 1988), para se compreender que tal direito ao descanso também prima de ser fruído pelo sexo masculino. Em passagem literária assim se manifestou Daniela Muradas:

> É de se observar que tanto o princípio da norma mais favorável quanto o princípio da progressividade dos direitos humanos sociais, analisados sob o prisma da produção legislativa nacional, não estabelecem a imutabilidade dos preceitos justrabalhistas; ao contrário, *determinam o constante aperfeiçoamento do ramo juslaboral, a sua adaptação às nova necessidades sociais*, sempre encerrando o sentido de proteção, atávico ao Direito do Trabalho. (REIS, 2010, p. 21, grifo nosso).

Nessa esteira, se o fundamento é o cansaço após uma jornada diária, tal desgaste ocorre para ambos os sexos, para qualquer ser humano. Por isso, o ideal é que haja a pausa para todos, de preferência com a possibilidade de uma pequena refeição, inclusive para se evitar acidentes de trabalho, que reiteradamente ocorrem em jornadas extraordinárias, com o fito de se atingir maior proteção juslaboral e efetividade da dignidade do trabalhador. O Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão demonstra a vinculação do excesso de jornada aos acidentes de trabalho, *in verbis*:

> Quando se trata de qualificar a realização de trabalho extraordinário como agente agressor à saúde do empregado, a realidade é bastante diversa. A começar pelo próprio mapeamento de risco que identifique – como condição perigosa – *a fadiga por ele propiciada, capaz de reduzir o desempenho e a atenção necessária à execução do trabalho.* No mais das vezes, a hora extra não é apontada no mapa de riscos – quando existente – como causa de estresse ocupacional e geradora de fadiga, que significa a sensação de fraqueza, falta de energia e exaustão. (2009, p. 44, grifo nosso).

Ressalte-se, porém, que o Min. Dias Toffoli em seu voto não anuiu com o entendimento aqui defendido, vejamos:

> Por sua vez, diante desses argumentos jurídicos, não há espaço para uma interpretação que amplie, sob a tese genérica da isonomia, a concessão da mesma proteção ao trabalhador do sexo masculino**,** *pois além de os declinados raciocínios lógico e jurídico impedirem que se aplique a norma ao trabalhador*

> *homem, sob o prisma teleológico da norma, não haveria sentido em se resguardar a discriminação positiva diante das condicionantes constitucionais mencionadas. Adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres.* (RE 658312, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/ 11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015, grifo nosso).

De todo modo, cumpre sublinhar que tal argumento apenas consta do voto do Ilustre Ministro e não da Ementa, portanto, não foi a tese fixada. Ademais, se trata apenas de Recurso Extraordinário, o qual não é vinculativo aos demais juízes, apesar de ser um importante precedente jurisprudencial, porém, não pode ser fator de desânimo para os operadores do Direito na busca incessante da melhoria das condições de trabalho humano.

Há que se mencionar que se o fundamento é de que a mulher tem a dupla jornada em casa com seus filhos, com certeza a grande maioria preferiria encerrar o labor mais cedo e ir para seu lar, o que não ocorrerá, na medida em que se todos os trabalhadores forem prorrogar mais uma hora extra, os homens sairão 15 minutos antes, pois não fizeram o intervalo, o que é fator de *discrímen* prejudicial para as mulheres na prática. Interessante a observação feita por Barros: "o Direito não conseguiu superar as desigualdades de gênero, exatamente porque ele reflete a realidade social impregnada de estereótipos sexistas" (2008, p. 83).

Entrementes, cabe lembrar que para o capitalista, que normalmente quer reduzir custos, se tiver que manter a fábrica com luzes acesas, segurança e ônibus aguardando apenas para as mulheres, fatalmente irá preferir contratar homens e liberar todos ao mesmo tempo ou realizar, na prática cotidiana real, nova discriminação: todos irão fazer uma hora extra, menos as mulheres. No que se refere ao argumento de que adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres, cabe sublinhar que quando uma conquista histórica de uma parcela da sociedade é estendida para toda a integralidade isso não é fator de demérito para o grupo que primeiro conseguiu o benefício, mas sim importante passo na caminhada da isonomia de fato e real entre homens e mulheres, na busca da paz social.

Por isso, é de suma relevância refletirmos acerca da fala da Deputada Federal Erica Kokay, em evento realizado no Tribunal Superior

do Trabalho (2014): "A discriminação no trabalho nega o direito de ganhar a vida, ou seja, fere a dignidade. É o assassinato econômico".[16]

Vale notar ainda que diversos dispositivos do capítulo da proteção a mulher se aplicam em inteireza ao homem, por exemplo, a vedação do art. 373 – A, inciso VI, da CLT (BRASIL, 1943), segundo a qual fica proibida a revista íntima em mulheres, o que, diante de uma leitura prospectiva dos direitos fundamentais, deve ser lida também se estendo tal vedação às pessoas do sexo masculino, uma vez que a proteção a que o legislador visou atingir foi a dignidade do ser humano, por meio de sua intimidade e não simplesmente uma proteção sexista segundo a qual o homem não deveria ter pudor de suas intimidades. Proteger o sexo oposto não significa acabar ou diminuir a proteção expressamente atribuída às mulheres, mas sim valorizar todos os seres humanos, na busca incessante da igualdade de gênero.

3. A FIXAÇÃO DE COTAS PARA MULHERES EM ALGUNS NICHOS DE MERCADO DE TRABALHO

A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que dispôs que cada partido ou coligação deve reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo (art. 10, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009) foi uma importante conquista histórica para as mulheres em uma seara profundamente dominada pelos homens que é a política. No entanto, as políticas sociais devem promover a participação completa da mulher, em pé de igualdade com o homem, em todas as áreas da vida social – no emprego e na política e nas associações da sociedade civil (FRASER, 1994, tradução nossa)[17].

Nesse quadrante, de muito bom tom seria se o legislador brasileiro avançasse no sentido de se instituir cotas para o sexo feminino

16. A desigualdade de ingresso no mercado de trabalho havida entre homens e mulheres é atribuída, principalmente, a alguns fatores, entre os quais: *a divisão sexual das atividades laborais, a falta de creches e escolas suficientes para os filhos das trabalhadoras; e a exclusão das mulheres donas de casa*, as quais também contribuem de forma significativa para a economia brasileira. (BARACAT; TRIPPIA, 2015, p. 9, grifo nosso).

17. Social policy should promote women's full participation on a par with men in all areas of social life-in employment, in politics, in the associational life of civil society.

também nas empresas. Vale dizer, a propriedade privada quando passa a atuar no mercado econômico e recebe empregados e público em geral para o desenvolvimento de sua finalidade está recebendo seres humanos e esses vão imantados de seus direitos fundamentais. Por isso, a empresa não é um espaço apenas privado, mas sim um espaço público em uma propriedade privada, que pode sim receber os influxos de uma legislação que determine a estipulação de cotas em algumas atividades que são predominantemente dominadas pelos homens, para se instituir a diversidade que é fundamental para construirmos uma sociedade justa e fraterna. Assim, se trata de priorizar uma tolerância ativa, como lembra Barros:

> [...] *o Direito pode ser um instrumento primordial para alcançar e manter a igualdade de oportunidades e de tratamento*, mas na medida em que reflitam mudanças sociais capazes de permitir romper com os estereótipos sexistas e equilibrar a força física com a destreza, o altruísmo familiar com as aspirações profissionais, a sensibilidade com a atitude e as características pessoais dos dois sexos com a compreensão e com o amor, a fim de que a mulher, maior vítima da discriminação, tenha a possibilidade e a capacidade de escolher o seu plano de vida e alcançar a plena cidadania. (2008, p. 83, grifo nosso).

Nesse diapasão, é necessário que toda a sociedade, especialmente empresas e sindicatos, reflitam sobre normas que imprimam a cultura da inclusão, e a instituição da denominada discriminação ativa ou positiva, que tem como uma das possibilidades a política de fixação de cotas[18], as quais promovem a compensação fática pela não igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, valendo lembrar que à medida que se convive, por si só, se imprimi a transformação social rumo à tolerância.

Um bom exemplo de fixação de cotas foi recentemente divulgado pela Prefeitura da Cidade de São Paulo que irá realizar a liberação de alvarás para novas modalidades de transporte em carros com maior conforto reservando-se para mulheres (25% do total) e 10% para

18. O projeto PLS 112/10 em tramitação no Congresso Nacional estabelece: "percentual mínimo de 40% de ocupação por mulheres das vagas nos conselhos de administração das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. (SENADO FEDERAL, 2015).

veículos adaptados (5% do total) (AGÊNCIA BRASIL, 2015), o que contribui para o convívio e aceitação do sexo feminino em um ambiente de trabalho culturalmente voltado ao trabalhador masculino.

Relevante também ressaltar o programa da Organização das Nações Unidas – ONU – "ElesPorElas (HeForShe)", o qual tem o intuito de envolver lideranças governamentais e políticos, organizações masculinas e outras organizações da sociedade civil, universidades e escolas, homens e meninos em geral, pela igualdade de gênero e pelos direitos humanos das mulheres, podendo as empresas aderirem a este programa estabelecendo metas e objetivos que promovam a igualdade de gênero nas relações de trabalho, com adesão recente pela Empresa ITAIPU, colacionamos:

> Além do aumento do número de mulheres em cargos de chefia, a empresa adota como política interna, entre outros itens, a inclusão como dependentes dos benefícios concedidos pela empresa de companheiros (as) em união estável, *inclusive homoafetivos; e a introdução do horário móvel para facilitar que pais e mães possam levar e buscar os filhos na escola*. Até 2003, as mulheres detinham aproximadamente 10% dos cargos gerenciais em Itaipu; em 2015, já representam 22%. (ONU, 2015).

A ideia de cuidado familiar compartilhado é extremamente relevante para uma efetiva igualdade de gênero, nesse sentido, políticas empresariais que permitam tanto a ambos os pais, independentemente do sexo, a exercerem o seu dever de cuidado, realmente colaboram para a promoção da isonomia de gênero e cidadania e estão em consentâneo com as aspirações da Carta Republicana (BRASIL, 1988) de promover o bem de todos sem preconceitos.

4. O TRABALHO COM O CORPO E O CRIME DE RUFIANISMO

A prostituição é uma modalidade de trabalho com o corpo que geralmente é realizada por mulheres e imprime historicamente a exclusão social dessas obreiras. A sociedade convive com essa modalidade de labor há séculos, mas parece quer esconder, e pior, se a trabalhadora for explorada comercialmente por outrem o seu trabalho não será considerado vínculo de emprego, por se tratar de ilícito previsto no Código Penal Brasileiro vigente desde 1940, *verbis*:

> **Rufianismo**
>
> Art. 230 – *Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros* ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:
>
> Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Veja-se que o tipo penal se amolda em inteireza à descrição de um vínculo de emprego, apropriar-se do trabalho de outrem com objetivo de lucro. Entrementes, o Direito do Trabalho Brasileiro, na atualidade, passa ao largo da proteção social à essa trabalhadora que foi explorada economicamente e lhe nega direitos sociais básicos como férias, 13º e FGTS, sob o fundamento, no nosso pensar, discriminatório e irrealista de não possuir validade jurídica o contrato entabulado com a prostituta, apesar de ter ocorrido, na prática, um contrato de trabalho, um negócio jurídico laboral, em flagrante contradição aos princípios da primazia da realidade e tuitivo, sob o fundamento da aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial número 199 da Seção de Dissídios Individuais – 1 do TST, abaixo:

> **199. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO** – É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, *ante a ilicitude de seu objeto*, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Gabriela Neves Delgado elucida a dinâmica do funcionamento de tal questão tratada:

> *Se de um lado julgados da Justiça do Trabalho apoiam-se na ilicitude penal da exploração da prostituição para negar validade aos contratos*; de outro, parcela dos decretos da Justiça Comum Estadual é complacente com esta mesma atividade, absolvendo seus exploradores e deixando de aplicar a sanção penal. A esta última linha adere, em certos casos, a Administração Pública que, atuando com pontual e regionalizada tolerância, possibilita o funcionamento de notórios estabelecimentos em que há oferta de sexo. (2015, grifo nosso).

Diante do esboçado supra, cumpre trazer a reflexão de Judy Fudge (2014, p. 2): "Eles (nós) temos também questionado para "quem" o direito do trabalho é"[19], ou seja, o ramo juslaborista visa proteger

19. They (we) have also questioned "who" labour law is for.

o trabalhador, principalmente os mais excluídos, como são as mulheres em regime de prostituição, ou, em nome de uma irreal proteção da moral da sociedade, deve-se afastar qualquer repercussão laboral quando há efetivamente a apropriação do trabalho alheio com espeque econômico, em exata subsunção do fato aos requisitos normativos do art. 2º e 3º da CLT (1943)?

Ressalte-se que há de um lado o trabalho humano que não pode ficar sem a sua repercussão patrimonial para o trabalhador, em razão do princípio da proteção e de outro lado está o ilícito criminal praticado pelo patrão, o qual deveria responder por seus atos em cada uma das esferas respectivas, sob pena de o praticante do crime enriquecer-se ilicitamente e não arcar com as repercussões sociais respectivas, como os demais empreendedores que atuam licitamente[20], razoável, portanto, torna-se a aplicação da teoria relativa das nulidades própria do direito do trabalho, segundo a qual se deve negar a retroatividade do vício, condenando-se o praticante do tipo penal vergastado em todos os consectários trabalhistas de sua conduta, com eficácia *ex nunc,* ou seja, a partir da sentença é que a nulidade fica reconhecida, realizando a apuração dos haveres sociais do trabalhador no período pretérito.

Nesse contexto, cabe a reflexão: a quem o direito do trabalho deve servir? Esse é o ponto nefrálgico que temos que diuturnamente pensar quando da aplicação prática do direito laboral[21].

CONCLUSÃO

Infere-se que a igualdade de gênero é um assunto sensível, mas não pode deixar de ser discutido, precisa ser ressaltado, em todas as suas nuances, tanto para homens, quanto em relação às mulheres, independentemente da condição ou opção sexual. O Direito do Trabalho

---

20. Neste sentido, sentença constante da Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.50, n.80, p. 257-268, jul./dez.2009. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/decisao_precursora.pdf. Acesso em: 08 dez. 2015.

21. E o que não dizer dos milhares ou milhões que não são, realmente, empregados, mas, de todo modo, trabalham e, ainda assim, moram nas pontes ou nos bancos das praças? E os tantos outros escravos, mendigos, sem terra e sem lei? Seria possível, de algum modo, levar para eles um pouco da CLT? (VIANA, 2013, p. 150).

precisa refletir sobre tais questões, pois um de seus fundamentos é a proteção do hipossuficiente, não podendo se descurar de tais assuntos. É necessário identificar os processos de desumanização nos ambientes de trabalho e imprimir centralidade da agenda de direitos humanos também na seara laboral. Certa feita, a Deputada Federal Érica Kokay (2014) assim se manifestou: "A discriminação é uma construção social, não é apenas uma piada. É a desumanização da pessoa". Frise-se que os professores, advogados, promotores, juízes e os demais pensadores e aplicadores do direito têm um papel fundamental nesse conflito de serem modelos de respeito e tolerância aos direitos humanos.

Por derradeiro, cabe ressaltar que apenas seremos melhores, quando pudermos e soubermos respeitar as opiniões, ações e as diversidades da vida individual, sexual, social e política do próximo, respeitando a todos em suas individualidades e escolhas, com o fim paradoxal de observância dos vetores da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho humano, fundamentos da República Federativa do Brasil, art. 1º, incisos III e IV da Constituição (BRASIL, 1988), os quais apenas podem ser atingidos com a prevalência de um ambiente de trabalho respeitoso e uma sociedade que busque o bem de todos e por isso estejam realmente livres de todas as formas de preconceitos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Taxistas de São Paulo vão contar com aplicativo semelhante ao Uber**. Repórter: Daniel Mello. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/taxistas-de-sao-paulo-vao--contar-com-aplicativo-semelhante-ao-uber >. Acesso em: 08 dez. 2015.

BARACAT, Eduardo Milleo; TRIPPIA, Luciane Maria. **A discriminação da mulher negra no mercado de trabalho e as Políticas públicas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9684bb9ec9d68563>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BARROS, Alice Monteiro. **Cidadania, Relações de Gênero e Relações de Trabalho**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.47, n.77, p.67-83, jan/jun.2008. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_77/Alice_Barros.pdf . Acessado em 24 set. 2015.

BEAUVOIR, Simone de. **Pensamentos de Simone de Beauvoir**. [S.l.]: Pensador, 2015. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/frase/MjAzOQ/ >. Acesso em: 08 dez. 2015.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Jornada de Trabalho e Acidente de Trabalho**: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 2, abr/jun 2009. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13497/003_brandao.pdf?sequence=5. Acessado em 08 dez. 2015.

BRASIL. Código Penal (1934). Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de setembro 2015.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho (1943). Consolidação das leis do trabalho. 37. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 de setembro 2015.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 de setembro 2015.

BRASIL. Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25.jul.1991 e republicado no D.O.U. de 14.ago.1998.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25.jul.1991 e republicado no D.O.U. de 14.ago.1998.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 01.out.1997.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 mar. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02.jun.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário – RE** 658312. Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Escola Nacional da Magistratura do Trabalho – ENAMAT. Curso de Formação Continuada "Igualdade de oportunidades e trato no emprego e na profissão: instrumentos normativos da OIT e a sua aplicação no Brasil". Disponível em: http://www.enamat.jus.br/?p=10141**.** Acessado em 24.set.2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 199. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) – DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2004.

DELGADO, Daniela Neves. **Apontamentos Jurídicos sobre a Prostituição**. Disponível em http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/8_65.pdf. Acessado em 09 dez. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012.

FINELLI, Lília Carvalho; MELO, Geraldo Magela. **A Nova Lei dos Domésticos Comentada**, 1 ed. Belo Horizonte: Editora RTM, 2015.

FUDGE, Judge. **Feminist Reflections on the Scope of Labour Law**: Domestic Work, Social Reproduction, and Jurisdiction, Feminist Legal Studies. (2014, p. 1-23). Disponível em http://www.labourlawresearch.net/papers/feminist-reflections-scope-labour-law-domestic-work-social-reproduction-and-jurisdiction. Acessado em 22 set 2015.

FRASER, Nancy. *After the family wage*: gender equality and the Welfare State. Political Theory, Thousand Oaks, v. 22, n. 4, p. 591-618, nov. 1994. Disponível em http://www.policy.hu/takacs/courses/matters/FRASER_AfterTheFamilyWage.pdf. Acessado em 22 set 2015.

HAZAN, Hellen Mara Ferraz. **Mulher, Trabalho e Emprego**. 2.ed. Belo Horizonte: RTM, 2013.

MELO, Geraldo Magela. **A Vedação ao Retrocesso e o Direito do Trabalho**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74, jul./dez. 2010. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf. Acessado em 24 set. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 – ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm Acesso em: 22 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Itaipu reforça igualdade de gênero com adesão à campanha mundial #ElesporElas**. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/noticias/itaipu-reforca-igualdade-de-genero-com-adesao-a-campanha-mundial-elesporelas/. Acesso em: 08 dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 111. Dispõe sobre: Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Disponível em: http://www.oit.org.br/node/472. Acesso em: 22 set. 2015.

OLIVEIRA, Lívia Maria Bressani de; SILVA, Leda Maria Messias da. **A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun.2012. Disponível em: file:///C:/Meus%20Documentos/Downloads/2316- 8595- 1-PB.pdf. Acesso em: 08 dez. 2015.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

PORTAL BRASIL. **Mulheres comandam 40% dos lares brasileiros**. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/mulheres-comandam-40-dos-lares-brasileiros. Acesso em: 22 set. 2015.

PORTAL METRÓPOLE. **Bolsonaro diz que patrões deveriam pagar salários menores para as mulheres porque elas engravidam**. Disponível em: http://portalmetropole.com/2015/02/bolsonaro-diz-que-patroes--deveriam.html#.Vf6Ov44Toec.facebook. Acesso em: 22 set. 2015.

REIS, Daniela Muradas (2010). **O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho**. 1ª ed. São Paulo: LTr. Janeiro de 2010.

SENADO FEDERAL. **CAS aprova cotas para mulheres em empresas públicas**. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/institucional/procuradoria/comum/cas-aprova-cotas-para-mulheres-em-empresas-publicas. Acesso em: 08 dez. 2015.

VIANA, Márcio Túlio. **70 anos de CLT**: uma história de trabalhadores. Disponível em:http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/35179/2013_viana_marcio_tulio_70_anos_clt.pdf?sequence=1. Acesso em: 11 jul. 2014.

VOSKO, Leah F. **Managing the margins**: gender, citizenship and the international regulation of precarious employment. Oxford: Oxford University Press, 2010.

O contrato de mandato: uma análise sob a ótica do direito brasileiro e português

José Arnaldo de Oliveira*

SUMÁRIO: Introdução. Conceito e considerações. Natureza jurídica. Diferença entre mandato e procuração. Espécies/classificações do mandato. Procuração em causa própria e o submandato. Obrigações do mandatário. Extinção do mandato. Mandato judicial gestão de negócios. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar as semelhanças, diferenças e especificidades do instituto do contrato de mandato no direito brasileiro e português, analisando e destacando os elementos necessários para a sua identificação e entendimento.

Além disso, com o estudo apresentado, poderemos identificar e definir os casos em que é obrigatória a utilização do mandato para a validade dos atos praticados em nome de terceiros, como também, será observaremos a diferença em relação ao instituto da gestão de negócios.

PALAVRAS-CHAVE: Mandato. Gestão de Negócios. Direito brasileiro e português.

THE MANDATE AGREEMENT: AN ANALYSIS UNDER THE OPTICS OF BRAZILIAN AND PORTUGUESE LAW.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the similarities, differences and specificities of the institute of the mandate contract in Brazilian and Portuguese law, analyzing and highlighting the elements necessary for its identification and understanding.

In addition, with the study presented, we will be able to identify and define the cases in which it is mandatory to use the mandate for the validity of acts performed on behalf of third parties,

(*) Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Pós-graduado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e pela Universidade Tiradentes (Unit). Bacharel em Ciência Contábil pela Universidade Tiradentes (Unit). Professor do curso jurídico Dom Petrum. Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região Contado: arnaldo.oliveira@trt5.jus.br

as well as we will observe the difference in relation to the institute of business management. .

KEYWORDS: Mandate. Business management. Brazilian and Portuguese law.

1. INTRODUÇÃO

Com este trabalho, procuraremos fazer um comparativo entre o contrato de mandato no Direito Brasileiro e no Direito Português, destacando os pontos que entendemos ser mais relevantes.

Começaremos apresentando os conceitos de alguns estudiosos sobre o que é o contrato de mandato, destacando algumas considerações sobre o referido instituto jurídico.

Em seguida, falaremos sobre a natureza jurídica do contrato de mandato, tendo em vista a necessidade de deixar bem claro o formato do referido contrato. Será abordada também a diferença entre o mandato e a procuração, tendo em vista a importância que esse pacto tem para todos aqueles que necessitam de sua utilização.

Logo em seguida passaremos a enumeração das espécies e classificação do mandato, abordando o instituto em paralelo com a legislação portuguesa, procurando sempre destacar aspectos semelhantes.

Também trataremos da procuração em causa própria e o submandato ou substabelecimento, demonstrando as suas especificidades.

Em razão da importância do tema, igualmente serão exploradas as obrigações do mandatário e as hipóteses de extinção do mandato.

Por fim, concluiremos o trabalho com os esclarecimentos necessários sobre o mandato judicial e sobre o instituto jurídico da gestão de negócios, este último por possuir diversas semelhanças em relação ao contrato de mandato.

2. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES

Nos termos do art. 653 do Código Civil Brasileiro, caracteriza-se o mandato quando alguém recebe poderes de outra pessoa para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses.

Desse modo, quando o interessado na execução de determinado negócio jurídico, não pode ou não quer praticá-lo, tem a faculdade de

efetuá-lo por meio de outra pessoa. A essa transferência de responsabilidade se dá o nome de representação, cujos poderes derivam ou da lei ou do próprio negócio jurídico.

O traço característico do mandato é a representação, possibilitando ao mandante agir como se estivesse, a um só tempo, em dois lugares.

Ressalte-se que somente as pessoas capazes estão aptas para dar procuração mediante instrumento particular, com requisito de validade desde que tenha a assinatura do outorgante[1]

O Professor Arnoldo Wald conceitua o mandato como sendo o contrato pelo qual alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses[2].

No mesmo sentido é o conceito dado pelo Professor Cristiano Vieira Sobral Pinto, que define a existência do mandato

> [...] quando alguém constitui outrem seu representante, conferindo-lhe poderes para que execute um ato ou uma série de atos jurídicos, tendo esse representante de agir em nome e segundo a vontade do representado[3].

Entretanto, cumpre ressaltar algumas observações ao contrato de mandato.

A primeira delas, conforme bem ressaltado pelo professor Caio Mário da Silva Pereira[4], está relacionada a representação, tendo em vista que na definição da lei brasileira ressalta a expressão "em seu nome", asseverando que

> [...] nosso direito não guarda fidelidade ao Romano nem segue a orientação germânica (BGB, Código Suíço), para a qual

---

1. Art. 654 do Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. publicado no DOU de 11.1.2002.

2. WALD, Arnoldo – Direito Civil – **Contratos em Espécie**. 18ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 215.

3. PINTO, Cristiano Vieira Sobral – **Direito Civil Sistematizado.** 6.ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 468. Citando BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações.** Edição histórica. Editora Rio. p. 269.

4. PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. v. III. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 363.

> mandato não implica representação por motivo do formalismo imperante. E o BGB construiu a ideia de que o mandato, a procuração e a representação formam noções distintas. No direito brasileiro, como no francês, no português etc., a representação é essencial e a sua falta desfigura o contrato para a prestação dos serviços (...).

A segunda observação está relacionada à natureza jurídica do ato para o qual o mandatário é investido de poderes. Afirma o professor Caio Mário da Silva Pereira[5] que

> Embora a definição legal não o mencione, nossos e alheios civilistas explicam que somente *negócios jurídicos (ou atos jurídicos strictu sensu)*, patrimoniais ou não, podem ser praticados. (...). Pelo disposto no art. 653 do Código Civil Brasileiro, que não alude a negócio jurídico, como expressamente faz o francês, nosso direito alinha-se ao lado do BGB, do Código suíço, do polonês das Obrigações, admitindo que também outros podem nele estar compreendidos, e não somente os negócios jurídicos.

No direito Português, o contrato de mandato está previsto no art. 1.156º e seguintes do Código Civil do referido país, estabelecendo que "As disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente".

O conceito legal previsto no art. 1.157º do Código Civil de Portugal, estabelece que o "Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra", sendo este o conceito adotado pelo jurista português Miguel J. A. Pupo Correia[6].

Ressalta o referido jurista que no gênero que constitui o mandato, encontram-se duas subespécies de grande importância, o **mandato com representação**, previsto pelo art. 1.157º e o contrato de **mandato sem representação**, regulamentado pelo art. 1.180º e seguintes do mesmo Código Civil Português.

---

5. PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. v. III. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 364.

6. CORREIA, Miguel J. A. Pupo – Direito Comercial – **Direito da Empresa**. 9ª edição reformulada. Lisboa: Ediforum, 2005. p. 505.

Note-se que as duas figuras previstas no Direito Português têm como elementos diferenciadores onde, no mandato com representação, o mandatário age em nome do mandante, agindo na esfera jurídica deste e na qual ocorrem os efeitos dos atos de execução do mandato. Já no mandato sem representação, o mandatário atua em nome próprio, onde os efeitos jurídicos refletem desde logo na sua esfera jurídica, devendo posteriormente transferir ao mandante os direitos e obrigações gerados, tudo nos termos do art. 1.181º. do Código Civil.

> Na nossa lei civil fundamental a representação é dominada pela procuração. Esta tem, na linguagem jurídica corrente, um duplo sentido: traduz o acto pelo qual se confiram, a alguém, poderes representação – e, em simultâneo, exprime o documento em que tal negócio tenha sido exarado (artº 262 do Código Civil)[7].

Em Portugal também é feita a distinção quando o mandato sem representação é praticado no exercício da atividade comercial, considerando-se contrato de comissão nos termos do art. 266º do Código Comercial.

3. NATUREZA JURÍDICA

No que diz respeito à natureza jurídica do mandato, leciona Sílvio de Salvo Venosa que geralmente se trata de um contrato unilateral, "porque salvo disposição expressa em contrário, somente atribui obrigações ao mandatário. O mandante assume a posição de credor na relação obrigacional. A vontade das partes ou a natureza profissional do outorgado podem convertê-lo, contudo, em bilateral imperfeito. Presume-se gratuito o mandato civil (art. 658) e oneroso o mercantil, nos termos de nossa tradição, admitindo-se prova em contrário em ambas as hipóteses. A gratuidade do mandato civil não lhe é essencial, ainda porque, na prática, esse mandato é geralmente oneroso. A onerosidade do mandato provém, na maioria das vezes, da própria

7. ANTUNES, Henrique relat. – Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra com o número 1006/10.7TBCVL.C1, de 25 de outubro de 2011 [Em linha]. [Consult. 25 Out. 2016]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1fce42cc4fa3152c80257950003cc52b.

atividade profissional e usual do mandatário. Esse o sentido do parágrafo único do art. 658"[8].

Alguns doutrinadores apresentam um rol de características do mandato em relação a sua natureza jurídica, assim relacionando:

a) Unilateral, pois contempla obrigações tão somente para o mandatário.

b) Gratuito, quando na modalidade civil[9].

c) Oneroso, necessitando que seja expressamente pactuada esta condição[10].

d) Consensual, tendo em vista que é aperfeiçoado com expressa manifestação de vontade das partes envolvidas.

e) Comutativo, uma vez que nesta condição, as partes já sabem quais as suas atribuições.

f) Preparatório, quando serve para a prática de outro ato a ser realizado;

g) Informal e não solene, não existindo nenhuma exigência legal neste sentido.

No Código Civil Português são identificadas algumas características do contrato de mandato, entre elas que "O mandato presume-se gratuito, excepto se tiver por objecto actos que o mandatário pratique por profissão; neste caso, presume-se oneroso"[11], diferentemente do quanto previsto no Código Comercial, determinando que no caso de mandato comercial, presume-se oneroso[12].

---

8. VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa – **Direito Civil – Contratos em Espécie**. v. 3. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 262 e 263.

9. Art. 658 do Código Civil Brasileiro. "O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa".

10. Art. 658 do Código Civil Brasileiro. "Parágrafo único. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento".

11. Art. 1.158º do Código Civil Português.

12. Art. 232º do Código Comercial Português.

> Sendo o mandato oneroso, ao mandatário assiste o direito à remuneração devida pela execução do mandato, remuneração que, quanto à sua medida, não havendo acordo das partes, é determinada pelas tarifas profissionais, na sua falta, pelos usos, e na falta daquelas tarifas e destes usos, por juízos de equidade (artº 1158 nº 2 e 1167 b), 1ª parte, do Código Civil). Relativamente aos advogados, aquela medida, ou melhor, os seus parâmetros, é dada pela sua lei estatutária (artº 100 nºs 1 a 3 do EOA)[13].
>
> Enquanto acto, a procuração é um negócio jurídico unilateral: reclama apenas uma única declaração de vontade, não sendo necessária qualquer aceitação para que produza os seus efeitos: caso não queria ser procurador, o beneficiário terá de renunciar à procuração (artº 265 nº 1 do Código Civil). A procuração, enquanto negócio jurídico, está, naturalmente, submetida aos respectivos preceitos gerais[14].

Outra característica importante é a consensualidade, sendo aplicável ao mandato o princípio da liberdade de forma consagrado no art. 219º do Código Civil[15].

Pode ainda o mandato ser ou não sinalagmático, a depender do estabelecimento de obrigações para ambos os contratantes ou tão somente para o mandatário.

O art. 1.159º. do Código Civil define que o mandato pode ser **geral**, quando " (...) só compreende os actos de administração ordinária" e, **especial**, quando abrange, "(...) além dos actos nele referidos, todos os demais necessários à sua execução".

O mandato pode ser também singular ou coletivo, previsto no art. 1.160º do Código Civil Português, estabelecendo que "Se alguém

---

13. ANTUNES, Henrique relat. – Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra com o número 1006/10.7TBCVL.C1, de 25 de outubro de 2011 [Em linha]. [Consult. 25 Out. 2016]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1fce42cc4fa3152c80257950003cc52b

14. ANTUNES, Henrique relat. – Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra com o número 1006/10.7TBCVL.C1, de 25 de outubro de 2011 [Em linha]. [Consult. 25 Out. 2016]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1fce42cc4fa3152c80257950003cc52b

15. CORREIA, Miguel J. A. Pupo – Direito Comercial – **Direito da Empresa**. 9ª. edição reformulada. Lisboa: Ediforum, 2005. p. 507.

incumbir duas ou mais pessoas da prática dos mesmos actos jurídicos, haverá tantos mandatos quantas as pessoas designadas, salvo se o mandante declarar que devem agir conjuntamente".

É possível verificar a existência de uma pluralidade de mandantes[16], conforme previsão contida no art. 1.169º do Código Civil, dizendo que "Sendo dois ou mais os mandantes, as suas obrigações para com o mandatário são solidárias, se o mandato tiver sido conferido para assunto de interesse comum".

4. DIFERENÇA ENTRE MANDATO E PROCURAÇÃO

a procuração é o instrumento do mandato e, para a doutrina, não há identidade entre procuração e mandato.

A procuração é um negócio jurídico pelo qual se constitui o poder de representação voluntária[17]. Não é contrato, porque se classifica como negócio unilateral receptício, autônomo, que não se confunde com o contrato subjacente. Este pode ser de prestação de serviços, trabalho, compra e venda, corretagem etc. Frequentemente é o mandato. Há um lado interno (o negócio entre as partes) – subjacente – e o lado externo – a representação, a relação entre o representante e principal perante o terceiro[18].

Outrossim, a representação pode ser legal, como por exemplo, no caso dos pais que representam legalmente os filhos absolutamente incapazes, ou voluntária, quando é outorgada através de procuração.

Entretanto, cumpre destacar que o mandato pode existir com ou sem representação:

a) Se o mandatário atua em nome do mandante, **há representação**;

b) se só atua por conta do mandante, **não o representa**.

---

16. GOMES, Manuel Januário da Costa – **Contrato de Mandato**. Porto: Porto Editora, 2007. p. 79.

17. CAVALCANTI, José Paulo – **Direito Civil** (escritos diversos). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 272.

18. WALD, Arnoldo – Direito Civil – **Contratos em Espécie**. 18a. edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218.

Partindo para o direito português, "O Código Civil actual cindiu a procuração do mandato: a primeira promove a concessão de poderes de representação; o segundo dá lugar a uma prestação de serviço (artº 1157 daquele diploma legal)."[19].

5. ESPÉCIES/CLASSIFICAÇÕES DO MANDATO

segundo o professor Flávio Tartuce[20], o contrato de mandato apresenta várias classificações doutrinárias, da seguinte forma:

I – Quanto à sua origem:

a) Mandato legal – decorrente de previsão legal e que dispensa a confecção de qualquer instrumento. Por exemplo os pais, tutores e curadores para a administração dos bens dos filhos, tutelados e curatelados.

b) Mandato judicial – conferido em virtude de ação judicial, com nomeação do mandatário pelo juiz. Temos como exemplo, o inventariante e o administrador judicial da massa falida.

c) Mandato convencional – oriundo de contratos firmados entre as partes como forma de manifestação da autonomia privada, podendo ser judicial, para a representação da pessoa na esfera do poder judiciário; ou extrajudicial (*ad negotia)*, para a administração em geral.

II – **Quanto às relações entre mandante e mandatário**:

a) Mandato oneroso – quando a atividade do mandatário é remunerada.

b) Mandato gratuito – presumido pela lei como sendo a regra, não há remuneração para o mandatário.

III – Quanto à pessoa do mandatário ou procurador:

a) Singular ou simples – quando tem apenas um mandatário.

---

19. ANTUNES, Henrique relat. – Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra com o número 1006/10.7TBCVL.C1, de 25 de outubro de 2011 [Em linha]. [Consult. 25 Out. 2016]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1fce42cc4fa3152c80257950003cc52b

20. TARTUCE, Flávio – **Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 503.

b) Plural – possui mais de um mandatário, podendo assumir algumas das formas a seguir:

b.1) Mandato conjunto ou simultâneo – ocorre quando a outorga de poderes determina a atuação em conjunto.

b.2) Mandato solidário – nesta hipótese, os mandatários podem agir de forma isolada, independentemente da ordem de nomeação, cada um atuando como se fosse um único mandatário. Ressalte-se que não existindo previsão no instrumento, presume-se que o mandato assumiu tal forma.

b.3) Mandato fracionário – é o mandato que o ato a ser praticado pelo mandatário vem previamente delimitado no instrumento.

b.4) Mandato sucessivo ou substitutivo – quando existindo vários mandatários, um só pode agir na ausência do outro, devendo ser seguida a ordem estabelecida no contrato.

IV – Quanto ao modo de manifestação de vontade:

a) Mandato expresso – estabelecido com a elaboração de instrumento de procuração que define os poderes do representante.

b) Mandato tácito – a aceitação do encargo é presumida com a prática de atos que a presumem, como por exemplo, o início da execução do ato.

V – Quanto à forma de celebração:

a) Mandato verbal – permitido como regra, desde que não exigida por lei a forma escrita, podendo ser provado por testemunhas.

b) Mandato escrito – podendo ser elaborado por instrumento público ou particular.

VI – Quanto aos poderes conferidos:

a) Mandato geral – quando ocorre a outorga de todos os direitos que possui o mandante.

b) Mandato especial – restrito aos atos ou negócios delimitados expressamente no mandato. Ressalte-se que, por exemplo,

> para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros atos que ultrapassem a administração normal, será necessária procuração com poderes especiais e expressos.

Cumpre observar que a prática de atos sem poderes ou quando o mandatário pratica atos que não estão previstos nos poderes constantes da procuração, tais atos são ineficazes em relação aquele em nome de quem foram praticados, podendo, entretanto, ocorrer posteriormente a ratificação de modo inequívoco pelo mandante.

6. ROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA E O SUBMANDATO – SUBSTABELECIMENTO

o contrato de mandato em causa própria tem por finalidade a sua outorga no interesse do próprio mandatário e, neste caso, fica desobrigado de prestar contas, recebendo poderes amplos, inclusive para transferir para si bens móveis e imóveis que sejam objeto do mandato, equivalendo a procuração à venda ou cessão de direitos.

Este tipo de mandato é irrevogável, subsistindo e produzindo efeitos mesmo após a morte do mandante, sendo esta a regra definida no art. 685 do Código Civil Brasileiro de 2002, assim dispondo:

> Conferido o mandato com a cláusula "em causa própria", a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ficou decidido que "A procuração em causa própria (*in rem suam*), previsto no art. 685, do Código Civil, configura documento bilateral e traduz verdadeiro contrato, não havendo falar em revogação do mandato, com base no art. 684, do Código Civil. Se não está demonstrado, nos autos, indício da existência de vício de consentimento, ônus que incumbia à parte autora, nos termos do art. 333, I, do CPC, não há falar em anulação da procuração e da escritura pública"[21].

---

21. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – AC n. 10382110009166001 MG, Relator: Desembargador Luciano Pinto, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL – data de julgamento: 04/02/2016, data de publicação: Diário da Justiça de 23/02/2016.

Já o submandato, trata-se de um contrato acessório derivado do mandato que deve ser firmado por escrito através do documento chamado de substabelecimento.

Assim, tratando-se de obrigação de fazer fungível e, não ocorrendo nenhuma proibição, há plena possibilidade do mandatário substabelecer seus poderes, podendo ser, com ou sem reservas.

Ocorre a reserva de poderes, quando o mandatário realiza atos indicados pelo mandante, ocorrendo a responsabilização quando o submandatário não produz os atos determinados.

Sem a reserva de poderes, importa na exoneração do mandatário para a realização do atos determinados pelo mandante, muito embora não exclua uma possível e eventual possibilidade de responsabilização por dano sofrido.

Interessante decisão sobre a matéria, mesmo que sobre o manto do antigo Código Civil Brasileiro, entendeu o Tribunal de Justiça do Paraná que "O mandato em causa própria, só consubstancia alienação ou venda de imóvel, se contiver os requisitos essenciais desse tipo de contrato, ou seja, a coisa (*res*), o preço (*pretium*) e o consentimento (*consensus*). 2. Em tal hipótese, "o respectivo substabelecimento deverá conter os requisitos de tal ou qual contrato, segundo a objetivação do instrumento. Isto porque todo e qualquer substabelecimento equivale a novo instrumento, embora com dependência do instrumento anterior. (...)". Inexistentes tais requisitos, o substabelecimento será comum e se vier a falecer o substabelecente, o mandato se extinguirá nos termos do art. 1.316, II, do CC. 3. Outorgada a escritura pública, autorizada pelo mandato em causa própria, após a morte do substabelecente, nulo será o ato jurídico, por não conter o substabelecimento (comum) os requisitos essenciais para transferência do direito real sobre imóvel, entre eles o da outorga uxória, e por ter se tornado extinto pela morte do substabelecente. (...)[22]".

Em Portugal,

> No submandato – como, aliás, em qualquer outro subcontrato – a posição relativa das partes não se altera, em princípio, pelo facto de se celebrar o contrato derivado. O mandante continua titular do direito à prestação a que o mandatário se

22. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – AC 188/86 – 3ª C – Relator Desembargador Silva Wolff – Julgado em 29.11.1988. RJ 138/91.

vinculou, e adstrito – se o mandato for oneroso – ao dever de pagar a remuneração ou os honorários; o mandatário, por seu lado, continua obrigado à realização da prestação e credor da remuneração ou dos honorários acordados. Com a conclusão do submandato ocorre, simplesmente, a substituição da actividade de execução"[23].

7. OBRIGAÇÕES DO MANDATÁRIO

Conforme previsto no art. 667 do Código Civil Brasileiro, "O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente".

Assim, apesar da proibição do mandante, caso o mandatário faça substituir na execução do mandato, responderá ao seu outorgante por eventuais prejuízos ocorridos sob a administração do substituto, mesmo que decorrente de caso fortuito, exceto quando devidamente provado que o caso fortuito teria ocorrido mesmo que não tivesse ocorrido o substabelecimento.

Além disso, é o dever de prestar contas uma das obrigações do mandatário perante o mandante e tendo em vista a natureza personalíssima do contrato de mandato, por consectário lógico, a obrigação de prestar contas também tem natureza personalíssima[24];

Em relação ao mandato com expresso poder de substabelecer, o mandatário será responsabilizado em relação aos danos causados pelo substabelecido, quando tiver agido com culpa na escolha ou nas instruções dadas ao substabelecido.

Na legislação portuguesa identificamos que o mandatário possui as seguintes obrigações[25]:

---

23. ANTUNES, Henrique relat. – Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra com o número 1006/10.7TBCVL.C1, de 25 de outubro de 2011 [Em linha]. [Consult. 25 Out. 2016]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1fce42cc4fa3152c80257950003cc52b

24. SUPERIOR Tribunal de Justiça – REsp 1055819 / SP – RECURSO ESPECIAL 2007/0094448-5, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, T3 – Terceira Turma – data de julgamento: 16/03/2010, data de publicação: Dirário de Justiça eletrônico de 07/04/2010 – RSTJ vol. 218 p. 345.

25. Art. 1.161º do Código Civil Português.

a) A praticar os actos compreendidos no mandato, segundo as instruções do mandante;

b) A prestar as informações que este lhe peça, relativas ao estado da gestão;

c) A comunicar ao mandante, com prontidão, a execução do mandato ou, se o não tiver executado, a razão por que assim procedeu;

d) A prestar contas, findo o mandato ou quando o mandante as exigir;

e) A entregar ao mandante o que recebeu em execução do mandato ou no exercício deste, se o não despendeu normalmente no cumprimento do contrato.

Ponto interessante expressamente previsto na norma portuguesa diz respeito as **obrigações do mandante**, taxativamente definidas no artigo 1.167º. do Código Civil, são elas:

a) A fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, se outra coisa não foi convencionada;

b) A pagar-lhe a retribuição que ao caso competir, e fazer-lhe provisão por conta dela segundo os usos;

c) A reembolsar o mandatário das despesas feitas que este fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais desde que foram efectuadas;

d) A indenizá-lo do prejuízo sofrido em consequência do mandato, ainda que o mandante tenha procedido sem culpa.

8. EXTINÇÃO DO MANDATO

Ensina o professor Caio Mário da Silva Pereira[26] que toda relação jurídica originária do mandato tem seu fim nos casos que a lei (Código Civil, art. 682) estabelece, tendo as seguintes causas: a vontade das partes; o acontecimento natural; o fato jurídico.

São elas:

26. PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. v. III. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora FORENSE, 2011.p. 375.

a) **A revogação** – neste caso, o mandante tem a faculdade de *revogar ad nutum* os poderes de forma unilateral, dando um fim ao contrato de mandato.

Existem duas modalidades de revogação, **a expressa**, quando o mandante declara a cassação, ocorrendo pela notificação, tanto judicial como extrajudicial e a tácita, podendo resultar do fato do mandante assumir a direção pessoal do negócio para o qual constituiu o mandatário, como também pelo fato de ter outorgado poderes a outro mandatário, para idêntico negócio, comunicando ou não o fato ao antigo procurador.

b) **A renúncia** – tem o mandatário a faculdade de abdicar da representação, devendo comunicar a renúncia ao mandante, com tempo adequado para que seja efetuada a substituição, sob pena de responder por perdas e danos (art. 688 do Código Civil Brasileiro).

Ressalte-se que a renúncia é sempre expressa[27].

c) **A morte** – morrendo qualquer uma das partes põe fim ao mandato, tendo em vista que se trata de contrato *intuiutu personae.*

Falecendo o mandante, são válidos os atos praticados com relação aos contratantes de boa-fé, permanecendo até quando ignorar o mandatário (Código Civil Brasileiro, art. 689).

Agindo de má-fé o mandatário, contratando com terceiros de boa-fé, o ato permanece válido, entretanto responderá pelas perdas e danos perante os herdeiros do comitente, conforme previsto para o caso de revogação previsto no art. 686 do Código Civil Brasileiro.

Morrendo o mandatário, extingue-se o mandato, ainda que os herdeiros deste tenham habilitação para realizar o seu cumprimento.

d) **A mudança de estado** – a mudança de estado, quando alcança a capacidade para dar e receber procuração, resulta na

27. PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. v. III. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora FORENSE, 2011. p. 377.

extinção do mandato, valendo os atos praticados tão somente com os contraentes de boa-fé.

Temos exemplo em relação ao mandato para alienar imóveis que tem o seu fim com o casamento, tendo em vista a necessidade de outorga uxória do outro cônjuge, ressalvando-se quando o matrimônio ocorre pelo regime de separação total de bens.

e) **A terminação do prazo** – vencido o prazo, quando conferido prazo determinado, extingue-se a relação jurídica.

f) **A conclusão do negócio** – cessa o mandato com a execução de determinado negócio.

Alguns doutrinadores apontam ainda a impossibilidade do objeto, a nulidade do contrato, a resolução por inadimplemento e a verificação de condição resolutiva[28].

Importante ressaltar ainda que as partes podem pactuar que o mandante não pode cassar os poderes, estabelecendo cláusula de irrevogabilidade.

Sobre a extinção do contrato de Mandato, destacamos decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, reconhecendo que

> A morte do autor anteriormente à propositura da demanda de conhecimento é, portanto, fato jurídico relevante para se declarar a inexistência do processo judicial em relação a ele, eis que a relação processual não se angularizou, nunca existiu, não se formou validamente, à míngua da capacidade daquele autor para ser parte e, por conseguinte, extinguiu-se, ao mesmo tempo, o mandato outorgado ao advogado, carecendo a relação processual de pressuposto de desenvolvimento válido e regular, qual seja, aquele relativo à capacidade postulatória[29].

A extinção do mandato no Direito Civil Português ocorre do mesmo modo de qualquer outro contrato, ou seja, pelo cumprimento das

---

28. ESPÍNOLA, **Contratos Nominados**, n. 166, nota 68; De page, *Traité*, vol. V, n. 453; Serpa Lopes, Curso, n. 579.

29. SUPERIOR Tribunal de Justiça – AR n. 3.285/SC, Terceira Seção, Relator Ministro Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Diário de Justiça eletrônico de 8/10/2010.

obrigações de gestão assumidas pelo mandatário ou pela revogação, denúncia, caducidade, ou resolução (cfr. arts. 1.170º a 1.177º)[30].

9. MANDATO JUDICIAL

no Brasil, o mandato judicial é concedido a advogado que possua o devido registro na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB com o objetivo de patrocinar a causa[31].

A regra é a de que o mandato judicial deve ser escrito, salvo nos processos trabalhistas e criminais, onde a simples indicação de um advogado em audiência pode ser suficiente. É o que chamamos de procuração *Apud Acta* ou mandato tácito.

Da mesma forma ocorre com os procuradores da União, Estados e Municípios, porque a lei confere mandato a tais profissionais independentemente de outorga de poderes específicos[32]. Também não será necessária a procuração (instrumento do mandato), quando a parte for representada por advogado que integre entidade de direito público com objetivo de prestar assistência judiciária (art. 16 da Lei n. 1.060/50), exceto algumas exceções definidas na referida norma jurídica.

Não obstante a regra maior de necessidade de mandato escrito, de forma excepcional o art. 104 do Código de Processo Civil Brasileiro e o art. 5º. § 1º da Lei n. 8.906 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, permitem que o advogado funcione sem procuração, desde que apresente o documento dentro de 15 dias.

Também pode o advogado renunciar ao mandato, ficando obrigado por lei de continuar a representar o outorgante nos 10 (dez) dias seguintes à notificação da renúncia, exceto quando substituído antes do término do referido prazo (art. 5º. § 3º. do Estatuto da OAB)

Importante ressalvar que nos termos da iterativa jurisprudência do superior Tribunal de Justiça, a existência de procuração nos autos

---

30. CORREIA, Miguel J. A. Pupo – Direito Comercial – **Direito da Empresa**. 9ª. edição reformulada. Lisboa: EDIFORUM, 2005.p. 510.

31. WALD, Arnoldo – Direito Civil – **Contratos em Espécie**. 18a. Edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 229.

32, VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa– **Direito Civil – Contratos em Espécie**. v. 3. 12ª edição. São Paulo: Editora ATLAS, 2012. p. 279.

com o prazo de validade vencido em tudo se assemelha à ausência de mandato judicial[33], devendo, portanto, além de ser escrito, o procurador ficar atento a data de sua validade.

Em Portugal, o art. 32º do Código de Processo Civil determina a obrigatoriedade de constituição de um advogado para as causas de competência de tribunais com alçada, em que seja admitido recurso ordinário, nas causas em que seja sempre admissível recurso, independentemente do valor e nos recursos e nas causas propostas junto aos tribunais superiores.

Conforme ocorre no Brasil, em Portugal o mandato judicial é conferido através da procuração forense, sendo ato unilateral pelo qual uma pessoa confere a outrem poderes de representação, podendo ser por instrumento público ou particular. Pode ainda ser conferida por declaração em termo ou auto no processo.

Em caso de urgência, o patrocínio judiciário pode ser exercido como gestão de negócios, conforme estabelece o art. 41º. do Código de Processo Civil Português, exigindo-se posterior ratificação do quanto processado pela parte no prazo que for consignado pelo Magistrado. Não sendo efetuada a ratificação, o gestor de negócios é condenado nas custas que provocou e na indenização pelo dano provocado à parte adversa ou à parte cuja gestão assumiu.

Ressalte-se que, estando o mandatário com procuração assinada com data anterior à intervenção judicial, não estamos falando em ausência de mandato, mas sim da falta de comprovação da existência do referido instrumento, bastando apenas requerer a juntada aos autos.

Igualmente, cumpre destacar que

> O acto de substabelecimento dos poderes forenses conferidos através do mandato forense ou judicial compreende-se nos limites dos poderes de representação conferidos pelo mandante ao mandatário judicial; por força do carácter representativo do mandato forense, os efeitos do acto de substabelecimento repercutem-se, não na esfera do mandatário, mas directamente na do mandante; com o acto de substabelecimento dá-se a

33. SUPERIOR Tribunal de Justiça – AgRg no AREsp 316338 / PE – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0078011-1, Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, T4 – Quarta Turma, Data do julgamento: 16/04/2015. Diário de Justiça eletrônico de 05.05.2015.

conclusão, por intermédio do mandatário, de outro e novo contrato de mandato que vincula directamente o mandante e o mandatário substabelecido, passando a coexistir, se o substabelecimento é feito com reserva, dois mandatários[34].

10. GESTÃO DE NEGÓCIOS

O gestor de negócios alheio é caracterizado quando uma pessoa realiza atos no interesse de outra, passando-se por seu representante, muito embora não investida dos poderes de representação.

Não se trata de uma figura contratual, por faltar na sua formação a celebração prévia do acordo de vontades[35].

O que caracteriza a gestão de negócios é a prática espontânea da interferência, pois se ocorreu entendimento prévio, ou encargo, oriundo do interessado, temos a figura do mandato ou locação de serviços, conforme exista ou não representação[36].

Assim, para que fique caracterizada a gestão de negócio, necessário se faz verificar a existência dos seguintes pressupostos:

a) Tem que ser negócio alheio, uma vez que, sendo próprio, trata-se de pura administração;

b) Agir o gestor segundo o interesse do dono, ou segundo a sua vontade real ou presumida;

c) Vontade de agir em proveito do dono;

d) Agir *oficiosamente*, uma vez que ocorrendo delegação, estamos a falar de mandato;

e) A gestão de negócios está limitada a atos de natureza patrimonial (negócios), pois os atos de natureza diferente exigem sempre e como regra a outorga de poderes[37].

---

34. ANTUNES, Henrique relat. – Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra com o número 1006/10.7TBCVL.C1, de 25 de outubro de 2011 [Em linha]. [Consult. 25 Out. 2016]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1fce42cc4fa3152c80257950003cc52b

35. PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. v. III. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora FORENSE, 2011. p. 383

36. ESPÍNOLA, *ob. cit.*, n. 168, nota 3; Larenz, pág. 361.

37. ORLANDO Gomes, *ob. cit.*, n. 265; Espínola, *ob cit.*, n. 168; Cunha Gonçalves, **Dos Contratos em Especial**, n. 41.

Cumpre destacar que nos termos do art. 862 do Código Civil Brasileiro, "Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido".

Em bora a gestão de negócios seja gratuita, agindo a pessoa com altruísmo, o gestor pode ser processado caso não exerça bem sua tarefa, conforme preceituam os artigos 862 e 863, ambos do Código Civil Brasileiro.

Dessa forma, mesmo que de boa-fé, o gestor de negócios pode ser responsabilizado pelo fato de agir com precipitação e interpretar erroneamente um fato, promovendo prejuízo ao dono do negócio.

Entretanto, "Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão", conforme preceitua o art. 869 do Código Civil Brasileiro.

Apresentamos alguns exemplos de gestão de negócios: a) remover um veículo de outra pessoa que esteja estacionado na frente de um prédio que está em incêndio; socorrer e pagar as despesas médicas de uma pessoa que foi vítima de atropelamento; pagar as despesas do funeral de outra que faleceu.

> Equipara-se à gestão de negócios a prestação de alimentos feita por outrem na ausência do alimentante. Assim, a pretensão creditícia ao reembolso exercitada por terceiro é de direito comum, e não de direito de família[38].

O Código Civil Português estabelece em seu art. 464º que

> Dá-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direcção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada.

O gestor é responsável perante o dono do negócio, respondendo pelos danos que der causa, por sua culpa no exercício da gestão, como

38. SUPERIOR Tribunal de Justiça – REsp 1197778 / SP – RECURSO ESPECIAL 2010/0105155-9, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T3 – Terceira Turma, Data do julgamento: 25/03/2014. Diário de Justiça eletrônico de 01/04/2014.

também por aqueles danos que causar com a injustificada interrupção, considerando-se culposa a sua atuação quando em desconformidade com o interesse ou vontade, real ou presumível, do dono do negócio (art. 466º. do Código Civil Português).

Ademais, "A gestão não dá direito a qualquer remuneração, salvo se corresponder ao exercício da actividade profissional do gestor" (art. 470º. Do Código Civil Português).

11. CONCLUSÃO

O estudo apresentado neste trabalho abordou o contrato de mandato, demonstrando as suas especificidades, conceito, natureza jurídica, diferenças, espécies e classificação, obrigações dos contratantes, abordando também sobre o instituto da gestão de negócios, devido ao caráter similar com o contrato de mandato.

Verificamos que existe mandato com ou sem representação, pois a depender da atuação do mandatário, pode agir em nome do mandante ou atuar em nome próprio, neste último caso os efeitos jurídicos refletem desde logo na esfera jurídica do mandatário, devendo posteriormente transferir ao mandante os direitos e obrigações gerados.

Em relação a natureza jurídica, apresentamos um rol de características do mandato reconhecidas pela doutrina, afirmando que este tipo de contrato pode ser:

a) Unilateral;

b) Gratuito;

c) Oneroso;

d) Consensual;

e) Comutativo;

f) Preparatório; e

g) Informal e não solene.

Logo em seguida tratamos das espécies de mandato, da procuração em causa própria e do submandato ou substabelecimento.

Observamos que a procuração em causa própria é um tipo de mandato irrevogável, subsistindo e produzindo efeitos mesmo após a morte do mandante. Em relação ao submandato, verificou-se tratar-se

de um contrato acessório derivado do mandato que deve ser firmado por escrito através do documento chamado de substabelecimento.

Quanto as suas obrigações, conforme previsto no art. 667 do Código Civil Brasileiro, "O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente".

Aprendemos que a extinção do mandato pode ocorrer com a revogação, podendo ser na modalidade expressa ou tácita, com a renúncia – que ocorre tão somente de forma expressa, a morte – tendo em vista que se trata de contrato *intuiutu personae,* a mudança de estado, a terminação do prazo e, por fim, a conclusão do negócio.

Progredindo nos estudos, passamos para a figura do mandato judicial, ressaltando que no Brasil é concedido a advogado que possua o devido registro na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB com o objetivo de patrocinar a causa.

Ressaltamos que a regra é a de que o mandato judicial deve ser escrito, salvo nos processos trabalhistas e criminais, onde a simples indicação de um advogado em audiência pode ser suficiente, com denominação de procuração *Apud Acta* ou mandato tácito.

Identificamos que no direito Português o mandato judicial é também conferido através da procuração forense, sendo ato unilateral pelo qual uma pessoa confere a outrem poderes de representação, podendo ser por instrumento público ou particular. Pode ainda ser conferida por declaração em termo ou auto no processo.

Para dar completude ao trabalho, tratamos sobre a gestão de negócios, tema de grande relevância em relação ao contrato de mandato, uma vez que o gestor de negócios alheio é caracterizado quando uma pessoa realiza atos no interesse de outra, passando-se por seu representante, muito embora **não investida dos poderes de representação**.

Esclarecemos que a gestão de negócios não se trata de uma figura contratual, por faltar na sua formação a celebração prévia do acordo de vontades e, o que lhe caracteriza é a prática espontânea da interferência, pois se ocorreu entendimento prévio, ou encargo, oriundo do interessado, temos a figura do mandato ou locação de serviços, conforme exista ou não representação.

Abordamos o instituto da gestão de negócio no Direito Civil Português, concluindo que o gestor é responsável perante o dono do negócio, respondendo pelos danos que der causa, por sua culpa no exercício da gestão, como também por aqueles danos que causar com a injustificada interrupção, considerando-se culposa a sua atuação quando em desconformidade com o interesse ou vontade, real ou presumível, do dono do negócio (art. 466º. do Código Civil Português).

12.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Henrique relat. – Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra com o número 1006/10.7TBCVL.C1, de 25 de outubro de 2011 [Em linha]. [Consult. 25 Out. 2016]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1fce42cc4fa3152c80257950003cc52b.

CAVALCANTI, José Paulo – Direito Civil (escritos diversos). Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CÓDIGO Civil Brasileiro: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Publicado no Diário Oficial da União de 11.01.2002.

CÓDIGO Civil Português: Decreto-Lei nº 47344, de 25 de Novembro de 1966. Publicado no Diário da República de 25.11.1966.

CÓDIGO Comercial Português: aprovado pela Carta de lei de 28 de junho de 1888 e mandada publicar oficialmente pelo decreto de 23 de agosto do mesmo ano.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo – Direito Comercial – Direito da Empresa. 9ª edição reformulada. Lisboa: Ediforum, 2005. ISBN 972-8035-76-4.

ESPÍNOLA, Contratos Nominados, n. 166, nota 68; *De page*, *Traité,* vol. V, n. 453; Serpa Lopes, Curso, n. 579.

GOMES, Manuel Januário da Costa – Contrato de Mandato. Porto: Porto Editora, 2007.

ORLANDO Gomes, *ob. cit*., n. 265; Espínola, ob cit., n. 168; Cunha Gonçalves, Dos Contratos em Especial, n. 41.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de Direito Civil. v. III. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral – Direito Civil Sistematizado. 6.ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015. 468. Citando BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigações. Edição histórica. Editora Rio.

SUPERIOR Tribunal de Justiça – REsp 1055819 / SP – RECURSO ESPECIAL 2007/0094448-5, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, T3 – Terceira

Turma – data de julgamento: 16/03/2010, data de publicação: Diário de Justiça eletrônico de 07/04/2010 – RSTJ vol. 218 p. 345 [Em linha]. [Consult. 27 Out. 2016]. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1055819+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6

SUPERIOR Tribunal de Justiça – AR n. 3.285/SC, Terceira Seção, Relator Ministro Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Diário de Justiça eletrônico de 8/10/2010 [Em linha]. [Consult. 27 Out. 2016]. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/diarios/100832409/stj-25-09-2015-pg-2241.

SUPERIOR Tribunal de Justiça – AgRg no AREsp 316338 / PE – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0078011-1, Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, T4 – Quarta Turma, Data do julgamento: 16/04/2015. Diário de Justiça eletrônico de 05.05.2015 [Em linha]. [Consult. 27 Out. 2016]. Disponível em:http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AREsp+316338+&b=ACOR&p=-true&t=JURIDICO&l=10&i=2

SUPERIOR Tribunal de Justiça – REsp 1197778 / SP – RECURSO ESPECIAL 2010/0105155-9, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T3 – Terceira Turma, Data do julgamento: 25/03/2014. Diário de Justiça eletrônico de 01/04/2014 [Em linha]. [Consult. 17 Set. 2016]. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1197778&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2

TARTUCE, Flávio – Direito Civil. São Paulo: Editora Método, 2010. ISBN 978-85-309-3126-1.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – AC n. 10382110009166001 MG, Relator: Desembargador Luciano Pinto, Câmaras Cíveis/17ª CÂMARA CÍVEL – data de julgamento: 04/02/2016, data de publicação: Diário da Justiça de 23/02/2016 [Em linha]. [Consult. 17 Set. 2016]. Disponível em: http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307975112/apelacao-civel-ac-10382110009166001-mg/inteiro-teor-307975230

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – AC 188/86 – 3ª C – Relator Desembargador Silva Wolff – Julgado em 29.11.1988. RJ 138/91 [Em linha]. [Consult. 17 Set. 2016] http://www.jusbrasil.com.br/diarios/10667864/pg-1076-diario-de-justica-do-estado-de-pernambuco-djpe-de-08-02-2010

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa – Direito Civil – Contratos em Espécie. v. 3. 12a edição. São Paulo: Editora ATLAS, 2012.

WALD, Arnoldo – Direito Civil – Contratos em Espécie. 18ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

A curvatura do espaço constitucional: o que os advogados podem aprender com a Física Moderna[1]

Laurence H. Tribe* -- **

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As lições constitucionais da Física Moderna: 2.1. Teoria da Relatividade Geral; 2.1.1. Espaço Físico Curvo; 2.2. Curvando o "espaço" legal; 2.2.1. Abuso infantil; 2.2.2. Aborto; 2.3. Teoria Quântica; 2.3.1. Alterando o mundo físico no processo de observá-lo; 2.3.2. Alterando o mundo jurídico no processo de "observá-lo". 3. Mudando os paradigmas legais: 3.1. A superação atrasada de Lochner v. New York; 3.2. A emergência tentada de um paradigma pós-newtoniano; 3.3. Retrocesso judicial; 3.4. Limites institucionais; 3.5. Escolhendo paradigmas jurídicos. 4. Conclusão.

RESUMO: A física do século 20 revolucionou nossa compreensão do mundo físico. A teoria da relatividade substituiu uma visão do universo feito de objetos isolados agindo um sobre o outro à distância por um modelo no qual o próprio espaço é curvo e alterado pela presença e movimento de objetos. A física quântica minou a confiança dos cientistas em sua habilidade de observar e compreender um fenômeno sem alterá-lo fundamentalmente no processo. O Professor Tribe usa essa mudança de paradigma na

---

1. Publicação original: "The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics", Harvard Law Review v. 103, n. 1, nov.1989.

(*) Tyler Professor of Constitutional Law, Harvard Law School. Sou grato a Rob Fisher, Michael Dorf, Kenneth Chesebro, Gene Sperling, e Barack Obama por seu auxílio na análise e pesquisa e ao Professor Gerald Holton (Harvard Physics Department) por seus comentários úteis. Esta dissertação se baseia na 43a Palestra Anual Cardozo que dei perante a Association of the Bar of the City of New York em 11.05.1989, 44 *Record of the Ass'n of the Bar of the City of New York* 575 (1989).

(**) Traduzido por Marcelo Azevedo Chamone, Juiz do Trabalho da 2ª Região e doutorando pela PUC-SP. Revisado por Vanessa Anitablian Baltazar, Juíza do Trabalho da 2ª Região e mestranda pela PUC-SP.

física para ilustrar a necessidade de uma jurisprudência constitucional revisada. Ele argumenta que juízes e advogados precisam reconhecer o profundo impacto que a lei tem na formação (moldura) do pano de fundo social. Este pano de fundo é muito frequentemente tomado como dado. Juízes, em particular, não podem simplesmente chegar e resolver disputas entre indivíduos sem alterar permanentemente o espaço legal e social. O próprio ato de julgar altera o contexto e as relações em julgamento. O Professor Tribe conclui que, muito embora perspectivas semelhantes àquelas da física moderna tenham sido integradas em alguns dos mais importantes casos constitucionais decididos durante o século 20, a Suprema Corte atual mostra uma infeliz tendência direcionada a se fiar muito frequentemente em visões da sociedade e linguagem que foram há muito rejeitadas como formais e estéreis em excesso.

1. INTRODUÇÃO

Muito embora o meu tema seja as lições constitucionais das físicas da relatividade geral e quântica, eu não abordo o tema por estar determinado a trazer a ciência ou matemática para o direito; eu ainda acredito no que escrevi na década de 1970 sobre os perigos dessa empreitada.[2] Nem desejo sugerir que exista uma hierarquia epistemológica com o direito empoleirado num degrau inferior olhando para seus superiores por orientação. Em vez disso, minha conjetura é que as metáforas e intuições que guiam os físicos podem enriquecer nossas compreensões de questões sociais e legais. Eu tomo emprestadas metáforas da física hesitantemente; meu propósito é explorar as ramificações heurísticas para o direito; meu critério de avaliação é se os conceitos que possamos trazer da física levam à iluminação de questões e caminhos. Eu sigo adiante nesse empenho porque acredito que a reflexão sobre certos desenvolvimentos na física pode nos ajuda apreender e refinar algumas de nossas mais íntimas intuições sobre o papel penetrante e profundo que o direito tem na formação da sociedade e de nossas vidas.

No mesmo espírito, eu sigo mantendo minha objeção prévia a qualquer forma de dogmatismo que encerre discursos sobre valores fundamentais dentro do direito.[3] Procurar nas ciências respostas

2. Ver infra nota 2.

3. Eu ainda acredito que tentativas de reduzir questões humanas a equações de custo-benefício, como pessoas no movimento direito e economia por vezes fazer,

oficiais a questões legais, ou quaisquer questões, é equivocado. A filosofia formalista que vê a ciência como uma "coleção" do "provado" ou mesmo do "provável" é baseada numa coisificação inapropriada. A melhor visão da ciência é uma exploração contínua e, acima de tudo, crítica de intuições frutíferas; a melhor metáfora é a de uma jornada. A ciência não é tanto sobre provar quanto sobre melhorar. Procurar nas ciências naturais por autoridade – isto é, por certeza – é procurar pelo que não está lá.[4]

Este olhar além do direito para compreender o direito é necessário porque nossos métodos formais de raciocínio sobre os problemas legais em geral, e problemas constitucionais em particular, nem sempre tem acompanhado as amplas percepções sobre o que faz sentido ao se pensar e falar sobre o estado, sobre tribunais, e sobre o papel de ambos na sociedade. Como pensamos sobre essas instituições tem sido fundamentalmente influenciado por novas compreensões sobre o modo de atuação do mundo físico. Michel Foucault fala de "um espaço epistemológico específico de um período em particular";[5] ele sugere que regras positivas tácitas de discurso atravessam e condicionam diferentes disciplinas em qualquer período dado. Uma comparação interdisciplinar traz maior percepção de preconceitos, e é o desvelar de tal conhecimento tácito que muitas vezes cria a possibilidade de escolha e progresso intelectual. Apesar de nossa compreensão intuitiva sobre a as relações entre direito, estado, e sociedade ter evoluído, nosso vocabulário ficou para trás de nossas intuições: a linguagem na qual ainda tendemos a perguntar questões jurídicas e expressar doutrina jurídica ainda não reflete a alteração em nossas percepções. O

---

são necessariamente distorcidas. Ver Tribe, Policy Science: Analysis or Ideology?, 2 PHIL. & PUB. AFF. 66 (1972); ver também Tribe, Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?, 98 HARV. L. REV. 592 (1985); Tribe, Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve, 36 HASTINGS L.J. 155 (1984); Tribe, Technology Assessment and the Fourth Discontinuity: The Limits of Instrumental Rationality, 46 S. CAL. L. REV. 617 (1973); Tribe, Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, 84 HARV. L. REV. 1329 (1971); Tribe, Ways Not To Think About Plastic Trees: New Foundations for Environmental Law, 83 YALE L.J. 1315 (1974).

4. Para ensaios sobre aspectos relevantes da filosofia da ciência, ver Criticism and the growth of knowledge (I. Lakatos & A. Musgrave eds. 1970).

5. M. Foucault, The order of things: an archaeology of human sciences pág. xi (1970).

resultado tem sido facilitar aos tribunais e advogados expressarem suas análises de várias áreas em termos que estão profundamente fora de sincronia com essa alteração das percepções subjacentes.

Assim, enquanto alguns aspectos da jurisprudência da Suprema Corte, como tentarei mostrar, tornaram-se razoavelmente congruentes com essa alteração, outros aspectos dessa jurisprudência ou nunca chegaram a isso ou ficaram perceptivelmente para trás de nossas percepções compartilhadas. Para ilustrar esse fracasso, este ensaio irá discutir alguns dos trabalhos das Cortes [presididas por] Burger e Rehnquist. Além disso, o ensaio irá arguir que as alterações conceituais centrais representadas na física moderna fornecem novos modos úteis de pensar e falar sobre o direito, argumentação jurídica e prática jurídica.

Eu certamente não sou o primeiro a usar a ciência para falar de direito. Logo no início da história de nossa nação era lugar comum, por exemplo, dizer que a Constituição de 1787 era newtoniana em seu desenho, com suas forças e contra-forças cuidadosamente contrapostas, seus pesos e contrapesos, estruturados como "uma máquina que funcionaria sozinha" para enfrentar as crises do futuro.[6] Mais tarde, conforme o país cresceu e o apertou o passo da mudança social, e depois que a teoria da evolução de Darwin ganhou aceitação, muitos pensadores – Justice Holmes, por exemplo, e Woodrow Wilson – viram

6. Ver M. Kammen, A machine that would go of itself: the Constitution in american culture (1986). Num ensaio incisivo, Brian Koukoutchos observa: "Após o fim do século 16, uma reação se iniciou contra a tradição mística na forma de uma visão mecanicista do universo. Se o paradigma anterior se inspirava em Platão, o posterior traçava sua linhagem a Arquimedes ... Os Projetistas [Framers] – um apelido apto para uma era mecanicista – naturalmente pensaram e se expressaram de acordo com o paradigma prevalecente de seu tempo. ... Foi o legado dos Principia de Newton que '[t]oda mecânica adquiriu, por um tempo, o encanto da complexidade controlada'." Koukoutchos, Constitutional Kinetics: The Independent Counsel Case and the Separation of Powers, 23 WAKE FOREST L. REV. 635, 641-42 (1988) (nota de rodapé omitida) (citando G. Wills, Inventing America: Jefferson's declaration of independence, 98 (1978)). Em outro trabalho recente, Professor A. E. Dick Howard discute as influências dos relógios, "apetrechos," e metáforas mecânicas nos patriarcas fundadores. Ele levanta a questão, "até qual medida o ordenamento do sistema constitucional supõe um universo newtoniano – um mecanismo auto-regulante ...?" A. E. Dick Howard, The Mechanical Conception of the Constitution, 24 (trabalho apresentado no Colloque International: 1789 et l'Invention de la Constitution, Association Française de Science Politique, Mar. 2-4, 1989) (disponível na Biblioteca da Harvard Law School).

na Constituição aspectos orgânicos de uma coisa viva e em evolução.[7] Por mais interessantes que essas metáforas possam ser, eu não quero tomar emprestado da ciência possíveis imagens para descrever instituições jurídicas particulares pelo lado de fora, mas uma linguagem para se engajar na própria análise jurídica. Eu espero jogar luz não na natureza da Constituição como uma coisa mas no caráter e estrutura da análise constitucional como um processo.

2. AS LIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA FÍSICA MODERNA

A física newtoniana de dois séculos atrás via os objetos interagindo através da extensão de um espaço neutro e indiferente de um modo objetivo e cognoscível, de acordo com leis físicas simples que pareciam explicar a realidade observada sem exigir muito mais reflexão sobre a estrutura básica do universo.[8] Tal como bolinhas de gude, os objetos podem se colidir, mas não alterar o campo de jogo.[9]

---

7. Como Holmes o colocou: "Não importa o quanto possamos codificar o direito numa série de proposições aparentemente auto-suficientes, essas proposições serão apenas uma fase em crescimento contínuo." O. W. Holmes, The Common Law, 32 (1881). Metáforas biológicas e evolutivas são proeminentes no trabalho de Holmes: "Assim como a clavícula no gato apenas revela a existência de alguma criatura anterior para quem esse osso era útil, os precedentes sobrevivem no direito muito depois da utilidade que tiveram ter se encerrado e da sua razão ter sido esquecida." Id. pág. 31. Sobre Holmes, ver Veilleux, The Scientific Model in Law, 75 GEO. L.J. 1967, 1977 (1987). Sobre teorias evolutivas no direito, ver id. pág. 1977 n.57. Woodrow Wilson talvez o coloque melhor: "a Constituição dos Estados Unidos não é um mero document de advogados: ela é um veículo da vida, e seu espírito é sempre o espírito da época." W. Wilson, Constitutional government in the United States, 69 (1911). Ver também Tribe, The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis, 37 J. LEGAL EDUC. 170 (1987).

8. "O pensamento científico newtoniano era baseado fundamentalmente em assunções metafísicas envolvendo Deus, espaço absoluto, tempo absoluto e leis absolutas." M. Kline, Mathematics and the search for knowledge, 165 (1985); ver também Three hundred years of gravitation, 4 (S. Hawking & W. Israel eds. 1987).

9. Em termos mais técnicos, Einstein descreve algumas assunções da física pré-relatividade: “Em primeiro lugar, é presumido que se pode mover um corpo rígido ideal de um modo arbitrário. Em segundo lugar, é presumido que o comportamento do corpo rígido ideal quanto à orientação é independente dos corpos materiais e suas mudanças de posição, no senso de que se dois intervalos puderem coincidir uma vez, eles podem sempre e em qualquer lugar coincidir.” A. Einstein, The meaning of relativity, 4-5 (5th ed. 1956).

Desde a década de 1920, a física tem sido guiada por duas mudanças chave para longe dessa visão. Na grande escala, a teoria geral da relatividade demonstrou, dentre outras coisas, que o universo físico, tal como visto por um telescópio, pode ser explicado apenas ao se perceber que objetos como estrelas e planetas *mudam* o espaço ao seu redor – eles literalmente o "deformam" – de modo que seu efeito e tanto complexo quanto interativo.[10] Na escala subatômica, a teoria do quantum demonstrou que o universo não pode ser observado como se o mundo natural na ponta do microscópio não fosse afetado pelo olho enxergando na lente – o próprio processo de observação e análise pode fundamentalmente alterar as coisas sendo observadas, e pode mudar como elas se comportarão a partir de então.[11]

As percepções que a teoria da relatividade geral e do quantum têm a oferecer para os nossos propósitos não exige domínio de detalhes técnicos, mas exige familiaridade com diversos conceitos bem simples mas fundamentais. Esta seção oferece uma breve explicação de cada uma dessas teorias e então examina como suas percepções podem nos ajudar a chegar a um paradigma[12] do raciocínio jurídico e análise constitucional para abordar algumas de nossas dificuldades atuais.

2.1. Teoria da Relatividade Geral

2.1.1. Espaço Físico Curvo

Na cultura popular, a frase "relatividade geral" tem uma qualidade quase mística,[13] mas historicamente seu efeito foi sobretudo des-

10. Como Einstein afirma: "Nosso mundo não é euclidiano. A natureza geométrica do nosso mundo é modelada pelas massas e suas velocidades." A. Einstein & L. Infeld, The evolution of physics: from early concepts to relativity and quanta, 237 (1938). Ver infra seção II.A.

11. Ver infra seção II.B.

12. Minha abordagem é obviamente inspirada em certa medida pela visão do discurso paradigmático de Thomas Kuhn encontrada em seu trabalho seminal, T. Kuhn, The structure of scientific revolutions (2d ed. 1970). Eu não me apoio, contudo, na estrutura específica do paradigma "paradigma" de Kuhn, que foi devidamente criticado em vários diferentes níveis. Ver, e.g., Lakatos, Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes em Criticism and the growth of knowledge, supra nota 3, pág. 91.

13. Como escreve Paul Davies: "Mais de cinquenta anos atrás algo estranho ocorreu na ciência física. Novas idéias bizarras e estonteantes sobre espaço e tempo,

mistificante. A teoria emergiu de uma tentativa de aprimorar a teoria da gravidade de Newton.[14] Na teoria de Newton, a gravidade é uma força física discreta, na qual quanto maior for a massa de um objeto, mais fortemente ele "puxa" outros objetos.[15] Por exemplo, a Terra exerce uma força maior num objeto colocado em sua superfície do que o objeto tem na superfície da Lua, o que explica por que os astronautas pulam tão alto quando eles estão na Lua, e como Alan Shepard conseguiu estabelecer um recorde galáctico em 1971 de distância de uma bola de golfe – pelo seu relato "milhas e milhas e milhas" – com um taco de ferro-seis preso a um bastão de amostras. Apesar de Newton ter desenvolvido uma fórmula precisa para calcular essa força,[16] a fórmula deixou um grande mistério inexplicado: se o Sol e os planetas puxam uns aos outros com intensidade variada dependendo de onde estão em relação ao outro, esses corpos devem ter algum modo de detectar a localização do outro. Mas como? Quem ou o que "conta" para a Terra onde o Sol está e qual o seu tamanho?[17] As únicas respostas disponíveis sempre pareceram estranhamente místicas – como se cada átomo na Terra fosse conectado a cada átomo do Sol por uma "corda" da gravidade invisível mas pesada, a cada átomo da Lua por um "cordão" igualmente invisível, e a cada átomo dos planetas distantes por meros "fios." Nessa imagem, conforme os planetas orbitam o Sol,

---

mente e matéria, irrompeu dentro da comunidade científica. ... Físicos começaram a perceber que suas descobertas exigiam uma reformulação radical dos mais fundamentais aspectos da realidade. Eles aprenderam a abordar seus assuntos de modos totalmente inesperados e novos que pareciam virar o senso comum de cabeça pra baixo e encontrar concordância mais próxima com o misticismo do que com o materialismo." P. Davies, God and the new physics pág. vii (1983).

14. Einstein afirma: "A teoria geral da relatividade tenta formular leis físicas para todos os sistemas co-ordenados. O problema fundamental da teoria é o da gravitação. A teoria faz a primeira tentativa séria, desde o tempo de Newton, de reformular a lei da gravitação." A. Einstein & L. Infeld, supra nota 9, pág. 235.

15. Ver M. Kline, supra nota 7, pág. 112.

16. $F = \frac{GM_1M_2}{d^2}$ (As massas dos corpos em atração são M1 e M2; d é a distância entre eles; e G é a constante gravitacional universal.)

17. Newton expressou sua insatisfação em carta a Richard Bentley: "Que um corpo possa atuar sobre outra à distância através do vácuo sem a mediação de nenhuma outra coisa, pela qual sua ação e força possa ser transmitida de um a outro, é para mim um absurdo tão grande que, eu creio, nenhum homem que tenha em matérias filosóficas faculdade competente de pensamento poderia acreditar." M. Kline, supra nota 7, pág. 121.

as gavinhas dessa estranha "força" chamada gravidades sempre mudam; mas como tal "força" poderia agir instantaneamente a através de vastas distâncias de espaço vazio, entre objetos que não poderiam ter "consciência" da existência, ou massa, do outro permanecia um completo enigma.[18]

A relatividade geral reformulou a teoria da gravidade do chão para cima. Na visão de Einstein, os planetas não se moviam como reação ao puxão ou sinal de alguma conexão invisível a outra massa. Ele postulou pelo contrário que o próprio espaço é torcido e moldado pelas massas que ele contém,[19] causando as massas a mover pelo espaço e tempo de acordo com esse molde. Guiadas não por forças invisíveis mas pela própria curvatura do espaço em volta delas – tal como a bolinha de gude jogada numa tigela giraria em volta de acordo com a curvatura da própria tigela.[20]

Num espaço curvo a distância mais curta entre dois pontos é uma linha que se curva com o próprio espaço. Num sentido, os planetas não poderiam se importar menos com a localização do Sol, e não estão conectados a ele por "fios" gravitacionais tipo cordas; eles não precisam de ordem de marcha pois os caminhos pelos quais eles viajam são determinados pela geometria do espaço no entorno. Então o problema de "ação à distância" é resolvido por uma mudança de paradigma – de

---

18. Kline afirma: "Newton fez diversas afirmações sobre a gravidade nas três edições de seus Princípios Matemáticos. ... Como a gravitação poderia alcançar 93 milhões de milhas e puxar a Terra em direção ao Sol lhe parecia inexplicável, e ele não formulou nenhuma hipótese sobre isso. Ele esperava que outros estudassem a natureza dessa força. Pessoas tentaram explicar isso em termo de pressão exercida por algum meio interveniente e por outros processos, todos eles mostrados como insatisfatórios." Id. pág. 122.

19. George Gamow explica: "A grande idéia, que foi incluída por Einstein na fundação de sua teoria geral do espaço curvo, consiste na assunção de que o espaço físico se curva na vizinhança de grandes massas; quanto maior a massa maior a curvatura." G. Gamow, One two three ... infinity, 106 (1961) (destaque no original).

20. Hawking nota: "Einstein fez a proposta revolucionária de que a gravidade não é uma força como as demais forças, mas é uma consequência do fato de que o espaço-tempo não é plano, como era suposto anteriormente: ele é curvo, ou 'distorcido,' pela distribuição de massa e energia nele. Corpos como a Terra não são levados a se mover em órbitas curvas por uma força chamada gravidade; ao invés, ele seguem o mais próximo a um caminho reto num espaço curvo, o que é chamado de geodésica." S. Hawking, A brief history of time: from the big bang to black holes, 29 (1988).

um paradigma onde o espaço era visto como absoluto e uniforme, e simplesmente parte do pano de fundo,[21] para um paradigma no qual o espaço é visto como relativo e nada uniforme, e tão parte do primeiro plano quanto os objetos nele.

2.2. Curvando o "espaço" legal

A concepção do espaço de Newton como um pano de fundo vazio é paralela ao paradigma jurídico de que o poder estatal, inclusive o poder judiciário, está à parte da ordem neutra, 'natural', das coisas. No reino da física, Einstein criticou incisivamente a visão de mundo na qual ao espaço como tal é atribuído um papel no sistema da física que o distingue de todos os outros elementos da descrição física. Ele tem um papel determinante em todos processos, sem por sua vez ser influenciado por estes. Apesar desta teoria ser logicamente possível, ela é por outro lado bastante insatisfatória. Newton estava plenamente ciente desta deficiência, mas ele também havia compreendido claramente que nenhum outro caminho estava aberto para a física em seu tempo.[22]

Na visão de Einstein, o espaço não é o "palco" neutro onde a ação se passa, mas apenas um ator entre outros, todos os quais interagem no desenrolar da história. O brilhantismo de Einstein estava em reconhecer que ao se compreender a realidade física o "segundo plano" não podia ser abstraído do "primeiro plano." No paradigma inspirado por Einstein, "[e]spaço e tempo são agora quantidades dinâmicas: quando um corpo move, ou uma força age, afeta a *curvatura* do espaço e tempo – e por sua vez a estrutura do espaço-tempo afeta o modo que os corpos movem e as forças agem."[23]

Uma concepção paralela no universo jurídico afirmaria que, assim como o espaço não pode se desenredar do desdobrar da história

---

21. Karl Popper descreve bem a interpretação kantiana do espaço e tempo newtoniano: "espaço e tempo eles próprios não são coisas nem eventos: eles não podem nem mesmo ser observados: eles são mais elusivos. Eles são um tipo de moldura para as coisas e eventos: algo como um sistema de escaninhos, ou um sistema de arquivamento, para observações." K. Popper, Kant's Critique and Cosmology, em Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge, 175, 179 (rev. 4th ed. 1972).

22. A. Einstein, supra nota 8, pág. 140.

23. S. Hawking, supra nota 19, pág. 33 (destaque acrescido).

da realidade física, também o direito não pode se extrair das estruturas sociais; ele não pode "recuar", estabelecer um ponto de referência "arquimediano" com neutralidade à parte, e seletivamente penetrar, como se a partir do lado de fora, para fazer ajustes finos em conflitos altamente particularizados. Cada decisão jurídica reestrutura o próprio direito, assim como o ambiente social no qual o direito opera, porque, assim como toda atividade humana, o direito está inevitavelmente envolvido no processo dialético pelo qual a sociedade está constantemente se recriando.

Para providenciar uma visão inicial de quão útil a metáfora do "espaço curvo" não precisamos olhar além de dois dos mais controversos casos que a Suprema Corte decidiu neste ano.

2.2.1. Abuso infantil

O primeiro caso diz respeito à vida trágica do jovem Joshua DeShaney. Joshua era o filho pequeno de um pai que o espancava gravemente repetidamente.[24] Apesar dos vários avisos recebidos pelas agências de serviço social sobre a violência do pai, ninguém veio socorrer Joshua.[25] Joshua agora vive em estado quase vegetativo, muito além dos poderes até mesmo da ciência moderna para se recuperar completamente.[26] Ele fica deitado, para sempre sozinho em seu mundo, porque, enquanto as autoridades dos serviços sociais do Condado de Winnebago, Wisconsin diligentemente registravam as coisas terríveis que eles sabiam estavam acontecendo com o pobre Joshua e guardavam registros meticulosos e burocraticamente racionais das lesões da criança, eles não levantaram um dedo para ajudá-lo.[27]

Depois de Joshua ter sido espancado e permanentemente lesionado por seu pai, o guardião de Joshua processou os assistentes sociais e funcionários locais que permitiram que esses terríveis espancamentos ocorressem, sob o argumento de que a sua falta de atuação o privaram de sua liberdade em violação à cláusula do devido processo da

24. Ver DeShaney v. Winnebago County Dep't of Social Servs., 109 S. Ct. 998, 1002 (1989).

25. Ver id. pág. 1001-02.

26. Ver DeShaney v. Winnebago County Dep't of Social Servs., 812 F.2d 298, 300 (7th Cir. 1987).

27. Ver DeShaney, 109 S. Ct. pág. 1010 (Brennan, J., divergência).

décima-quarta emenda,[28] e que portanto Joshua teria direito a receber indenização sob a legislação de direitos civis.[29] A Suprema Corte decidiu em *DeShaney v. Winnebago County* que não havia violação à décima-quarta emenda, e então nenhum fundamento para indenização sob a legislação promulgada na esteira da Guerra Civil para fazer aplicar aquela emenda.[30]

A Corte falou comoventemente do que chamou de fatos "inegavelmente trágicos" do caso,[31] mas seguiu afirmando que:

> [...] nada na letra da cláusula do devido processo ... exige que o Estado proteja a vida, liberdade ou propriedade de seus cidadãos contra a invasão por atores privados. A cláusula é formulada como uma limitação ao poder de ação do Estado, não como uma garantia de certos níveis mínimos de proteção e segurança.[32]

Próximo ao fim do voto da maioria, redigido pelo Chief Justice Rehnquist, a Corte parou para notar que:

> Juízes e advogados, como outros humanos, são movidos por compaixão natural num caso como esse para encontrar um meio para que Joshua e sua mãe recebam compensação adequada para o grave dano que lhes foi infligido. Mas antes de ceder a esse impulso, é bom lembrar mais uma vez que o dano foi infligido não pelo Estado de Wisconsin, mas pelo pai de Joshua. A máximo que pode ser dito sobre os funcionários estaduais neste caso é que eles ficaram parados e nada fizeram quando circunstâncias suspeitas exigiam um papel mais ativo deles.[33]
>
> A Corte seguiu dizendo, em defesa dos funcionários, que tivessem eles se movimentado antes da hora para retirar o filho da custódia do pai, eles provavelmente teriam recebido acusações de se intrometer impropriamente na relação pais-filho, acusações baseadas na mesma cláusula de devido

28. Ver 109 S. Ct. pág. 1001.
29. 42 U.S.C. §§ 1983, 1985, 1988 (1982); ver DeShaney v. DeShaney, No. 85-C-310, slip op. pág. 1 (E.D. Wis. June 20, 1986).
30. Ver 109 S. Ct. pág. 1001.
31. Ver id.
32. Id. pág. 1003.
33. Id. pág. 1007.

> processo que forma a base da presente acusação de falta de fornecer proteção adequada.[34]

Justice Blackmun, numa divergência amarga, ralhou a maioria por parecer "ser o oráculo desapaixonado da lei, impassível por 'compaixão natural.'"[35] Ele comparou a Corte [presidida por] Rehnquist a "os juízes do pré-guerra [civil] que negavam remédio aos escravos fugitivos."[36] Ele tinha pouca compaixão à alegação da Corte de que "sua decisão, ainda que dura, é decorrente da doutrina jurídica corrente."[37] Em sua visão, a questão estava "aberta."[38] Ele argumentou que os precedentes da décima-quarta emenda poderiam "ser lidos mais ampliativamente ou restritivamente dependendo de como a pessoa escolher lê-los."[39] Ele escreveu que, diante de tal escolha, *ele* "adotaria uma leitura 'compreensiva', que comporte os ditames da justiça fundamental e reconheça que a compaixão não precisa ser exilada da província do julgamento."[40]

Meu propósito aqui não é assumir uma posição sobre quem tem o melhor argumento. Minha aflição não está centrada nem no resultado da maioria, nem na noção de que a maioria teve o coração muito duro – muito indispostos a permitir que a razão fosse temperada com compaixão. De fato, eu rejeitaria a idéia de que o modo de análise da maioria realmente *tinha* a "razão" do seu lado, ou que os divergentes chegaram às suas conclusões principalmente porque se permitiram sentir compaixão por Joshua. Meu problema é com a visão majoritária bem primitiva do estado de Wisconsin como algum tipo de objeto distinto, um tipo de máquina que deve ser compreendido como agindo sobre uma ordem pré-política, natural, da vida privada. Pela perspectiva da maioria, o estado de Wisconsin funciona como uma coisa, seus braços empregando força de uma distância segura sobre o mundo natural por vezes desagradável, no qual o abuso de crianças é um fato infeliz,

---

34. Id.

35. Id. pág. 1012 (Blackmun, J., divergência).

36. Id.

37. Id.

38. Id.

39. Id.

40. Id.

mas externo, pré-legal e pré-político de nossa sociedade.[41] As Cortes, como observadores passivos e imparciais, podem intervir para oferecer ajudar apenas quando outro braço do estado houver intervindo e quebrado esta ordem natural, pré-política, lesionando por si mesmo diretamente uma criança pequena.

Dentro do pomposo paradigma pré-moderno da maioria,[42] não há nenhuma insinuação de que a mão observadora do estado pode ela mesma ter desempenhado um papel principal em moldar o mundo que ela observa. Assim quando a maioria da Suprema Corte olhou para uma das pessoas mais indefesas no universo que conhecemos – uma criança abusada – ela não questionou se a mão do estado pode ter alterado um panorama já político de um modo que encorajou tal espancamento infantil passar sem ser corrigido. A questão da maioria em *DeShaney* foi simplesmente, "foi o Estado de Wisconsin quem bateu naquela criança?" e não, "a lei de Wisconsin, tomada em sua completude, dobrou o panorama jurídico de modo que efetivamente defletiu a assistência que de outra forma estaria disponível para Joshua DeShaney?"

Apenas a divergência do Justice Brennan se preocupou em perguntar se o estado de Wisconsin – ao estabelecer um Sistema de bem-estar infantil especificamente para ajudar crianças como Joshua, criando um sistema para investigar casos relatados de abuso infantil, e tornando ilegal intromissões privadas em lares onde a criança pareça em risco – efetivamente *canalizou* todos os relatos de

41. Em meu livro, L. Tribe, Constitutional choices (1985), Eu argumento que há uma predileção psicológica e ideológica para perceber a existência de uma esfera privada – apesar de circunscrita pelo direito e pelo estado – na qual as ações são autônomas: "Muitos de nós ... se agarram a tais institutos como liberdade contratual e propriedade privada, vendo-as como uma parte natura, 'dada', do panorama jurídico que fornece um pano de fundo para nossas transações privadas e consensuais." Id. pág. 264.

42. Eu uso o termo "moderno" para capturar o movimento tanto nas ciências quanto nas artes. Numa discussão sobre o cubismo, Eugene Lunn afirma: "Enquanto os simbolistas e impressionistas exploraram a metáfora e a cor para estetizar a realidade, os cubistas atacaram mais diretamente a noção de arte como levando uma existência independente e hermética insulada do mundo externo visível. Ao mesmo tempo, eles procuraram mostrar através de métodos tais como incorporar 'objetos encontrados' (e.g., páginas de jornais, pedaços de corda ou de madeira) que a arte não é uma janela para o mundo 'externo' mas um aspecto da própria 'realidade'." E. Lunn, Marxism and modernism: an historical study of Lukacs, Brecht, Benjamin, and Adorno, 49 (1982).

tais abusos, e todas as ações em resposta a tais relatos, a agências específicas. Desta forma, o estado convidou cidadãos e outros a "confiar nos departamentos locais de serviços sociais ... para proteger as crianças de abusos."[43] Os divergentes, no que eu elogiaria como uma admirável compreensão pós-newtoniana, concluiu que desmente a realidade afirmar que o estado *nada* fez em relação a Joshua. Pelo contrário, o programa de proteção infantil de Wisconsin "interviu ativamente na vida de Joshua" e "efetivamente [o] confinou dentro das paredes do lar violento de Randy DeShaney até o momento que o DSS [Departamento de Serviços Sociais] agiu para removê-lo."[44] "Concebivelmente, ... crianças como Joshua ficam em pior situação," arrazoaram os divergentes, "com a existência deste programa quando as pessoas e entes encarregados de executá-lo deixam de fazer seu trabalho."[45]

O Justice Brennan se baseou fortemente em *Youngberg v. Romeo*[46] e *Estelle v. Gamble*[47] – casos afirmando que a cláusula do devido processo exige que as pessoas internadas pelo estado recebam serviços suficientes a atender as necessidades básicas. (Em *Youngberg* a instituição era um hospital psiquiátrico; em *Estelle*, era uma prisão.) O Justice Brennan leu esses casos "como defendendo a ... proposição generosa de que, se um Estado corta fontes privadas de ajuda e então ele mesmo se recusa a ajudar, ele não pode lavar as mãos dos danos que resultam de sua inação."[48] A partir daí ele achou o caso *DeShaney* a apenas um pequeno salto de distância.

---

43. 109 S. Ct. pág. 1010 (Brennan, J., acompanhado por Marshall e Blackmun, JJ., divergência).

44. Id. pág. 1011.

45. Id.

46. 457 U.S. 307 (1982).

47. 429 U.S. 97 (1976).

48. 109 S. Ct. pág. 1009. Ver também Restatement (second) of torts § 324 (1965) (afirmando que alguém que venha socorrer uma pessoa e então deixe esta pessoa numa situação pior é responsável pela lesão desta pessoa); Black v. New York, N.H. & H.R.R., 193 Mass. 448, 79 N.E. 797 (1907) (decidindo que o réu é responsável por deixar o autor intoxicado numa posição perigosa após ajudá-lo a descer de um trem); Zelenko v. Gimbel Bros., 158 Misc. 904, 287 N.Y.S. 134 (Sup. Ct., Special Term 1935) (decidindo que o réu é responsável por fornecer socorro médico insuficiente quando a ação do réu deixa o autor desatendido de outras fontes de socorro), aff'd, 247 A.D. 867, 287 N.Y.s. 136 (1936).

Mas *Youngberg* e *Estelle*, como dois fogos-fátuos, parecem ter afastado o Justice Brennan de compreensões talvez mais profundas ofertadas [pelo caso] *Boddie v. Connecticut*.[49] Em *Boddie*, um casal indigente não pôde obter o divórcio porque eles não podiam arcar com as custas de entrada. A Corte decidiu que:

> [...] dada a posição básica da relação de casamento na hierarquia de valores desta sociedade e o concomitante monopólio estatal dos meios de dissolver legalmente essa relação, o devido processo proíbe que um Estado negue, apenas pela impossibilidade de pagar, acesso aos seus tribunais aos indivíduos que procuram a dissolução judicial de seus casamentos.[50]

Claro, o Justice Brennan citou *Boddie* – para a proposição de que "a monopolização de um caminho específico de socorro pode impor ao Estado certos deveres positivos."[51] Ele o rotulou como "instrutivo" e o incluiu dentro da classe de casos que "sinalizam que as ações anteriores do estado podem ser decisivas na análise da significância constitucional de sua inação."[52] O Justice Brennan retratou *Boddie* como um paralelo próximo a *Youngberg* e *Estelle*: "Eu ... colocaria as pretensões dos DeShaneys dentro da moldura de casos como *Youngberg* e *Estelle*, e mais genericamente, *Boddie*. ..."[53]

No entanto há uma distinção fundamental a ser feita entre *Youngberg* e *Estelle* de um lado, e *Boddie* no outro. Tanto em *Youngberg* e *Estelle*, foi a internação pelo estado de um *indivíduo particular* que isolou aquela pessoa de meios alternativos de atender suas necessidades básicas. Em *Boddie*, contudo, não havia nenhuma ação estatal prévia direcionada àquele indivíduo. Foi a própria estrutura legal – combinada, certamente, com as circunstâncias econômicas e sociais do indivíduo – que isolaram a pessoa do atendimento de uma necessidade importante.

Boddie, ao invés de focar de um modo newtoniano nas forças isoladas agindo sobre indivíduos específicos, introduziu o espaço curvo

---

49. 401 U.S. 371 (1971).

50. Id. pág. 374.

51. 109 S. Ct. pág. 1009.

52. Id. pág. 1010.

53. Id.

de um mundo pós-newtoniano onde o foco é ampliado para abarcar a geometria maior do "espaço" onde os eventos e pessoas relevantes interagem. Se a lei cria um monopólio estatal sobre o atendimento de certas necessidades (dissolução de um casamento fracassado, proteção de um pai violento) e assim torna alguns, mas não todos, indivíduos especialmente vulneráveis, pode o próprio ato de criar esta estrutura legal constituir uma ação estatal violadora do devido processo? Teria a criação de um monopólio estatal sobre o atendimento de uma categoria de necessidades dobrado o próprio espaço jurídico de uma forma reconhecível? *Boddie* responde que "sim," ao menos onde o interesse do estado em preservar aquela estrutura legal inviolada for suficiente para "superar o interesse" do autor.[54]

Apesar do Justice Brennan ter enfatizado *Youngberg* e *Estelle*, o espírito de seu argumento parece derivar de *Boddie*. De uma perspectiva pós-newtoniana, *Boddie* é o caso mais dramático e fornece o paralelo mais forte com *DeShaney*. Tal como em *Boddie*, o ato governamental em *DeShaney* que isolou Joshua – isto é, o estabelecimento de uma estrutura legal que canalizou estreitamente toda informação e ação relacionada a abuso infantil – não era uma força direcionada a Joshua pessoalmente; seu isolamento foi o resultado de uma simples justaposição da lei de Wisconsin e sua situação pessoal. E, novamente como em *Boddie*, foi o monopólio criado pela estrutura legal em *DeShaney* que tornou o autor especialmente vulnerável.[55]

---

54. 401 U.S. pág. 381.

55. Uma análise similar ajuda a iluminar a decisão menos aflitiva mas ainda bem primitiva, por 5 a 4, da Suprema Corte em National Collegiate Athletic Association v. Tarkanian, 109 S. Ct. 454 (1988). Lá, a Corte arguiu que a NCAA não era um 'ator estatal' acionável sob 42 U.S.C. § 1983 pelo técnico de basquete da University of Nevada, Jerry Tarkanian, que havia sido suspenso pela University of Nevada em aplicação direta das regras e recomendações da NCAA. As linhas de força newtonianas apontavam da universidade estadual para o técnico. Havia um argumento poderoso de que a atuação da NCAA era procedimentalmente injusta e que ela moldou decisivamente a ação da universidade estadual, mas apenas os quatro divergentes viram nessa relação conjunta uma base para tratar a NCAA como parte da estrutura estatal. O fato de a posição da maioria ter sido escrita pelo Justice Stevens e que os Justices 'conservadores' White e O'Connor (assim como os Justices Brennan e Marshall) terem visto a distorção espacial através de olhos mais modernos ilustra o fato de que a dicotomia Newton-Einstein não precisa ser congruente com uma simples divisão conservadora-liberal. O Justice Stevens, observando para a maioria que o caso tradicional de ação estatal é aquele em que o estado se espreita no fundo diz que "a imagem espelhada apresentada neste

Podemos ser todos engolidos pela, e dependentes da, estrutura do direito, mas não somos todos tornados igualmente vulneráveis por ela. Se a dependência especial da lei e suas omissões que for sentida pelo mais vulnerável dentre nós puder ser rejeitada como irrelevante por não ter sido criada diretamente por nenhuma força estatal direcionada a tais indivíduos, sua dependência aumentada pode ser vista como juridicamente imaterial. Mas se a vulnerabilidade sistêmica de alguns – crianças maltratadas são talvez o principal exemplo – for ao invés visto como centralmente relevante para como a forma da lei deveria ser compreendida, então é mais provável que se pergunte ao menos se o fracasso do sistema jurídico em fazer mais por tais pessoas não seria uma privação inconstitucional de seus direitos. A juíza newtoniana, vendo aqueles cujos destinos ele determina como de um ponto de vista objetivo e afastado, pode facilmente absolver o estado de responsabilidade por seu apuro. Mas seu contraponto judicial pós-newtoniano, vendo as perspectivas daqueles que seu julgamento afeta como não menos legítimas do que as suas próprias, e perguntando qual espaço social o corpo de regras jurídicas ajuda a definir, pode achar mais difícil distanciar o estado do desamparo do mais vulnerável.

A abordagem que estou sugerindo aqui não precisa se emprestar a, ou abraçar, uma ideologia de paternalismo. Uma heurística pós-newtoniana não nos força respostas; pelo contrário, nos leva a questões mais exploratórias. Ela não é um grito para "todo o poder aos juízes," mas sim um apelo para circunspecção e questionamento na avaliação de como a distribuição e direcionamento de todos os poderes públicos – inclusive os dos juízes –- definem o espaço jurídico através do qual todos nos movemos, e na ausência do qual alguns de nós se perdem. Pode muito bem ser que todos com maior probabilidade a se perder sejam aqueles para quem este apelo faria a maior diferença. Pois é o mais vulnerável, o mais esquecido, cuja perspectiva é menos semelhante à do legislador ou juiz ou administrador e cujo destino é mais vigorosamente determinado pela modelo global do direito – por suas falhas e desvios menos visíveis e mais profundamente incorporados.

---

caso exige que avancemos através de um espelho analítico para resolvê-la.” 109 S. Ct. pág. 462. Quando o Justice Stevens e seus quatro pares atravessam, eles ignoram o modo que o espelho entorta o que eles vêem.

Por outro caminho chegamos à conclusão do filósofo John Rawls de que a justeza fundamental de uma sociedade é melhor julgada por um exame de seu tratamento aos menos favorecidos.[56]

O fato de que os argumentos do Justice Brennan serem as palavras apaixonadas de apenas uma divergência em *DeShaney* infelizmente reflete a realidade de que o paradigma ainda prevalecente de direito constitucional permanece em agudo contraste com os modos de pensamento social mais modernos.

2.2.2. Aborto

Talvez uma ilustração ainda mais dramática da persistência da ressurgência do paradigma pré-moderno no direito seja a perspectiva expressa por meu colega Charles Fried, que serviu como Procurador Geral [Solicitor General] durante a era Reagan, quando ele retornou à Suprema Corte em nome da Administração Bush para instar a Corte a derrubar o precedente *Roe v. Wade*.[57] Em seu argumento em *Webster v. Reproductive Health Services*,[58] o Sr. Fried foi perguntado pela Justice O'Connor:

> – O senhor pensa que o estado tem o direito de, se ... tivermos um sério problema de superpopulação, ... exigir que as mulheres abortem depois de determinada quantidade de filhos?
>
> O Sr. Fried respondeu:
>
> – Certamente não. Essa seria uma questão bem diferente.
>
> A Justice O'Connor prosseguiu:
>
> – No que o senhor se apoia?
>
> O Sr. Fried respondeu:
>
> – Porque diversamente do aborto ..., isso envolveria não prevenir uma operação mas interferir violentamente, pôr as mãos numa mulher e a submetê-la a uma operação. ...[59]

56. Ver J. Rawls, A theory of justice (1971).

57. 410 U.S. 113 (1973).

58. 109 S. Ct. 3040 (1989).

59. N.Y. Times, Apr. 27, 1989, em B12, col. 5.

Ao traçar sua distinção entre um aborto forçado e uma gravidez forçada, o Sr. Fried implicitamente invocou a noção de que, quando o estado torna o aborto um crime, ele não está *intervindo* na ordem natural das coisas mas simplesmente exigindo que que as pessoas deixam a "natureza" seguir seu curso. É como se o estado também não estivesse genuinamente "agindo".

Qualquer que seja a opinião de alguém sobre o "direito de escolha" em termos de reprodução, parece extraordinariamente difícil justificar a distinção constitucional defendida por Charles Fried no caso *Webster* entre o poder estatal de *exigir* o aborto em certas circunstâncias e o poder estatal de *proibí*-lo. Poder-se-ia muito bem definir "natural" de um modo que permitisse uma mulher que desejasse o aborto, e um médico que tenha a habilidade e equipamento para realizá-lo, realizar um negócio não afetado pelo estado.[60]

Para se ter certeza, mesmo que se considerasse que a mulher ainda tem um direito fundamental a fazer sua própria escolha sobre a continuação ou término de uma gravidez, *pode*-se dizer que o estado tenha uma justificativa convincente que se contrapõe ao seu direito do momento da concepção, no caso em que a opção da mulher seja para pôr *termo* à gestação mas não no caso em que a sua escolha for por *prosseguir*. Mas quaisquer dessas visões implode o "direito de fazer sua própria escolha" da mulher em um pseudo-direito de "escolher" em apenas uma direção. No que esta assimetria estaria baseada? Uma vez que o estado atinja o limiar de eliminar a escolha da mulher ao tomar controle do útero da mulher sob a perspectiva da concepção, não permanece nenhuma demarcação lógica – nenhuma hierarquia de "natural" e "artificial" – que impediria a declaração em algum tempo futuro de interesses estatais convincentes apoiando abortos obrigatórios.

Eu observei alhures que o estado faz mulheres e homens desiguais perante o direito ao traduzir automaticamente a biologia em

60. Seria difícil dizer qual teria sido o resultado 'natural' da disputa no divórcio do casal Davis sobre sete "pré-embriões" (óvulos fertilizados) congelados. Ver Davis v. Davis, 1989 Tenn. App. LEXIS 641 (No. E-14496 Sept. 21, 1989) (concedendo à Sra. Davis "custódia temporária" dos pré-embriões para propósito de implante).

destino social, portanto negando à mulher o poder sobre seus corpos e seus futuros.[61] Este conceito manipulável de uma ordem social "natural", fornecendo um pano de fundo para a atuação estatal, é frequentemente empregada para negar o papel estatal nas e a responsabilidade por criar e reforçar relações de poder.[62] A vontade da Corte de manter leis cuja aparente injustiça pensa-se simplesmente refletir a própria crueldade do mundo – com a mulher, com o pobre, ou ambos – parece mais vívida nos casos de financiamento de aborto, que mantêm vetos a abortos com financiamento federal para aquelas que não tenham outros meios de pagá-los.[63] Se pudermos definir os problemas sociais dentro da ordem "natural", então podemos quietamente culpar um deus ou, como o fez o darwinismo social, a biologia. Mas talvez

61. Ver L. Tribe, supra nota 40, pág. 243. Certamente, tratar a natureza como um destino social também pode pôr em desvantagem os homens – como mostrado em Michael H. v. Gerald D., 109 S. Ct. 2333 (1989), quando uma maioria relativa [plurality] da Corte, encabeçada pelo Justice Scalia, rejeitou a reclamação de um californiano de que ele teria um interesse de "liberdade" protegida constitucionalmente de proteger sua relação parental com uma filha que teve com uma mulher que era casada com outro homem. [O caso] Michael H. novamente reflete a visão de que a Constituição está satisfeita contanto que a lei apenas "espelhe" e portanto reforce o que for "natural" – tal como a fidelidade marital e a continuação da gravidez da mulher. Realmente, a maioria relativa [plurality] oferece a observação reveladora de que "a lei da Califórnia, como a própria natureza, não prevê a dupla paternidade." Id. pág. 2339. Para um argumento de que a proteção igual [equal protection] pode ser mais adequada do que o devido processo para a tarefa de contestar práticas tradicionais, ver Sunstein, Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection, 55 U. CHI. L. REV. 1161, 1170-79 (1988).

62. Em Constitutional Choices, proponho outro exemplo da manipulação do "natural" ao discutir os evanescentes direitos procedimentais dos destituídos "quando os credores são chamados pela lei a tomar e vender, sem qualquer sussurro de envolvimento oficial, os itens pelos quais tais credores afirmam não terem sido pagos. Esta prática foi afirmada pela Corte [do caso] Flagg Brothers, Inc. v. Brooks como sendo imune ao escrutínio constitucional . . . essencialmente sob o fundamento de que isso é o que os credores 'naturalmente' tenderiam a fazer na selva econômica: autorizar credores o que fariam de qualquer modo, a Corte [do caso] Flagg arrazoou, reflete a realidade econômica de forma precisa o suficiente para liberar o estado de qualquer responsabilidade – e portanto tornar inaplicáveis as proteções fornecidas pela Décima-quarta Emenda." L. Tribe, supra nota 40, pág. 242 (notas de rodapé omitidas).

63. Ver Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980); Poelker v. Doe, 432 U.S. 519 (1977); Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977).

"[a] culpa, caro BRUTUS, não est[eja] em nossas estrelas, [m]as em nós mesmos."[64]

Em *Webster*, a Suprema Corte foi mais além do que nos casos sobre financiamento do aborto: em *Webster* foi afirmado um veto até mesmo em abortos com financiamento *privado* em um estabelecimento público, sob uma lei que definia o conceito de "estabelecimento público" de modo amplo o suficiente para incluir essencialmente o único hospital numa grande área do estado do Missouri – um hospital que era propriedade privada mas situado num espaço locado do governo.[65] Isso era previsível não apenas pela alteração da composição da Corte para a direita desde o caso *Roe v. Wade*, mas também porque, tendo ganho direito de aborto em nome da privacidade pessoal com base numa visão manifestamente newtoniana de esferas separadas da vida privada e poder público, as mulheres têm sido mal situadas desde então tanto para exigir financiamento público para o exercício de tais direitos de "privacidade" ou para resistir ações governamentais que deliberadamente cimentam a "parede de separação" entre a esfera pública e a escolha supostamente privada de pôr termo à gestação.

A decisão *Roe v. Wade* ignorou o modo pelo qual as leis regulando as mulheres grávidas poder moldar todo o padrão de relacionamentos entre homens, mulheres e crianças. Ela conceitualiza o aborto não em termos da questão intensamente *pública* da subordinação da mulher ao homem através da exploração da gravidez, mas em termos da questão propositalmente *privada* de como as mulheres podem fazer decisões intimamente pessoais sobre seus corpos e suas vidas. Esta visão descreveu parte da verdade, mas apenas a que pode ser chamada de parte newtoniana.

---

64. W. Shakespeare, Julius Caesar, ato I, cena 2, ll. 140-41, pág. 110 (A. Humphreys ed. 1984).

65. Ver 109 S. Ct. pág. 3053. Apesar de eu ter dado a Conferência Cardozo vários meses antes da decisão [do caso] Webster, ao reescrever este parágrafo eu pouco tive que mudar além do tempo dos verbos. O papel desempenhado [pelo caso] DeShaney no voto da maioria relativa [plurality] [do caso] Webster também é notável. Ver, e.g., id. pág. 3050 (citando [o caso] DeShaney para a afirmação de que "as cláusulas de devido processo geralmente não atribuem direito afirmativo de ajuda governamental, mesmo quando tal ajuda possa ser necessária para assegurar … interesses que o próprio governo não possa privar o indivíduo." 109 S. Ct. pág. 1003). Eu menciono essas coisas menos por orgulho de um prognosticador do que uma modesta corroboração da moldura que estou apresentando.

O modo de pensar que, acredito, levou o Sr. Fried a traçar a distinção que fez, e que lhe dá um apelo considerável, toma o estado como um tipo de "coisa" que a Constituição tanto confina dentro de sua esfera pública e política, e exclui certas esferas privadas pré-política de propriedade pessoal ou liberdade individual. Levada a esse limite, essa concepção fisicalista do estado sugere que, seja utilizando cenouras ou empunhando varas, desde que o estado mantenha sua mão para si, qualquer mudança nos parâmetros sociais simplesmente constitui um cardápio diferente de resultados dentro dos quais os cidadãos privados permanecem livres para fazer suas próprias escolhas. Nesta visão, apenas a situação extrema na qual o estado literalmente agarra alguém e a arrasta até uma cela de prisão ou uma sala de cirurgia envolveria a Constituição. Dada a retórica típica daqueles que reificariam o estado, e tanto triste quanto irônico que seja precisamente esta coisificação que deixa a liberdade pessoal mais vulnerável. Pois é a falta de reconhecimento de que uma mudança na definição jurídica circundante possa constituir uma ação estatal que mais ameaça a esfera de escolha pessoal. E é uma perspectiva de "espaço curvo" sobre como o direito opera que leva a se forcar menos nas linhas visíveis da força jurídica e mais em como aquelas linhas são dobradas e direcionadas pela geometria do direito.

2.3. Teoria Quântica

2.3.1. Alterando o mundo físico no processo de observá-lo

Um segundo avanço sobre a física newtoniana – teoria quântica – também oferece compreensões heurísticas para a análise jurídica. Um dos postulados mais familiares da teoria quântica é o Princípio da Incerteza de Heisenberg, que explodiu a presunção de que, ao tomar cuidado suficiente e permanecer suficientemente desacoplado do sistema, poder-se-ia detectar, com qualquer grau desejado de precisão, o comportamento de todos os objetos no universo. De acordo com Heisenberg, quanto mais precisamente se mede onde a partícula está, menos precisamente se é possível medir para onde ela está indo.[66]

66. Para um breve mas iluminador relato do Princípio de Heisenberg, ver S. Hawking, citado acima na nota 19, pág. 54. Hawking diz: "O princípio da incerteza

Este efeito fica cada vez mais pronunciado quando se tenta medir coisas cada vez menores.

Para ver como funciona o Princípio da Incerteza de Heisenberg, imagine primeiro uma "partícula" hipotética bem grande – digamos, uma bola de basquete. Presuma que a bola está em repouso, e que você quer descobrir onde ela está em relação a algum ponto fixo – digamos, o chão diretamente abaixo da cesta. Uma abordagem óbvia seria apenas *olhar* para a bola – você poderá ver que ela está parada no aro exatamente a dez pés acima do ponto fixo. Onde entra o Princípio da Incerteza? A resposta é que o *vermos* a bola, no sentido de medir a sua posição, necessariamente muda onde ela está. Como pode ser isso? Certamente é impossível mover uma bola de basquete apenas a olhando.

O problema é que, para que a bola fique visível, pelo menos um pouco de luz deve brilhar sobre ela, e refletir de volta. É verdade que as partículas de luz individualmente pareçam efêmeras. Mas quando elas rebatem na bola elas a movem um pouco – apesar de o movimento normalmente ser muito pequeno para ser detectado a olho nu. Certamente, se as partículas de luz tivessem o momento linear [momentum] de bolinhas de gude em movimento, o movimento seria óbvio. E se você pudesse dizer onde a bola de basquete estivesse localizada apenas batendo nela com partículas de luz com o movimento linear [momentum] de bolas de basquete em movimento, o processo de encontrar a sua localização causaria inevitavelmente uma grande mudança na velocidade.

Esta é precisamente a situação no nível subatômico, o reino da teoria quântica. Porque as partículas de luz, que os físicos chamam de fótons, podem facilmente atuar sobre os pequenos elétrons, usar um raio de luz para descobrir a localização precisa de um elétron num instante de tempo perturbaria significativamente a sua velocidade.[67]

---

sinalizou um fim para o sonho de Laplace de uma teoria da ciência, um modelo do universo que seria completamente determinístico: certamente não é possível predizer os eventos futuros se não se pode nem mesmo medir o estado presente do universo com precisão!" Id. pág. 55.

67. Em termos mais técnicos, Heisenberg diz: "A posição do elétron será conhecida com a precisão dada pelo comprimento da onda do raio gama. O elétron pode ter estado praticamente em repouso antes da observação. Mas no ato de observar pelo menos um quantum de luz do raio gama passou pelo microscópio e foi

Esta troca é o resultado do Princípio da Incerteza em ação. Por essa razão, o princípio é por vezes colocado em termos de uma relação entre o observador e o observado: quanto mais você tentar descobrir a posição de um objeto, menos você poderá saber sobre a sua velocidade, e vice versa. De qualquer forma, o ato de observar sempre afeta o que é observado.

O Princípio de Heisenberg pode ser aplicado com sucesso além do micro-nível da mecânica quântica. Ela se apoia geralmente em duas premissas: primeiro, que qualquer observação necessariamente exige intervenção no sistema sendo estudado; e segundo, que nunca podemos ter certeza que a intervenção não mudou ela mesma o sistema de alguma forma desconhecida. Considere este exemplo:[68] Você tem uma amiga muito doente no quarto ao lado num hospital. Você quer saber como ela está passando. (Isso corresponde à "caixa preta" da natureza – o conteúdo desconhecido que estamos tentando medir.) Você a chama, "Como você está?" (Isso corresponde ao "experimento" –- a questão que perguntamos da natureza – a inevitável intervenção no sistema.) Ela responde, "Bem." Mas o esforço a mata. (A palavra "bem" corresponde ao "resultado" ou "observação" do "experimento.") Claramente, o resultado é infelizmente enganador – o próprio processo de observação mudou o sistema sob estudo.

A compreensão filosófica mais profunda subjacente ao Princípio de Heisenberg é, obviamente, que o observador nunca está realmente separado do sistema sendo estudado, mesmo que a presunção contrária possa ocasionalmente ser uma abstração útil. Em algumas disciplinas a importância desta compreensão é óbvia. Por exemplo, nenhuma cultura pode ser estudada em seu estado "primitivo" pois a própria presença de um antropólogo terá necessariamente um impacto no modo de vida das pessoas sendo estudadas.[69]

---

defletido pelo elétron. Portanto, o elétron foi empurrado pelo quantum de luz, foi alterado em seu momento linear [momentum] e sua velocidade, e se pode mostrar que a incerteza dessa alteração é grande o suficiente para garantir a validade das relações de incerteza." W. Heisenberg, Physics and philosophy: the revolution in modern science 47-48 (1958).

68. Por este exemplo sou devedor do Professor Robert Fisher, a ex-economista que agora é estudante de direito em Harvard. O Professor Fisher está relutante em aceitar o crédito pela originalidade do exemplo.

69. Ver de modo geral J. Clifford, The predicament of culture (1988); J. Clifford & G.

Aplicações do Princípio de Heisenberg nas ciências sociais não são limitadas a tais circunstâncias. Por exemplo, no auge do taylorismo ["scientific management"], um experimento foi conduzido na fábrica de Hawthorne da General Electric para ver se a melhoria da iluminação levaria a uma maior produtividade de trabalho. Os experimentadores concluíram que sim. Apenas para certificar os resultados, contudo, eles também reduziram as luzes por um tempo. Para sua surpresa, a produtividade aumentou novamente. Como um recente artigo afirmou: "praticamente qualquer coisa feita para os trabalhadores de Hawthorne aumentava a produtividade. Eles gostavam da atenção."[70]

Apesar de a teoria quântica ter surgido para lidar com fenômenos bem pequenos, enquanto que a relatividade geral procura explicar fenômenos bem grandes, essas revelações chave parecer estar conectadas de modos importantes. Físicos contemporâneos como Stephen Hawking e Steven Weinberg estão tentando unificar a relatividade geral – o muito grande – e a teoria quântica – o muito pequeno – estudando buracos negros e explorando como o universo era nas infinitésimas frações de segundo que seguiram o "Big Bang" que marcou a sua criação. Eles buscam explicar as forças básicas do universo numa "Teoria do Campo Unificado." Os físicos esperam ao final chegar ao que eles denominaram uma "Teoria de Tudo."[71]

Para os nossos propósitos mais modestos deveríamos notar uma ligação conceitual entre essas duas revoluções na física. Tanto a relatividade geral quanto a teoria quântica negam a possibilidade de isolamento. A física moderna é dinâmica em oposição à estática – no sentido de que reconhece a importância da interação entre plano de

---

Marcus, Writing culture (1986); G. Marcus & M. Fisher, Anthropology as cultural critique (1986).

70. Management Brief: To MBA or Not To MBA, ECONOMIST, July 8, 1989, pág. 66.

71. Hawking explica: "A busca por tal teoria é conhecida como "a unificação da física." Einstein gastou a maior parte de seus últimos anos procurando sem sucesso por uma teoria unificada, mas o tempo ainda não estava maduro: havia teorias parciais para a gravidade e a força eletromagnética, mas muito pouco era conhecido sobre as forças nucleares. Além disso, Einstein recusava acreditar na realidade da física quântica, apesar do papel importante que ele havia desempenhado em seu desenvolvimento. Ainda assim parece que o princípio da incerteza é uma característica fundamental do universo em que vivemos." S. Hawking, supra nota 19, pág. 155-56.

fundo e primeiro plano,[72] entre sujeito e objeto, entre observador e o fenômeno observado. Como notamos, é o reconhecimento de *interação penetrante* que agora é bastante comum em muitas disciplinas além da física.[73] É este reconhecimento que eu acho que veio afetar nossa compreensão comum do mundo jurídico – tão profundamente de modo a fazer algumas das coisas que a Corte diz em casos como *DeShaney*, e muito do que o Departamento de Justiça argumentou num caso como *Webster*, parecer bastante contra-intuitivo para muitos de nós, mesmo se tivermos dificuldade em dizer exatamente *por que*. Como eu disse, nossas concepções formais de direito constitucional ainda têm que se atualizar com nossas intuições. Como o fidalgo de Molière que vinha falando em prosa toda a sua vida sem o saber, nós nos tornamos físicos pelas nossas costas.

2.3.2. Alterando o mundo jurídico no processo de "observá-lo"

Se o direito for, de fato, melhor compreendido através de alguma tal moldura pós-newtoniana, então os tribunais não têm o luxo de decidir quem fez o que a quem, medir aquela conduta contra normas pré-existentes, conceder o remédio adequado, e então proceder como se o remédio concedido ou negado fosse tudo que afinal importasse. Ao invés, os tribunais devem levar em conta como o próprio processo de "observação" jurídica (i.e., julgar) molda tanto os juízes eles mesmos e as matérias sendo julgadas. Os resultados que os tribunais anunciam – como eles vêm o terreno jurídico e o que eles dizem sobre isso – terão por sua vez efeitos contínuos que remodelam a natureza do que os tribunais inicialmente tomaram em revista, além mesmo de qualquer coisa que ordenem diretamente alguém a fazer ou a deixar de fazer. O direito não é então apenas um pano de fundo contra o qual a ação possa ser vista – mesmo um "pano de fundo" que possa ser "curvado" pelos objetos atuantes eles mesmos – mas é em si mesmo uma parte integral da ação. Como Clifford Geertz coloca: "O estado decreta uma imagem de ordem que – um

72. Há um belo capítulo (Cap. III) sobre Figure and Ground no livro vencedor do Prêmio Pulitzer de Douglas Hofstadter Godel, Escher, Bach: an eternal golden braid 64-81 (1979).

73. Antropologia e história são dois exemplos.

modelo para seus observadores, em si e de si mesmo – ordena a sociedade."[74]

O caso de *Wooley v. Maynard*[75] ilustra bem como o processo de observação altera a coisa observada. Em *Wooley*, duas Testemunhas de Jeová, George e Maxine Maynard, buscaram um remédio declaratório e injuntivo sob o 42 U.S.C. § 1983 contra a aplicação de uma lei estadual que proibia cobrir o mote do estado, "Viver Livre ou Morrer" ["Live Free or Die"], nas placas dos carros de New Hampshire.[76] Os Maynards questionaram ser forçados a exibir essa afirmação sob o fundamento de que era contrária às suas crenças religiosas e políticas.[77] O tribunal distrital havia afirmado que cobrir o mote era expressão constitucionalmente protegida.[78] A Suprema Corte não chegou à questão da fala simbólica, sobre a qual o tribunal distrital havia se apoiado, e focou contudo na "proposição de que o direito de liberdade de pensamento protegido pela Primeira Emenda contra ação estatal inclui tanto o direito de falar livremente como o direito de deixar de falar."[79] A maioria afirmou que o estado não pode "constitucionalmente exigir que um indivíduo participe na disseminação de uma mensagem ideológica a exibindo em sua propriedade privada de um modo e para o expresso propósito de que seja visto e lido pelo público."[80]

A Corte [do caso] *Wooley* implicitamente se considerou ocupando um ponto de referência arquimediano – um posto de observação afastado a partir do qual tudo poderia ser visto de modo seguro. De que outra forma se poderia entender a descrição feita pela Corte do pedido dos Maynards de placas sem o mote estadual como "pouco consistente com [sua] afirmada intenção de comunicar oposição afirmativa ao mote"?[81] A Corte presumiu que, se os Maynards estavam

74. C. Geertz, Local knowledge: further essays in interpretive anthropology 30 (1983).

75. 430 U.S. 705 (1977).

76. Ver id. pág. 707.

77. Ver id. pág. 707-09.

78. Ver id. pág. 713.

79. Id. pág. 714.

80. Id. pág. 713.

81. Id. pág. 713 n.10.

tentando *dizer* algo ao cobrir o mote, eles deveriam continuar mantendo-o coberto. Seu pedido para placas "expurgadas" foi portanto visto pela Corte como inconsistente com a sua defesa de expressão simbólica.

Para que essa análise faça sentido, a Corte teria que ignorar a sua própria existência e o impacto de suas próprias afirmações sobre a situação diante de si. Pois não poderiam os MAYNARDS *mudar* o que eles queriam expressar se passassem de um mundo no qual eram coagidos a divulgar um mote estadual (a situação pré-julgamento) para um mundo no qual não lhes é mais exigido fazê-lo (a situação pós-julgamento que eles pediram)? Qualquer demonstração subsequente pelos MAYNARDS de placas de carro *sem* o mote estadual certamente seria expressão simbólica – especialmente se se focar no fato de que os MAYNARDS teriam um dos poucos automóveis de New Hampshire (fora as poucas exceções legais) a não mostrar o mote estadual. De fato, a própria existência da controvérsia pode ter tornado os MAYNARDS figuras públicas em New Hampshire. Em tal cenário, eles exibirem placas de carro sem o mote estadual pode muito bem ser entendida por muitos como uma expressão simbólica. Realmente, por que ir para a cadeia, como o Sr. Maynard fez, por um símbolo se *não* como um símbolo?

Em casos como este – talvez em todos os casos – o sentido social pode ser entendido apenas a partir de uma perspectiva pós-newtoniana. A Corte, os MAYNARDS e o resto da sociedade estão engrenados numa complexa grade de sentidos, ligando mensagem a contexto, contexto a ações judiciárias e estatais em geral, e ações estatais de volta à mensagem. O direito, conforme ele se desenvolve, altera constantemente a meada e a trama do espaço epistemológico relevante. A Corte não pode apagar sua própria existência de sua análise e ainda assim chegar a resultados sensatos.

Uma perspectiva pós-newtoniana obviamente não pode impor as conclusões a que um tribunal deve chegar, mas pode sugerir as questões que deveria perguntar. Nem a visão pós-newtoniana precisa enviesar essas questões em direção a resultados "liberais". Por exemplo, um pós-newtoniano pode bem notar, como o fez o Justice REHNQUIST em sua divergência em *Wooley*, que a própria existência da lei questionada de New Hampshire em certo sentido *protegia* direitos de liberdade de expressão. Pois era bem sabido que as pessoas não tinham escolha sobre se o mote estadual iria aparecer na placa do

carro.[82] Portanto, ter o mote estadual na placa de alguém de modo algum implica qualquer sentimento ou crença em particular de parte do proprietário do carro.[83] Porque, então, a Corte viu algum problema de primeira emenda? A maioria não ofereceu uma explicação de verdade.

Ironicamente, ao pedir que o estado desse às pessoas a opção de ter ou não ter o seu mote exibido em suas placas, a Corte [do caso] *Wooley* forçou as pessoas a uma expressão simbólica. Uma vez dada a escolha como questão de direito, tornar-se-ia conhecido que haveria efetivamente tal opção. Portanto, se alguém exibe ou não o mote num mundo pós-*Wooley* será visto como uma afirmação pessoal. Todos os proprietários de carros *devem* então se expressar de um modo ou de outro. Esta expressão simbólica forçada pode ser problemática em si mesma, dado que a afirmação da Corte de que a primeira emenda "inclui tanto o direito de falar livremente quanto o direito de deixar de falar."[84] Uma análise constitucional adequada não pode ignorar o impacto da ação da própria Corte no significado social.

Compreensões similares fornecidas por um paradigma pós-newtoniano se tornam ainda mais pungentes na análise constitucional de leis exigindo que crianças na escola saúdem a bandeira e jurem lealdade.[85] Quando é sabido por todos que tal saudação e juramento são exigidos, é improvável que a efetiva realização por qualquer indivíduo seja percebida por outros como uma expressão intencional por aquela pessoa de transmitir algo sobre os pontos de vista do indivíduo. Por outro lado, uma vez que alguém introduza – seja por lei ou decisão da Suprema Corte – tais opções como deixar a sala, ou permanecer em silêncio e imóvel, uma expressão dos pontos de vista é forçada em certo sentido. Apenas fazer o juramento obrigatório em um extremo – ou eliminá-lo de uma vez, no outro extremo – podem remover esse efeito. Daí não se segue que a solução da Corte de “optar pela saída” ["opt-out" solution] tenha sido inapropriada – quer no caso do juramento à bandeira, ou em *Wooley*. Mas daí segue que, na avaliação de qualquer decisão judicial, um pós-newtoniano se sentiria constrangido a ao menos considerar como a ação do próprio judiciário alteraria

82. See id. pág. 721 (Rehnquist, J., divergência).

83. Ver id. pág. 722.

84. 430 U.S. pág. 714.

85. Ver West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

necessariamente a realidade social sob julgamento, ao mudar os sentidos das várias ações e omissões em questão.

Então também, quando a Corte observa e descreve o fenômeno jurídico em questão em casos como *DeShaney* e *Webster*, sentimos, dentre outras coisas, que ela não está simplesmente adotando medidas e fazendo registros de algo que já está "lá fora." Ao invés, ela está dobrando e mudando o panorama jurídico e social de modo que, depois que tais casos são decididos, as pessoas serão guiadas por presunções e premissas e padrões que diferem daqueles que modelaram seu comportamento antes que tais casos fossem decididos.

Assim é o retrato do tribunal como um observador sobretudo passivo, e de um estado como um sujeito exercendo força de uma distância segura sobre o mundo natural encarado como um objeto externo e pré-político, que, para a maioria de nós, é falso para o nosso senso de realidade. E se é esse retrato que eu acho que pode ser utilmente dissolvido, e então proveitosamente refocado, a partir da perspectiva da física do século vinte.

3. MUDANDO OS PARADIGMAS LEGAIS

Advogados e juízes incorporaram compreensões pós-newtonianas em algumas áreas do direito, mas essas compreensões ainda mantêm um pé na cultura de argumentos e análise jurídicos aceitados. Como procuro mostrar no que segue, talvez a mais antiga quebra dramática com a visão newtoniana de um segundo plano pré-político e pré-jurídico tenha vindo com a superação de *Lochner v. New York*[86] no início do século vinte. Mais tarde, em *Shelley v. Kraemer*[87] e numa série de casos de primeira emenda começando com *New York Times v. Sullivan*,[88] a Suprema Corte estendeu o que pode ser entendido como concepções pós-newtonianas para outras áreas do direito. No entanto, como as decisões da Corte em *Pasadena City Board of Education v. Spangler*[89] e *Milliken v. Bradley*[90] sugerem, o paradigma pré-moderno

86. 198 U.S. 45 (1905).

87. 334 U.S. I (1948). Ver L. Tribe, supra nota 40, cap. 16.

88. 376 U.S. 254 (1964).

89. 427 U.S. 424 (1976).

90. 433 U.S. 267 (1977).

ainda reina em boa parte da análise jurídica (notavelmente também em alguns estudos da análise econômica do direito [law and economics][91]) e parece ter passado por um renascimento sob as Cortes [presididas por] BURGER e REHNQUIST.

3.1. A superação atrasada de Lochner v. New York

Durante o início do século vinte, os advogados começaram a questionar se o plano de fundo das relações sociais e econômicas que a legislação buscava alterar não deveria ser ela mesma parte daquilo que a lei havia criado. Muitos observadores não foram convencidos pelos argumentos das decisões judiciais entre os anos 1890 e 1930 que tratavam "propriedade" e "contrato" como categorias de alguma forma preexistentes ao engenho da lei. Foi a rejeição formal de tal tratamento que finalmente pôs fim à agora infame era *Lochner* em 1937. A Suprema Corte acomodou a sua doutrina à crescente crença de que a "preocupante onipresença" do direito comum [common law] não era um fato da natureza, mas um artefato de política e governo e regras feitas pelos juízes [judge-made rules]. Em essência, a Corte pós-*Lochner* reconheceu que os interesses de propriedade disponíveis para as pessoas usarem como moeda de troca em negociação contratual sempre havia sido em grande parte reflexos de escolhas sociais anteriores, expressas através do direito, sobre a aquisição e alocação do controle sobre recursos humanos e materiais, e que uma lei proibindo

91. Compreensões e imagens vindos da física podem já ter desempenhado um papel significativo no modelamento dos estudos da análise econômica do direito [law and economics]. A economia neoclássica, sobre a qual muito da análise econômica do direito [law and economics] é extraída, presume, como a física newtoniana, um plano de fundo fixo: a estrutura dos mercados e a motivação dos consumidores. Ela então tenta prever o comportamento dos mercados e consumidores sem considerar como eles poder alterar fundamentalmente um ao outro no processo de interação. A presunção da economia neoclássica de que as pessoas são otimizadores racionais também é semelhante ao postulado newtoniano de que os objetos no mundo físico interagem de acordo com leis simples e observáveis. Esse paralelo não é acidental. O economista Phil Mirowski desenterrou uma ligação entre a economia neoclássica e a física pré-moderna. Ele argumenta: "na análise final, por mais tímidos e ambivalentes que os neoclássicos possam parecer sobre sua metáfora física, ela não pode ser repudiada ou abandonada, pois não há nada mais que possa unir o programa de pesquisa neoclássico. Na ausência da metáfora da utilidade como potencial de energia do século dezenove, não há nenhuma teoria do valor alternativa, nenhum guia heurístico para a pesquisa, nenhum princípio sobre o qual basear o formalismo matemático." P. Mirowski, More Heat

certas negociações entre empregador e empregado como injustamente exploradora não era portanto mais uma afronta à "ordem natural das coisas" do que eram os entendimentos jurídicos que haviam tornado tais acordos unilaterais possíveis em primeiro lugar.[92] Não é coincidência que *Erie R. R. Co. v. Tompkins*,[93] que em 1938 encerrou a era *Swift v. Tyson*[94] na qual os tribunais federais se sentiam livre para seguir suas próprias visões sobre o direito comum [common law], ter sido decidida em menos de um ano da decisão divisora de águas em

---

Than Light 287 (1989) (manuscrito inédito) (arquivado na biblioteca da Harvard Law School) (destaques omitidos). Mirowski segue argumentando que a economia neoclássica tomou emprestado não apenas sua metáfora da física do século dezenove, mas também a sua legitimidade, ver id. pág. 280 – um empréstimo perigoso, certamente, na medida em que novos meios de se ver o mundo podem subverter a alegação de que a economia finalmente se tornou científica. Ver id.

Uma vez cientes das presunções analíticas subjacentes que podem ter sido incorporadas em ao menos algumas versões do método da análise econômica do direito [law and economics], podemos considerar metáforas alternativas da física moderna que podem nos levar a fazer questões jurídicas mais frutíferas. Tal como argumentei em meu artigo, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency*, citado acima na nota 2, a escola da análise econômica do direito [law and economics] frequentemente procede como se ignorante de que as escolhas constitucionais afetam, e portanto exigem consideração sobre, o modo pelo qual um política deseja se constituir: "Um tribunal não escolhe apenas *como* atingir fins pré-existentes, mas também afeta *o que* esses fins serão e *quem* nos tornaremos." Id. pág. 595 (destaques no original).

Em contraste, alguns dos melhores estudos da análise econômica do direito [law and economics], talvez influenciados por conceitos pós-newtonianos, invocam a noção de espaço dobrado da relatividade geral assim como a visão heisenbergiana de causalidade conjunta joint e não-determinismo. Se pré- ou pós-newtoniana, metáforas e conceitos físicos se infiltraram no desenvolvimento da análise econômica do direito [law and economics] mas, até agora, pouco fizeram para desalojar a noção persistente (reminiscente da economia neoclássica) de que as preferências dos atores econômicos são dadas, e não moldadas pelos mercados dentro dos quais as escolhas desses atores são feitas. Ver Tribe, *Policy Science: Analysis or Ideology?*, supra nota 2; Tribe, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency*, supra nota 2.

92. Ver L. Tribe, American Constitutional Law cap. 8 (2d ed. 1988) (descrevendo a ascensão e queda do lochnerismo); ver também Sunstein, Lochner's Legacy, 87 COLUM. L. REV. 873 (1987) (sugerindo que Lochner representa uma exigência constitucional de neutralidade em direção a pretensões pré-existentes, uma visão que persiste no direito até a atualidade).

93. 304 U.S. 64 (1938).

94. 41 U.S. (16 Pet.) I (1842).

West Coast Hotel v. Parrish,[95] que manteve leis restringindo a "liberdade contratual" entre empregadores e empregados.

Em muitas outras áreas do direito, a Suprema Corte chegou a reconhecer similarmente que o estado não pode ser entendido como uma espécie de coisa robótica que se pode observar andando ao redor, uma máquina cujos braços – e é instrutivo que ainda falamos em "braços do estado" – algumas vezes alcança e agarra um Joshua DeShaney, algumas vezes alcança e realiza cirurgia numa mulher relutante, algumas vezes interfere em trocas livres entre empresas e consumidores.

3.2. A emergência tentada de um paradigma pós-newtoniano

Se formos conduzir um discurso constitucional pelo diálogo mais próximo das sensibilidades contemporâneas – abandonando o prisma da física newtoniana e suas analogias jurídicas – então precisamos falar consistentemente do estado não como uma coisa mas como um conjunto de regras, princípios, e concepções que interagem com um plano de fundo que é em parte um produto das ações políticas anteriores. E devemos falar dos eventos e pessoas envolvidos sem fazer de conta que são pré-políticos; eles também são moldados em parte pelas interações políticas e jurídicas.

A Suprema Corte reconheceu tal em *Shelley v. Kraemer*,[96] quando afirmou que o direito comum [common law] de Missouri violava a décima-quarta emenda na medida em que o direito comum [common law] daquele estado permitia que contratos racialmente restritivos, mas não outras restrições na alienação de imóveis, fossem judicialmente exigíveis. Apesar da ausência de qualquer decisão racista por qualquer ator estatal em particular, o que foi crucial em *Shelley* foi a *geometria* do direito comum estadual [state's common law]: ela traçou um limite entre aquelas restrições em vendas de imóveis que os tribunais poderiam executar e aquelas que eles não deveriam executar, e conscientemente pôs os contratos racialmente restritivos no lado exequível daquela linha.

95. 300 U.S. 379 (1937).

96. 334 U.S. I (1948).

Um entendimento similar da "geometria" do direito estava em funcionamento em *New York Times v. Sullivan*,[97] em *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*,[98] e em *Hustler Magazine v. Falwell*.[99] Em cada uma dessas decisões, a Suprema Corte decidiu que os princípios da primeira emenda foram violados não pelo ato de censura de algum funcionário estadual mas pelo estado geral do corpo das regras judiciais [judge-made rules] para conceder indenizações a pessoas alegadamente lesadas por falas ou publicações. O fato de que o "efeito paralisante" sobre a fala envolvida nesses casos ter sido causada não por algum ato discricionário de um funcionário do governo, mas pelo tecido de regras jurídicas desenvolvido numa dada jurisdição ao longo do tempo, não preveniu a Suprema Corte de perceber que esse tecido de regras pode violar a primeira emenda.

De fato, todo o desenvolvimento da Suprema Corte da teoria do "efeito paralisante" ao longo das últimas décadas[100] reflete ele mesmo um reconhecimento judicial de que o comportamento privado generalizado, na forma de auto-censura, pode ser traçado diretamente não apenas às ações particulares de aplicação por funcionários estaduais específicos mas à própria existência de um conjunto de regras ou limites que o estado está pronto para aplicar ou traçar. Uma concepção primitiva do estado como um mecanismo que opera apenas através do emprego direto de vetores de força em casos particulares não poderia explicar essa teoria. Um recuo da preocupação outrora vigorosa da Suprema Corte com essa "paralisação" da fala protegida pode muito bem refletir um retrocesso a um paradigma mais primitivo.

A mudança de paradigma em direção a um modo de pensar que enfatiza tanto a geometria do panorama jurídico quanto a interação entre o observador jurídico e o fenômeno observado então tem raízes profundas nas práticas e modos existentes de pensar o direito. Isso também explica muitas das mais fortes e salutares compreensões da análise jurídica contemporânea. Não precisamos retornar ao paradigma mais primitivo e simplista no qual o universo é visto

97. 376 U.S. 254 (1964).

98. 458 U.S. 886 (1982).

99. 485 U.S. 46 (1988).

100. Ver L. Tribe, supra nota 91, pág. 861-86.

como um espaço vazio e apolítico através de cujas vastas extensões os atores jurídicos lançam seus relâmpagos de poder em objetos distantes e distintos.

3.3. Retrocesso judicial[101]

Não estamos condenados a agir assim – mas às vezes o fazemos. Considere o caso de 1976 de *Pasadena City Board of Education v. Spangler*.[102] Este caso parece dizer respeito a duas relações lineares relativamente simples: até onde um tribunal distrital federal pode controlar uma administração escolar, e até onde uma administração escolar pode controlar os movimentos das famílias que vivem no distrito escolar.

Em *Spangler*, o tribunal distrital se deparou com uma história de segregação oficial e ordenou que, como parte do remédio, não houvesse "nenhuma escola no Distrito ... com uma maioria de estudantes de alguma minoria."[103] A Suprema Corte afirmou que o tribunal distrital não poderia "exigir a realocação anual de estudantes para acomodar as mudanças dos padrões demográficos de residência em Pasadena ano a ano."[104] A fundamentação da Corte não contém alusão de que a Suprema Corte ela mesma pode ter desempenhado algum papel ao encorajar ou sancionar tal ressegregação.[105] Ao invés de influenciar os eventos ela mesma, a Suprema Corte parece apenas reconhecer a fraqueza inerente a ambas as relações lineares: numa sociedade livre, as administrações escolares não podem ordenar os pais a não

---

101. Esta seção é fortemente influenciada pelo excelente comentário de Gene Sperling Judicial Right Declaration and Entrenched Discrimination, 94 YALE L.J. 1741 (1985).

102. 427 U.S. 424 (1976).

103. Id. pág. 428.

104. Id. pág. 433.

105. O mais próximo que a Corte chegou a reconhecer ao menos a possibilidade de que a Corte desempenha um papel nesta ressegregação está nesta afirmação: "A Corte Distrital rejeitou a afirmação do peticionário de que o movimento foi causado pela chamada 'fuga branca' rastreável à própria decisão." Id. pág. 435. Em sua divergência, o Justice Marshall fez o máximo que pode da indicação da Corte " de que iria ver este caso diferentemente se as mudanças demográficas fossem elas mesmas um produto da ordem de dessegregação." Id. pág. 444 n.2 (Marshall, J., divergência).

se mudarem, não importa o quanto possamos desgostar da fuga dos brancos.[106] E, sob a luz desse elo fraco, os tribunais distritais não deveria poder ordenar que as administrações escolares façam o que está além de seu poder.

Esta perspectiva de *Spangler* ignora o fato de que o panorama jurídico que cria a percepção de que a fuga de brancos é inerentemente privada e além do escopo do direito foi ele mesmo explicitamente moldado por decisões da Suprema Corte. Nos termos de nossa experiência hipotética da teoria quântica, essa perspectiva ignora o rompimento causado ao se utilizar uma bola de basquete para ver uma bola de basquete. A perspectiva "inerentemente privada" de *Spangler* está baseada em diversas presunções – cada uma delas resultados de decisões específicas da Suprema Corte.

A primeira presunção é de que os pais têm o direito de não enviar seus filhos a escolas públicas. Muito da ressegregação é causada não pela mudança de residência dos pais, mas por pais que tirar seus filhos dos sistemas de escolas públicas que estão tentando integrar e colocando esses filhos em escolas privadas. A expectativa de que os pais possam “obviamente” fazê-lo se assim quiserem não é inerente, mas é o resultado específico da decisão de 1925 da Suprema Corte em *Pierce v. Society of Sisters*,[107] onde a Corte decidiu – baseada em nenhuma cláusula constitucional explícita (apesar de eu achar que corretamente) – que nenhum estado tem "qualquer poder geral ... de padronizar suas crianças forçando-as a aceitar instrução apenas de professores de escolas públicas."[108]

A segunda presunção é de que as administrações escolares e distritos escolares são partes responsáveis por assegurar que os sistemas escolares dessegreguem. Esse foco na administração escolar cria a percepção de que a fuga dos brancos é um problema insolúvel. No entanto, apesar de as decisões da Suprema Corte de 1955 e 1971 terem criado a expectativa de que as administrações escolares devem ser os

106. A Corte afirma: "em Swann a Corte advertiu que 'deve ser reconhecido que há limites' além dos quais um tribunal não pode ir na tentativa de desmantelar um sistema escolar dual." 427 U.S. pág. 434 (citando Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ., 402 U.S. 1, 28 (1971)).

107. 268 U.S. 510 (1925).

108. Id. pág. 535.

agentes principais para as soluções,[109] a décima-quarta emenda fala ao *estado* como uma entidade única. Na teoria, a fuga interestadual poderia ocorrer mesmo com a perspectiva do –*estado-como-um-todo*, mas a percepção da futilidade que cerca os esforços judiciais para lidar com a fuga dos brancos foi em grande parte criada pelo foco da própria Suprema Corte nas administrações escolares em oposição aos estados.

A Terceira presunção é a participação das administrações escolares suburbanas não pode ser exigida em soluções de integração a menos que um impacto segregacional interdistrital bastante específico possa ser demonstrado. O resultado é um "direito inerente" de manter o seu filho em salas de brancos e abastados se mudando para um distrito escolar suburbano. Mas esse "direito" remonta à decisão de 1974 em *Milliken v. Bradley*[110], cuja compartimentalização dos estados em distritos escolares, muito embora um desenvolvimento da segunda presunção, não é inerente à geometria natural do mundo. Como o Justice White disse em sua divergência em *Milliken*, "[A] Corte traça o limite da solução na fronteira do distrito escolar de Detroit, apesar ... de o *Estado* negar igualdade perante a lei [equal protection of the laws] quando seus departamentos públicos, agindo em seu nome, discriminam individualmente. *A falha do Estado* é 'a condição que ofende a Constituição.'"[111]

Então, enquanto que *Spangler*, tal como *DeShaney*, parece ser um caso em que a Suprema Corte está simplesmente reconhecendo os limites do poder judicial em afetar o comportamento privado, na verdade o caso ilustra os modos profundos pelos quais o poder judiciário tem ajudado a moldar o panorama jurídico e social de modo que um pai branco que queira *resistir* à dessegregação não sente uma força gravitacional para aceitar a integração racial como inevitável, mas ao invés uma força para seguir seus piores instintos e fugir. Pois o judiciário moldou o panorama jurídico de modo que há enormes obstáculos para os pais que querem escolas dessegregadas, e nenhum obstáculo comparável para aqueles que não querem. Ironicamente, conforme os pais

109. Ver Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ., 402 U.S. 1, 16 (1971); Brown v. Board of Educ., 349 U.S. 294, 299 (1955).

110. 418 U.S. 717 (1974).

111. Id. pág. 771-72 (White, J., divergência) (destaque acrescido).

seguem a força gravitacional criada em grande parte por como esses casos da Suprema Corte enviesaram o palco, este mesmo movimento é usado como prova dos limites do direito para afetar o comportamento privado em questões de importância social.

Mesmo no caso extremo de inefetividade da decisão, o que um tribunal diz e faz podem moldar o diálogo político de modos profundos. A posição do Justice Powell sobre transporte escolar – dizendo que o direito tem limites rigorosos em contextos sociais sensíveis[112] – e a Holmes Lecture de 1989 do Justice Scalia em Harvard[113] – argumentando que chegar a uma regra legal clara e uniformemente aplicada é normalmente mais importante do que "acertar" – ambas se apoiam implicitamente na visão de que o único efeito real do direito é a força linear e direta que ele exerce em casos isolados. Ainda assim as diferenças entre o período de 1954 a 1973 e o período pós-*Milliken* mostram que o direito tem um efeito muito mais rico, intrusivo e poderoso em nossas vidas.

Em 1964, menos de dois por cento das escolas sulistas eram dessegregadas.[114] A força direta do direito havia falhado quase totalmente. Ainda assim a mera declaração de direitos em *Brown v. Board of Education* afetou profundamente o diálogo político na América.[115]

---

112. Ver, e.g., Keyes v. School Dist. No. 1, Denver, Colo., 413 U.S. 189, 249-50 (1973) (Powell, J., concordando em parte e divergindo em parte).

113. Palestra do Justice Antonin Scalia, Oliver Wendell Holmes Annual Lecture (Feb. 14, 1989) (arquivada na biblioteca da Harvard Law School).

114. Ver R. Kluger, Simple justice 758 (1977).

115. Brown v. Board of Educ., 347 U.S. 483 (1954). Como Gene Sperling observou: "A declaração em Brown I, que a segregação escolar promovida pelo estado é inconstitucional, criou instantaneamente uma larga discrepância entre ideais constitucionais e realidade para as crianças de escolas para negros. Nos anos entre Brown e Swann v. Charlotte-Mecklenberg, esta lacuna perturbadora levou defensores dos direitos civis a pressionar continuamente por remédios judiciais que concretizariam realmente os direitos articulados em Brown I." Nota, supra nota 100, pág. 1743 (nota de rodapé omitida). O argumento central em Brown está de acordo com o tema deste artigo. Como eu pus em American Constitutional Law: "A razão mais óbvia para a decisão em Brown I é também a mais persuasiva. A separação racial pela força da lei transmite um forte estigma social e perpetua tanto os estereótipos de inferioridade racial e as circunstâncias nas quais tais estereótipos se alimentam. O seu significado social é de que a raça minoritária é inferior." L. TRIBE, supra nota 91, § 16-15, pág. 1477.

Uma razão foi que essa declaração de direitos tinha em si mesma alterado dramaticamente a perspectiva do país sobre qual grupo tinha a lei e a ordem a seu lado.[116] Durante os boicotes dos ônibus em Montgomery a durante do movimento de direitos civis, *Brown* pôs a força da moral jurídica com os protestantes.[117] E, porque a maioria dos americanos acredita no direito e respeito aos direitos individuais, a então inviolável percepção de uma lacuna entre direito e prestação judicial [right-remedy gap] alimentou o diálogo político –- com Martin Luther King usando *Brown* para ajudar a impulsionar a aprovação de importantes lei de direitos civis.[118]

No caso do transporte escolar interdistrital de Detroit, *Milliken v. Bradley*, a Corte enfrentou uma nova geração de questões de remédios complexos.[119] Desta vez, no entanto, a Corte procurou fechar qualquer possibilidade de uma lacuna entre direito e prestação judicial [right--remedy gap] ao simplesmente restringir a definição da violação até que ela se encaixe na bem limitada solução intradistrital que a Corte estava disposta a determinar.[120] Mesmo se isso não tivesse nenhum

116. Gene Sperling o pôs bem: "Enquanto que Plessy v. Ferguson havia congelado as alegações anti-castas dos negros, Brown abanou um fogo já deflagrado ao se colocar o peso jurídico e moral da Constituição atrás da liderança negra que procurou desmantelar o sistema de castas sulista." Nota, supra nota 100, pág. 1745 (notas de rodapé omitidas).

117. Ver id. pág. 1744-45.

118. Ver id. pág. 1745-46.

119. Como Sperling descreve a situação: “No julgamento em Milliken v. Bradley, o juíz Roth foi forçado a enfrentar as limitações de focar apenas em administrações escolares em particular ao definir tanto a violação como o remédio. Roth percebeu que onde uma rede de políticas públicas criou uma condição de contenção racial das áreas pobres da cidade [inner-city], qualquer remédio dentro da área de contenção iria perpetuar ao invés de eliminar a violação discriminatória. Tomando o estado de Michigan responsável ao final, Roth contemplou o transporte de ônibus escolar um remédio para alcançar cinquenta e quatro distritos de escolas de brancos cercando a área pobre [inner-city area] de Detroit.” Id. pág. 1750 (notas de rodapé omitidas) (destaques no original).

120. Como Sperling explica: “com nenhuma decisão de reparação perante si, a Corte poderia ter falado em termos puramente do direito envolvido. Ao invés, a Corte cuidadosamente definiu uma violação intra-distrital, direcionada à administração escolar local, que permitiu combinando remédios intra-distritais às custas da investigação de causas mais profundas e curas para a contenção racial nas áreas pobres [inner cities].” Id. at 1751 (footnotes omitted).

impacto nas *prestações* judiciais, uma afirmação judicial de que uma guetização da área pobre da cidade [inner city ghettoization] era constitucionalmente fraca pode ter evitado legitimizar essa paródia nacional.[121] Tivesse a Corte exercido a única coisa que ela claramente controla – seus poderes de declarar direitos – para reconhecer que o papel do direito e da ação estatal de criar uma guetização, a Corte poderia ao menos ter criado uma tensão política e social positiva, o tipo de tensão que faz as crianças crescerem pensando que alguma coisa está errada, ao invés de inevitável, sobre a guetização. Os líderes negros poderiam ter se apoiado em tal tensão positive em 1984, uma década depois de *Milliken*, para enfatizar, como Martin Luther King fez em 1964, quanto havia sido prometido e quão pouco foi cumprido. Invariavelmente, o reconhecimento de tais tensões tem seus custos assim como seus benefícios: muitas lacunas entre direito e prestação judicial [right-remedy gaps] podem zombar do direito e gerar desilusão e cinismo ao invés de inspirar esforço político. No mínimo, parece crucial focar em como as observações de um tribunal sobre responsabilidade jurídica podem alterar a realidade a que o tribunal está se referindo – tanto negativamente *e* positivamente.

Frederick Douglass estava muito além de seu tempo quando ele reconheceu um valor positivo de uma tensão entre direito e prestação judicial [right-remedy] em seu discurso denunciando a invalidação pela Suprema Corte em 1883 do Civil Rights Act de 1875.[122] Douglass admitiu que a lei provavelmente não poderia ter sido executada na América dos anos 1880, mas ele relembrou os ouvintes que o Civil Rights Act, "como toda legislação avançada, era uma bandeira no muro externo da liberdade americana, um padrão moral nobre. ... Há línguas," ele disse,

> [...] nas árvores, livros, nos riachos corredios, –- sermões em pedras. Esta lei, apesar de morta, falou. ... Ela disse ao povo

121. "Quando os tribunais vêem um fragmento do estado (e.g., um distrito escolar local) como a parte responsável pela reparação da segregação, a fuga de um isolamento racial daquele distrito nega as possibilidades de soluções significativas enquanto permite a negativa judicial da continuação da lesão constitucional. Quando os tribunais vêem o estado como um todo como responsável, a fuga dos brancos e a contenção racial, por mais problemáticos como obstáculos centrais, não iriam obscurecer o reconhecimento judicial e a percepção social da tensão constitucional." Id. pág. 1754 (notas de rodapé omitidas).

122. Ver id. pág. 1764.

> americano que eles eram iguais perante a lei. ... A Suprema Corte arriou esta bandeira da Liberdade à luz do dia. ... É uma concessão ao orgulho racial, egoísmo e mesquinhez. ...[123]

Assim Frederick Douglass, um ex-escravo, reconheceu meio século antes de Heisenberg que o ato da observação muda a realidade observada – no direito não menos do que na natureza.

O Justice Jackson fez uma observação semelhante em sua apaixonada divergência na decisão da Suprema Corte em *Korematsu v. United States*, que manteve a condenação de um cidadão americano de descendência japonesa por violar uma das infames ordens de "exclusão militar" aplicáveis a milhares de cidadãos em situação similar com ascendência japonesa na costa oeste.[124] Citando o Justice Cardozo em *The Nature of the Judicial Process* no sentido de que um princípio, uma vez pronunciado judicialmente, tende a "se expandir até o limite de sua lógica,"[125] o Justice Jackson argumentou que, quando um comandante militar ultrapassa os limites da Constituição,

> É um acidente. Mas se nós revisarmos e aprovarmos, esse incidente passageiro de torna doutrina [constitucional]..., [onde] ele tem uma força geradora própria, e tudo que ele cria será à sua própria imagem. ... [U]ma vez que a decisão judicial racionaliza ... [a exclusão baseada na raça] mostrando que ela se conforma à Constituição, ou ainda racionaliza a Constituição mostrando que a Constituição sanciona tal ordem, ... [o] princípio da discriminação racial ... fica por perto como uma arma carregada. ...[126]

O que Frederick Douglass, Benjamin Cardozo, e Robert Jackson todos reconheceram, cada um em seu contexto, é o caráter profundamente falho da noção de que existe um estado das coisas natural, pré-político e pré-jurídico – tal como a separação "natural" das raças, ou a fuga "natural" dos brancos para os subúrbios, ou a condição "natural" de uma gravidez continuar até sua conclusão apenas da vontade da mulher de lhe por um fim – e que o processo de fazer e interpretar o direito não tem nenhum efeito nesse panorama "natural". Mas em que

---

123. Id. (citando 4 P. Foner, The life and writings of Frederick Douglass 401 (1955)).

124. Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

125. B. Cardozo, The nature of the judicial process 51 (1921).

126. Korematsu, 323 U.S. pág. 246 (Jackson, J., divergência).

sentido *é* "natural" que uma mulher deva continuar grávida, mesmo contra a sua vontade, quando há um médico disposto a realizar um procedimento cirúrgico que irá pôr termo à gravidez? Quando há uma empresa farmacêutica disposta a produzir RU-486, que irá prevenir a implantação do embrião na parede de sua placenta? Se essas coisas parecem "naturais," não é apenas graças a todo um contexto de arranjos jurídicos – incluindo a licença e regulamentação de médicos e o controle de novas drogas pelo FDA? Isso significa que a transmutação da biologia para o destino é mediada não por uma ordem inexorável da natureza, mas por um conjunto de observações jurídicas prévias que mudaram o próprio universo sendo observado.

Então, se uma Suprema Corte ativista fosse começar a perder o respeito dos tradicionalistas pelos precedentes, isso, também, seria um tipo de retrocesso. Pois, de certo modo, a teoria do *stare decisis* representa essencialmente um reconhecimento judicial de que, quando o tribunal faz observações sobre o panorama jurídico, eles poder alterar tão profundamente o terreno que as futuras decisões devem levar em conta sensivelmente como as expectativas foram construídas sobre tais decisões judiciais prévias.[127] Não importa o quão antiga e venerável a noção do *stare decisis* possa ser, sua incorporação na argumentação jurídica pode ser melhor entendida como um reconhecimento da operação em nosso direito de um princípio análogo ao de Heisenberg.

Não estou sugerindo que um ponto de vista pós-newtoniano nos forneceria sempre ou mesmo normalmente teorias constitucionais diferentes; como eu disse, não pode levar a *respostar* determinadas para problemas constitucionais. O que estou sugerindo é que, ao se levar a sério compreensões e perspectivas paralelas àquelas da física contemporânea, podemos evitar regredir nos tipos de questões que fazemos. É por essa razão que foquei menos nos “melhores” resultados dos casos que explorei do que nas questões que acredito seria melhor se fossem perguntadas.

As questões buscadas na divergência do Justice Brennan em *DeShaney*, sondando o papel do estado em moldar o ambiente jurídico que isolou o abusado Joshua, eram efetivamente pós-newtonianas em espírito. Questões similares deveriam ser perguntadas no contexto do aborto. Se alguém está falando sobre uma proibição criminal (como

127. Ver Schauer, Precedent, 39 STAN. L. REV. 571 (1987).

em *Roe*), uma decisão para expulsar certos tipos de aborto de instalações públicas (como em *Webster*), ou uma decisão para não financiar certos tipos de aborto (como em *Harris v. McRae*), a questão relevante não é, "o estado forçou fisicamente a mulher a engravidar?" A questão é se a combinação de ações e omissões estatais, regras, decisões de financiamento e quejandos, moldaram de tal forma o panorama jurídico no qual as mulheres decidem as questões relacionadas às suas vidas reprodutivas de modo a violar os postulados da Constituição da liberdade e igualdade.

3.4. Limites institucionais

Uma vez colocadas questões desta forma, há, por óbvio, considerações institucionais importantes a se ter em mente constantemente sobre os limites da intervenção judicial apropriada. Por exemplo, no contexto da guetização, sugeri acima que a Corte deveria ser muito mais disposto do que tem sido até agora a reconhecer a responsabilidade governamental para as consequências de separação racial de atos com motivação neutra – como nos casos como *Washington v. Davis*,[128] por exemplo, onde um teste de habilidades verbais produziu um gueto predominantemente negro cercado por uma força policial predominantemente branca; ou em casos como *City of Memphis v. Greene*,[129] onde uma decisão sobre redirecionamento de tráfego forçou os negros a circunavegar um subúrbio predominantemente branco e abastado.

Mas isso não precisa implicar que seria apropriado para um tribunal, sem a autoridade e flexibilidade para prover soluções do Congresso agindo sob a seção 5 da décima-quarta emenda, para retificar cada uma dessas situações numa ação judicial comum – pois um tribunal exige a redesenho de métodos de recrutamento para a polícia em Washington, D.C., por exemplo, ou o redirecionamento das estradas e projetos de estradas de modo a minimizar o impacto adverso em minorias raciais.

No caso de 1987 *McCleskey v. Kemp*,[130] a Suprema Corte se recusou a conceder qualquer tutela para um homem negro sentenciado à

128. 426 U.S. 229 (1976).

129. 451 U.S. 100 (1981).

130. 481 U.S. 279 (1987).

morte por matar alguém que era branco. A evidência estatística perante a Corte era avassaladora de que a raça da vítima faz uma diferença enorme na probabilidade de qualquer réu ser executado.[131] Ao reconhecer que nada aquém de uma reconstrução radical na estrutura do Sistema judicial criminal, e talvez na estrutura de nossa sociedade como um todo, poderia eliminar o elo trágico entre a raça da vítima e a resposta do sistema, a Corte permite que a sentença de morte mantenha-se no caso perante si. Como no caso do recrutamento da polícia e no caso do redirecionamento da estrada, não está completamente claro que que o argumento mais importe da Suprema Corte pudesse realisticamente ter sido outro.

Mas dizer isso é muito diferente de anunciar da tribuna, como a Corte infelizmente fez em cada um desses casos, que o governo não tem qualquer responsabilidade pela situação dos negros que não se saíram bem no teste verbal em *Washington v. Davis*, ou pela desvalorização das vidas dos cidadãos negros cujos agressores pudessem esperar ser punidos de modo menos severo do que os agressores de cidadãos brancos em *McCleskey*. Anunciar que o governo não tem nenhuma responsabilidade por esses problemas é *legitimizar* as ações do governo, e isentar os atores governamentais e não-governamentais de responsabilidade por resolver esses problemas por meios institucionalmente apropriados.[132]

Num artigo abundando o que tenho chamado aqui de compreensões pós-newtonianas, Randall Kennedy expressa preocupação com "o modo pelo qual a maioria [no caso] *McCleskey* articulou e defendeu a sua decisão," que ele argumenta ter mostrado "uma egrégia desconsideração com os sentimentos dos americanos negros."[133] Kennedy nos pede para focar no impacto dessa decisão na comunidade negra:

> Eu estou ... preocupado com a situação das comunidades negras cujo bem estar é insultado pelos sistemas de justiça criminal que respondem mais firmemente à morte de brancos do que à morte de negros. ...

131. Ver id. pág. 286-87.

132. Ver L. Tribe, supra nota 91, pág. 16-17, 34-42, 101-02, 340-50, 1336-37, 1351, 1502-14; ver também Sager, Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, 91 HARV. L. REV. 1212 (1978).

133. Kennedy, McCleskey v. Kemp: Race, Capital Punishment, and the Supreme Court, 101 HARV. L. REV. 1388, 1417 (1988).

> ... Eu argumento que mesmo na ausência de um propósito discriminatório, as disparidades raciais injustificadas que caracterizam a sentença capital na Georgia deveriam ser vistas como dando azo a uma violação constitucional: a falha da Georgia em oferecer a seus habitantes negros igualdade perante a lei [equal protection of the laws].[134]

A violação constitucional que Kennedy identifica é tudo menos invisível a menos que se tome uma perspectiva pós-newtoniana. "Em questão" para Kennedy "esta o significado jurídico de decisões discricionárias e isoladas que são suscetíveis a uma explicação não-racial quando consideradas individualmente, mas revelam um padrão claramente moldado pelo sentimento racial quando consideradas em grupo."[135] A visão pós-newtoniana prontamente expõe o dano causado por violações sistemáticas e exacerbadas por uma cegueira judicial newtoniana.

3.5. Escolhendo paradigmas jurídicos

Implícitos ao longo de minha discussão de paradigmas científicos e jurídicos estão dois critérios para escolher entre paradigmas antagônicos. O primeiro é empírico – qual paradigma melhor explica os "dados" disponível"? Apesar de a matemática necessária para resolver tudo ser complexa, a teoria de Einstein não é apenas mais simples em sua concepção básica e mais elegante no seu desenho do que a de Newton; ela faz melhores previsões sobre um número de fenômenos do mundo real[136] –- incluindo o grau em que o raio de luz de uma estrela que passa pela vizinhança do sol parece ser *desviado* pela massa

134. Id. pág. 1394-95.

135. Id. pág. 1406. Não está claro que qualquer um poderia ter direito a demandar um remédio na ausência da perspectiva "orientada para a comunidade" de Kennedy. Ver id. pág. 1422-23. Tampouco está claro que os limites de um tribunal julgando sobre o artigo III atendam essa perspectiva, ou que os remédios que ele possa conceder sejam de todo apropriados.

136. Como Hawking explica: "Por exemplo, observações muito precisas do planeta Mercúrio revelaram uma pequena diferença entre seu movimento e as previsões da teoria da gravidade de Newton. A teoria geral da relatividade de Einstein previu um movimento levemente diferente do que a teoria de Newton. O fato de as previsões de Einstein corresponderem ao que foi visto, enquanto que as de Newton não, foi uma das confirmações cruciais da nova teoria." S. Hawking, supra nota 19, pág. 10.

do sol quando visível durante um eclipse solar.[137] Similarmente, tentei sugerir que um paradigma jurídico pós-newtoniano se encaixa melhor a nossas intuições sobre o estado, os tribunais, e o direito.

Um segundo critério para escolher dentre os paradigmas antagônicos pode ser chamado de "progressividade" do paradigma – a resiliência e a utilidade do paradigma num novo contesto.[138] Um paradigma progressivo se adapta de uma forma construtiva para os novos "dados" – novas situações e problemas; um paradigma "degenerativo" deve ser revisto de uma forma *ad hoc* para lidar com esses novos fatos e contextos.[139]

Considere a física newtoniana. Sua maior limitação era que ela não permitia um relato dos eventos consistente e com base em princípios[140] –- uma explicação que funcionava independentemente dos

---

137. Gamow descreve a famosa experiência: "Os raios de luz de duas estrelas SI e SII localizadas (no momento da observação) em lados opostos do disco solar convergem em um teodolito, que mede o ângulo entre eles. A experiência é então repetida mais tarde quando o sol está for a do caminho, e os dois ângulos são comparados. Se eles forem diferentes temos prova de que a massa do sol muda a curvatura do espaço à sua volta, desviando os raios de luz de seus caminhos originais. Tal experiência foi sugerida originalmente por Einstein para testar a sua teoria. ...

"... [O] teste foi efetivamente feito em 1919 por uma expedição astronômica britânica à Ilha do Príncipe (África Ocidental), de onde o eclipse solar total daquele ano melhor podia ser observado. Descobriu-se que a diferença das distâncias angulares entre as duas estrelas com e sem o sol entre elas é de 1.61" (mais ou menos) 0.30" em comparação com 1.75 previsto pela teoria de Einstein. Resultados similares foram obtidos por várias expedições em datas posteriores." G. Gamow, supra nota 18, pág. 108.

138. Ver Lakatos, supra nota 11, pág. 116-22.

139. Ver id.

140. Como Imre Lakatos explica: "A teoria de Einstein não é melhor do que a de Newton Porque a teoria de Newton foi 'refutada' e a de Einstein não: há várias 'anomalias' conhecidas na teoria einsteiniana. A teoria de Einstein é melhor do que – isto é, representa um progresso se comparada com – a teoria de Newton do anno 1666 [1916 no original, evidente erro de digitação] (isto é, as suas leis da dinâmica, lei da gravidade, o conjunto conhecido de condições iniciais; 'minus' a lista de anomalias conhecidas tais como o periélio de Mercúrio) porque ela explica tudo o que a teoria de Newton havia explicado com sucesso, e também explicou até certa medida algumas anomalias conhecidas e, adicionalmente, impediu que eventos como a transmissão de luz ao longo de linhas retas perto de grandes massas sobre o que a teoria de Newtons nada havia dito mas que era possível por outras teorias científicas bem corroboradas da época; além disso,

tipos de mudanças nas condições circundantes que os cientistas têm cada vez mais concordado não deveriam fazer diferença para a operação das leis físicas básicas. O mais principal dos assim chamados "princípios da equivalência" que as teorias de Newton eram primitivas demais para produzir é o princípio de que as leis básicas da ciência para um corpo que está sofrendo acelaração uniforme assim como para um corpo que está em repouso num campo gravitacional uniforme.[141] Você que sente como se você e qualquer coisa que você por ventura derrubar estão sendo puxados em direção ao chão pela "força" da gravidade, sentiriam exatamente o mesmo "puxão" se a terra toda sumisse e o prédio que você por ventura estivesse ocupando estivesse acelerando bem rapidamente na direção que você costumava chamar de "pra cima" – de modo que o prédio estaria indo a cerca de 65 milhas por hora depois dos três primeiros segundos, cerca de 130 milhas por horas três segundos depois, cerca de 200 milhas por hora depois de mais três segundos, e assim por diante, e você estaria de fato continuamente pressionado contra o chão com uma força igual à do campo gravitacional da terra – um "g," ou "gravidade."

Para entender o quanto mais coerente e consistentemente o paradigma de Einstein pode lidar com essa equivalência entre aceleração e gravidade, imagine que alguém do lado de fora da sala em que você se encontra sentado enquanto lê isto ligasse um feixe de laser através de uma pequena abertura localizada onde a parede à sua esquerda encontra o teto, lançando-o horizontalmente através da sala.[142] Onde ele atingiria a parede à direita? Se o prédio que você ocupa estivesse acelerando rapidamente no espaço profundo, e se houvesse um apa-

---

pelo menos algo do excesso inesperado do conteúdo einsteiniano foi de fato corroborado (por exemplo, pelas experiências do eclipse)."Id. pág. 124 (destaques no original).

141. Einstein afirma: "A razão das massas de dois corpos é definida na mecânica de dois modos que diferem um do outro fundamentalmente; em primeiro lugar, como a razão recíproca das acelerações que a mesma força motriz lhes transmite (massa inerte), e em segundo lugar, como a razão das forças que agem sobre elas no mesmo campo gravitacional (massa gravitacional). A igualdade dessas duas massas, tão diferentemente definidas, é um fato que é confirmado por experimentos de altíssima precisão (experiências de Eötvös), e a mecânica clássica não oferece nenhuma explicação para essa igualdade." A. Einstein, supra nota 8, pág. 56.

142. Einstein explora o "experimento idealizado" seguinte em A. Einstein & L. Infeld, supra nota 9, pág. 218-22.

relho na parede à direita para medí-lo *bastante* precisamente, você descubriria que o feixe de laser *não* bate onde a parede encontra o teto, mas levemente *abaixo* daquele ponto. E se você pudesse traçar o caminho do feixe de laser através da sala, você notaria que ele *não* passa zunindo perfeitamente através do teto, mas caindo em direção ao chão num arco bem discreto. A razão é clara: enquanto o feixe cruza a sala, a sala continua acelerando, deixando o feixe cada vez mais para trás enquanto ele cruza.

Um newtoniano ficaria satisfeito com essa explicação isolada. Mas uma einsteiniana diria que a aceleração da sala cria forças "g" que *dobram* o espaço na sala, e o feixe de luz é *entortado* por este espaço curvo. Por que essa é uma explicação melhor? Porque com ela, uma einsteiniana não ficaria minimamente surpresa em descobrir, se você fizer a experiência do feixe de laser na Terra na sua sala agora mesmo, que o feixe cairia num arco precisamente da mesma forma. Tendo dito que a massa da Terra dobra o espaço na sua sala exatamente como a aceleração da sala no espaço profundo faria, ela iria *esperar* que o efeito no feixe de luz seja idêntica.

Mas o newtoniano ficaria completamente incrédula ao descobrir que, mesmo na Terra, o feixe de luz curva para baixo. Para explicar a curva, ele provavelmente sugeriria que o feixe deva ser pensado como uma corrente de partículas de água, e ele começaria a fazer presunções especiais sobre o "peso" de "partículas" individuais de luz contidas nele, e sobre como a “gravidade” da Terra puxa essas partículas para o chão. Em contraste, a abordagem de Einstein fornece uma explicação mais consistente para o por quê o mundo físico é como é, e fornece um conjunto de leis físicas que funcionariam igualmente bem para criaturas na Terra e para astronautas acelerando para longe da Terra. Então uma einsteiniana é poupada do destino de ser forçada a reescrever as suas leis de um modo *ad hoc* a cada novo contexto.[143] O paradigma einsteiniano é, deste modo, mais progressivo do que o paradigma newtoniano.

143. Einstein afirma: “A possibilidade de se explicar a igualdade numérica de inércia e gravidade pela unidade de sua natureza dá à teoria geral da relatividade, de acordo com a minha convicção, uma superioridade tal sobre as concepções da mecânica clássica, que todas as dificuldades encontradas devem ser consideradas pequenas em comparação com esse progresso.” A. Einstein, supra nota 8, pág. 58.

De volta à Terra, no reino constitucional, é igualmente importante evitar aquele destino. Os princípios substantivos mais básicos afetando os tipos de coisas que o governo pode fazer em suas relações com as pessoas não deveriam depender de acidentes de forma e aparência – como o acidente se o governo exerce pressão através de uma única regulamentação administrativa ao invés de através de uma série de decisões judiciais, ou impondo uma multa naqueles que *fazem* algo ao invés de oferecer um benefício apenas para aqueles que concordam em *não* fazê-lo.[144]

Eu acredito que, no direito tanto quanto na física, o objetivo de libertar a análise constitucional de tais distinções inteiramente artificiais é melhor atingido se pensarmos o direito, e a ação governamental, como mudando o panorama social e redirecionando a "geometria" das interações humanas, ao invés de considerar o governo como uma entidade física que, através das "forças" exercidas por suas partes componentes, arrasta e puxa as pessoas que estão "lá fora" num "estado da natureza". Dessa forma, o paradigma jurídico pós-newtoniano é mais progressivo do que o paradigma newtoniano. Trate-se do contexto de abuso infantil de *DeShaney*, no contexto de aborto de *Webster*, no cenário da fala simbólica em *Wooley*, ou no cenário da ressegregação de *Spangler*, somos mais propensos a colocar melhores questões se focarmos em como ações políticas coletivas reconstituíram o "espaço social" relevante do que se simplesmente perguntarmos quem está pondo as mãos em quem.

4. CONCLUSÃO

Um corolário do modernismo responsável é admitir que podemos *ver* mais do que podemos *fazer*.[145] Mas isso não significa que deveríamos mentir sobre o que vemos. Essas mentiras minam a tensão criativa que abastece o progresso. Então, enquanto consideramos se as decisões judiciais ou outras medidas governamentais enviesam inconstitucionalmente o panorama legal em favor de alguns grupos e

144. Para um artigo esplêndido aparentemente animado em grande parte pelo desejo de evitar exatamente tal dependência, ver Sullivan, Unconstitutional Conditions, 102 HARV. L. REV. 1415 (1989).

145. Ver supra pp. 13-14 (discutindo DeShaney e paternalismo).

contra outros, é crucial não ignorar o *significado social* do que quer que o estado tenha feito.[146]

Entender tal significado de um modo que reconheça completamente a interconectividade dos eventos jurídicos – e reconhecer, como a física moderna fez, a interdependência entre o processo de observação e o que é observado – é evitar a falácia paroquiana de olhar o universo jurídico apenas através dos olhos daqueles no poder.[147] Isso exige deixar qualquer noção de que o retrato "objetivo" do universo jurídico é aquele visto do ponto de vista daqueles que fazem as decisões jurídicas.[148] Por mais difícil que seja ver o mundo da perspectiva de outra pessoa, não fazer o esforço é ignorar o que a ciência aprendeu

---

146. Clifford Geertz põe essa idéia muito suscintamente: "[E]ste preconceito ... de que a dramaturgia do poder é externa aos seus funcionamentos, deve ser posta de lado." C. Geertz, Negara: the theatre state in nineteenth-century Bali 136 (1980). Numa passagem mais extensa, Geertz escreve: "O que nosso conceito de poder público obscurece, o do Balinês expõe; e vice versa. ... [E]stá lá, ao se expor as dimensões simbólicas do poder estatal. ... Tal estudo reestabelece nosso senso da força ordenadora da exibição, do respeito, e do drama.

"Cada uma das principais noções do que o estado 'é' que foi desenvolvida no Ocidente desde o século dezesseis – monopolista da violência dentro de um território, comitê executivo da classe dominante, agente delegado da vontade popular, aparelho pragmático para a conciliação de interesses – teve seu próprio tipo de dificuldade de assimilar o fato de que essa força existe. Nenhuma produziu um relato viável de sua natureza. Essas dimensões da autoridade que não são facilmente reduzíveis a um conceito de comando-e-obediência da vida política foram deixados à deriva num mundo indefinido de excrecências, mistérios, ficções e decorações. E a conexão entre o que Begehot chamou de partes dignas do governo e as eficientes foi sistematicamente mal compreendida.

"Esta má-compreensão, colocada do modo mais simples, é de que a função das partes dignas é servir o eficiente, de que são artifícios, mais ou menos hábeis, mais ou menos ilusórios, feitos para facilitar os fins mais prosaicos do governo. ...

"... [E]m todas essas visões, os aspectos semióticos do estado ... permanecem bastante ridículos. Eles exageram o poder, escondem a exploração, inflam a autoridade, ou moralizam o procedimento. A única coisa que não fazem é impulsionar alguma coisa." Id. pág. 121-23.

147. Pode-se interpretar o "véu da ignorância" de John Rawls como capturando essencialmente esta compreensão da natureza da justiça – que a "justeza" exige ver as coisas da perspectiva daqueles no pé da escada social. Ver J. Rawls, supra nota 55, pág. 136-42.

148. Ver Minow, When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. III (1987).

há muito tempo. Quão estranho que a física tenha que reensinar a Regra de Ouro.

Entre as consequências de aderir mais consistentemente a esta perspectiva pós-newtoniana pode bem ser uma tendência reduzida de culpar as vítimas do estado pela lesão feita quando o estado lhes põe à parte – como se sua visão do que o governo fez ou deixou de fazer tivesse que ser desconsiderada sob a luz de sua perspectiva supostamente limitada ou distorcida. A Suprema Corte do final do século dezenove fez exatamente isso em *Plessy v. Ferguson*,[149] quando ela indicou que a separação forçada por raça apenas segue a lei da natureza; se tal separação faz os negros se sentirem estigmatizados, isso tudo está na construção que *eles* põem nisso.[150] A Justice O'Connor, em um exame de outro modo sensível da celebração de um funcionário municipal de uma cena da natividade no Natal, caiu numa armadilha semelhante quando disse que nenhum observador "objetivo" tomaria aquela exibição como um endosso do cristianismo ou rebaixamento dos não-cristãos.[151]

Discernir o significado social de uma prática contestada – de um espaço jurídico por certos atos justapostos com certas omissões – implica uma investigação sobre como a prática afeta a geometria humana da situação. Tal investigação por sua vez exige um esforço menor para descobrir as alavancas, engrenagem ou forças escondidas que traduzem as ações governamentais em efeitos objetivos, do que uma tentativa de sentir os limites do mundo que o governo construiu – e entender o que esses limites *significam* para aqueles que podem estar presos ou excluídos por eles.

Da mesma forma ao discernir o efeito prático de um programa de bem-estar social incompleto. Assim como o caminho de um feixe de luz estelar é melhor entendido não como respondendo a um puxão

149. 163 U.S. 537 (1896).

150. Ver id. pág. 551.

151. Ver Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 692-93 (1984). Mas ver County of Allegheny v. ACLU Greater Pittsburgh Chapter, 109 S. Ct. 3086 (1989) (afirmando que a exibição do presépio, quando visto em seu contexto geral, viola a cláusula de liberdade de religião [establishment clause] pois o presépio transmitia uma mensagem patentemente cristã e nada no cenário detraia dessa mensagem); id. pág. 3117-24 (O'Connor, J., concordante).

invisível mas se movendo ao longo da distância mais curta entre dois pontos num espaço dobrado pela massa do próprio sol, também os cidadãos que poderiam ter ido ao auxílio de Joshua DeShaney não fosse pela presunção de que o elaborado programa de bem-estar do estado o faria é melhor entendido não como reação a um sinal abafado ou um leve empurrão mas seguindo o caminho de menor resistência posto pela própria presença e estrutura do programa estatal. E a declaração judicial de que o destino de Joshua não é culpa do estado mas o resultado natural de uma ação privada, atua não simplesmente como uma *observação* passiva sobre quem causou um dano a quem, mas como uma *ação* que pode entrincheirar ainda mais profundamente a geometria da indiferença pública que irá moldar as vidas dos Joshuas ainda por nascer.

O direito de greve como restrição à liberdade de empresa: reflexões à luz do direito comparado

Leandro Fernandez*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. A liberdade de empresa: 2.1 A Constituição Econômica; 2.2 A liberdade de empresa na Constituição Federal de 1988; 2.3 O conteúdo jurídico da liberdade de empresa; 2.3 A dimensão laboral da liberdade de empresa – 3. O direito de greve: 3.1 A greve no ordenamento jurídico brasileiro; 3.2 Conceito de greve; 3.3 A titularidade do direito de greve; 3.4 Requisitos para o exercício do direito de greve; 3.5 Modalidades de greve – 4. O direito de greve como restrição à liberdade de empresa: 4.1 Restrições decorrentes da dimensão coletiva do direito de greve; 4.2 Restrições decorrentes da dimensão individual do direito de greve – 5. Conclusões – Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho destina-se a investigar as implicações entre a liberdade de empresa e o direito de greve, especificamente quanto às restrições decorrentes do exercício deste no âmbito das faculdades abrangidas por aquela.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de empresa; Constituição Econômica; Restrições de direitos fundamentais; Greve; Dimensões do direito de greve.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A liberdade de empresa é princípio de elevada importância em qualquer ordem jurídica que adote o capitalismo como sistema econômico. Tradicionalmente, a doutrina tem voltado sua atenção ao estudo acerca das possibilidades e limites de intervenção estatal no âmbito

---

(*) Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Membro do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho (IBDT). Membro do Conselho Fiscal da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região – AMATRA VI (gestão 2016/2018).

da referida liberdade. Persistem, ainda, em certa medida, as inquietações que surgiram com o advento do Estado Liberal e a necessidade histórica de proteção dos indivíduos em face do Poder Público.

Pouco se tem refletido, todavia, acerca da viabilidade de imposição de restrições à liberdade de empresa derivadas de atos de particulares. O presente trabalho objetiva examinar esta temática especificamente no que se refere ao exercício do direito de greve.

Constitucionalmente consagrada, a greve, por sua natureza ímpar, gera profundas controvérsias doutrinárias. A titularidade do direito e mesmo a própria conceituação do instituto não gozam de unanimidade. A decisão dos trabalhadores por sua deflagração, ademais, inexoravelmente abala as faculdades oriundas da liberdade de empresa.

Para analisar as implicações entre esses direitos, é necessário, num primeiro momento, empreender um esforço de compreensão da liberdade de empresa, a partir de sua evolução histórica. É, ainda, imperioso analisar seu conteúdo jurídico e a possibilidade de se cogitar de uma dimensão laboral desta liberdade. Este é o objeto da segunda seção deste trabalho.

A investigação em torno da greve será realizada na terceira seção. Examinar-se-á, então, seu conceito, a titularidade do direito, assim como os requisitos para seu exercício. A apresentação sobre as modalidades da greve encerrará o tópico.

A quarta seção destina-se especificamente à reflexão acerca das restrições à liberdade de empresa decorrentes do direito de greve, tanto em sua dimensão coletiva quanto na individual.

Na quinta seção, declinam-se as conclusões alcançadas através do presente estudo.

Delineado o roteiro de investigação, cumpre, desde já, avançar para o exame da liberdade de empresa. É o que se empreenderá a seguir.

2. A LIBERDADE DE EMPRESA

A compreensão da configuração jurídica da liberdade de empresa exige a apresentação, ainda que breve, do processo histórico de sua consagração no Ocidente e de sua evolução.

A tutela da liberdade de empresa atendeu aos anseios da recém-formada classe burguesa, condutora das Revoluções Liberais que marcaram o século XVIII. No contexto de ruptura com o Antigo Regime, a noção de liberdade tornou-se verdadeiro fator definidor do projeto ideológico, político e econômico que então se implantava.

Precisamente por isto, já nos primeiros artigos da Declaração de Direitos da Virgínia[1] (precursora da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[2] a liberdade é alçada à posição de valor fundamental.

A postura política que então se assumia – e que viria a se manter durante longo período – era a de não intervenção do Estado nas ações dos particulares. A função estatal era, basicamente, garantir a segurança necessária para o livre exercício dos direitos civis e políticos.

Com o decurso do tempo, todavia, a ampla consagração da liberdade de atuação no mercado permitiu o surgimento de estruturas empresariais diferenciadas, caracterizadas pela alta concentração de capital. Evoluía-se, então, do capitalismo atomista ao capitalismo de grupo[3]. Nesta nova realidade econômica, a limitação à liberdade

---

1. Artigo 1° – Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

2. Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.
[...]
Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.
Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

3. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 24. Pondera, a seu turno, EDILTON MEIRELES que, ao "mesmo tempo em que a empresa cresce em complexidade, ela perde na sua totalidade (ou exaustividade) e na sua auto-suficiência, pois sua capacidade de controlar diretamente os recursos estratégicos essenciais para sua sobrevivência se coloca cada vez

tornou-se exigência de efetiva existência de liberdade, exigindo-se a intervenção estatal para regular a economia.

Como reflexo deste contexto, uma nova perspectiva da Constituição passa a atrair a atenção dos estudiosos do Direito. Trata-se da denominada "Constituição Econômica", objeto do tópico seguinte.

2.1. A Constituição econômica

O aparecimento de monopólios e oligopólios, a formação de cartéis, os reiterados abusos do poder econômico cometidos por entidades detentoras de elevada concentração de capital, os desequilíbrios do sistema financeiro, bem como o estado de preocupante fragilização social verificados no início do século XX conduziram à inserção nos ordenamentos jurídicos de normas voltadas ao direcionamento da economia.

As Constituições, por consubstanciar o compromisso político fundamental de uma sociedade, exerceram, neste contexto, papel extremamente relevante. As Cartas Magnas editadas a partir desse período, passaram a assumir a responsabilidade de regular o funcionamento da economia, tendo em vista a promoção do bem-estar geral[4].

Surge, então, a noção de Constituição Econômica, compreendida como a "*ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no solo están implicados los ciudadanos, sino también, y de*

---

mais distante do seu engrandecimento. É preciso, então, descentralizar, flexiilizar. O grupo econômico surge, assim, como o 'modelo-tipo de empresa flexível contemporânea'" (Grupo econômico trabalhista. São Paulo: LTr, 2002, p. 39).

4. Acerca da omissão das Constituições Liberais quanto à regulação da economia, pondera EROS GRAU: "As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*" (grifo no original) (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71).

manera creciente, el proprio Estado en su función de protagonista del desarollo de la vida económica"[5].

É possível, acompanhando-se EROS GRAU, distinguir a Constituição Econômica estatutária da denominada de programática ou diretiva. A primeira define os "estatutos da propriedade dos meios de produção, dos agentes econômicos, do trabalho, da coordenação da economia, das organizações do capital e do trabalho"[6]. A segunda, a seu turno, pretende-se protagonista de uma nova ordem coisas, estabelecendo "diretrizes das políticas públicas, coerentes com determinados objetivos também por ela enunciados"[7].

Instituidoras do Estado Social de Direito, as Constituições contemporâneas não abandonaram o capitalismo[8], mas impuseram limites e condicionamentos para a atuação no mercado. A liberdade de empresa persiste, pois, como valor fundamental da sociedade, admitindo-se – e, mesmo, exigindo-se – restrições ao seu exercício.

Exemplificativamente, a atual Constituição da Itália reconhece-a em seu art. 41[9], vinculando-a ao interesse social e admitindo a edição

---

5. COMA, Martin Bassols. **Constitución y Sistema Económico**. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988, p. 17.

6. *Op. cit.*, p. 76.

7. *Ibidem*, *loc. cit*. Impende destacar a relevância histórica da Constituição de Weimar, que viria a influenciar a posterior configuração do constitucionalismo europeu, sendo, inclusive, decisiva para o reconhecimento de novas áreas do Direito: "*La cultura jurídica de la época desarroló una importante reflexión teórica sbre este material constitucional al proprio tiempo que sistematizo y desarroló nuevas ramas del Derecho – como el Derecho Económico, el Derecho del Trabajo, y el Derecho Social – que implicaban una superación de los fundamentos tradicionales del Derecho Privado y revelaban que la Constitución no debe limitarse a regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también justificar las relaciones entre los ciudadanos y los poderes económicos privados o de hecho*" (COMA, Martin Bassols. *Op. cit.*, p. 30).

8. O caso português merece uma observação. Ao ser promulgada, em 1976, a atual Constituição portuguesa possuía uma série de referências à transição para uma sociedade de índole socialista, "sem classes". A redação originária foi alterada em 1982, na Primeira Revisão Constitucional, excluindo-se do corpo do texto tais intenções.

9. *Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività*

de leis voltadas à coordenação da atuação econômica pública e privada, tendo em vista os fins sociais, enquanto a Constituição espanhola de 1978 assegura-a em seus artigos 9º, item 2[10], e 38[11]. A seu turno, a Constituição de Portugal, em sua atual redação, consagra-a nos artigos 61[12] e 86[13].

Seguindo esta linha, também a Constituição brasileira de 1988 resguarda a liberdade de empresa, conforme se verificará a seguir.

2.2. A liberdade de empresa na Constituição Federal de 1988

O constituinte de 1988 elegeu o *valor social* da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante se infere da leitura do art. 1º, inciso IV, da Carta Política, *in verbis*: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

---

economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

10. *Artículo 9 [...] 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

11. *Artículo 38 Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

12. Artigo 61.º Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

13. Artigo 86.º Empresas privadas 1. O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral.
    2. O Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial.
    3. A lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza.

A livre iniciativa é princípio jurídico de ampla abrangência[14]. Na lição de EROS GRAU, uma de suas manifestações é a "liberdade de iniciativa econômica"[15], titularizada pela empresa. Esclarece o jurista que esta liberdade pode assumir dois sentidos, a saber: "liberdade de concorrência" e "liberdade de comércio e indústria"[16].

No primeiro sentido, abrange: a "faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal", a "proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência", bem como a "neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes"[17].

No segundo sentido, corresponde à "faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado" e à "não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei"[18]. É precisamente este sentido que interessa ao presente estudo, configurando o que se denomina de liberdade de empresa.

Especificamente no Título VII, que dispõe acerca da "Ordem Econômica e Financeira", a Constituição reiterou a proteção à livre iniciativa, consagrando-a também, portanto, na dimensão relativa à liberdade de empresa, conforme se verifica a partir da redação do art. 170 e de seu parágrafo único, a seguir transcritos: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer

---

14. Obtempera, neste sentido, MANOEL JORGE E SILVA NETO: "O princípio da livre iniciativa está complementado na Constituição pelo princípio da liberdade-matriz (ou liberdade de ação), previsto no art. 5º, II ('ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'), o que nos leva a considerar que a liberdade de atuação na economia é apenas uma das porções da garantia fundamental, porquanto pode reconduzir, inclusive, à escolha de uma profissão pelo trabalhador" (**Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 96).

15. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 204.

16. *Ibidem*, p. 206.

17. *Ibidem*, *loc. cit*.

18. *Ibidem*, *loc. cit*.

atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Importa perceber que a proclamação da liberdade de empresa como um dos elementos basilares da ordem econômica brasileira não ocorre de maneira absoluta, mas, ao revés, acompanhada do reconhecimento da valorização do trabalho humano como fator que lhe é igualmente fundante e da vinculação à promoção da dignidade humana e da justiça social. Eventuais limitações à liberdade de empresa devem, pois, necessariamente buscar seu fundamento de legitimidade em tais elementos.

Demonstrada a positivação da liberdade de empresa, cumpre, agora, empreender o estudo de seu conteúdo. Eis o objeto do item seguinte.

2.3. O conteúdo jurídico da liberdade de empresa

Sinteticamente, a liberdade de empresa consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades[19]. Se é assim, inserem-se em seu âmbito de abrangência todas as condutas necessárias para viabilizar o ingresso no mercado, de acordo com os requisitos legais. Todos os atos, pois, indispensáveis para o efetivo princípio das relações negociais incluídas nas finalidades da empresa estão garantidos sob o manto da liberdade de empresa.

Para além dos comportamentos e relações jurídicas preliminares, a liberdade de empresa abarca, também, toda a atuação empresarial desenvolvida no curso da exploração da atividade econômica. Isto envolve, exemplificativamente, aspectos relativos à alocação de bens e capitais, a decisões quanto a intensificação ou redução de ações em certos setores, ampliação ou deslocamento de unidades produtivas.

---

19. MARTIN BASSOLS COMA define-a como a "*libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganância*" (*Constitución y Sistema Económico*. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988, p. 137).

Consectário lógico, ainda, da consagração da liberdade de empresa é a tutela das condutas necessárias ao encerramento – total ou parcial – das atividades da empresa. Não é plausível que o sujeito ou a entidade seja, de fato, livre para empreender em dada área se nela somente lhe é facultado o ingresso, vedando-se sua saída. Assim, os atos relativos à dissolução da empresa ou à finalização das atividades de dado departamento estão, também, salvaguardados pela liberdade de empresa.

Refletindo acerca do conteúdo essencial da liberdade de empresa, MANUEL ARAGÓN REYES pondera: "*En cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también, esse reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomia de dirección de su empresa, autonomia sin la cual no sería empresa privada, sino empresa pública [...]*"[20].

Eis o delineamento geral do conteúdo jurídico da liberdade de empresa. Observe-se, por sua amplitude, que o exercício desta inevitavelmente provoca conseqüências no campo das relações de trabalho. Partindo-se, então, de suas facetas relativas ao início, ao desenvolvimento e ao encerramento de atividades, importa, agora, aplicar este arcabouço teórico aos contratos de trabalho, no que se poderia denominar de dimensão laboral da liberdade de empresa. Esta é a proposta do próximo tópico.

2.4. A dimensão laboral da liberdade de empresa

Conforme declinado, a liberdade de empresa pode ser visualizada sob a tríplice faceta de ingresso, desenvolvimento e afastamento do exercício de atividade econômica no contexto do mercado.

Relativamente à primeira, as implicações no Direito do Trabalho referem-se às decisões da empresa sobre "*cuantos trabajadores necesita, quiénes van a ser contratados y qué modalidades contractuales se van*

20. REYES, Manuel Aragón. **El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España**. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 55.

a utilizar"[21]. A mais evidente limitação à liberdade de empresa, neste campo, é a vedação à adoção de critérios discriminatórios para a seleção de trabalhadores[22]. O fato de o empregador possuir a faculdade de escolher com quem contratar não lhe autoriza, por óbvio, a violar o princípio constitucional da igualdade, valendo-se de distinções objetivamente injustificáveis.

A segunda faceta, consoante a lição de FREDERICO DURÁN LÓPEZ, pode ser visualizada sob duas perspectivas[23]. A primeira refere-se à utilização de mão-de-obra diretamente vinculada ao tomador ou intermediada por terceiro. É lícito, aqui ao empregador, obedecidos os ditames legais e jurisprudenciais, não utilizar empregados seus para a realização de certas atividades específicas. A segunda perspectiva diz respeito ao modo de exploração da mão-de-obra, abrangendo, exemplificativamente, jornada, produtividade e local de trabalho.

Finalmente, o aspecto da liberdade de empresa relativo ao afastamento do exercício de atividades econômicas corresponde, no campo das relações laborais, ao encerramento de contratos de trabalho[24]. No Direito brasileiro, o melhor entendimento é no sentido de esta liberdade não abranger a despedida arbitrária, mas somente a motivada[25].

---

21. LÓPEZ, Frederico Duran. **Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España**. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 59.

22. *Ibidem*, p. 60.

23. *Ibidem*, p. 61.

24. "[...] *la libertad de empresa compreende, como decíamos, la libertad de abandonar total o parcialmente el mercado, reduciendo o suprimiendo las actividades productivas desarrolladas, o prescindiendo de trabajadores que para dicho desarrollo se habían contratado. Em estos casos, no siempre se trata de abandonar o mercado, sino que puede tratarse simplemente de reducir el número de trabajadores contratados, como consecuencia de reorganizaciones productivas, mejoras tecnológicas, aumentos de productividad, etc*" (*Ibidem*, p. 64).

25. Neste sentido, meditando acerca do art. 7º, inciso I, da Constituição de 1988, EDILTON MEIRELES esclarece: "[...] a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação" (Abuso do

Compreendida a configuração jurídica da liberdade de empresa, é possível, agora, avançar para a terceira seção, destinada a cuidar do direito de greve.

3. O DIREITO DE GREVE

A seção pretérita dedicou-se a abordar a liberdade de empresa. Historicamente, sua consagração como valor merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico está intimamente vinculada ao ideário das Revoluções Burguesas. O ambiente político do período que se seguiu era, com efeito, propício à consolidação de um modelo de produção baseado na exploração do trabalho subordinado.

A proteção à liberdade de atuação no mercado não foi acompanhada, todavia, de um regime jurídico idôneo a garantir condições dignas para os homens, mulheres e crianças arregimentados para laborar nas indústrias e minas. A precariedade dos ambientes de trabalho, as jornadas exaustivas e os salários vis acenderam a centelha daquilo que viria a ser denominado de consciência de classe. O operariado apercebeu-se de que a única via possível para o equilíbrio na negociação com os empresários era a coletiva.

Neste quadro, surge a greve como mecanismo de luta por elevação da situação social dos trabalhadores[26]. Concomitantemente, a reação estatal à realidade de instabilidade social conduziu à edição das primeiras leis voltadas à redução dos abusos cometidos pelos empregadores, regulamentação precursora da futura disciplina do Direito do Trabalho. De fato, a própria *razão de ser* deste ramo do Direito, consoante leciona PALOMEQUE LOPEZ, é a de "*servir ao processo de juridificação do conflito entre o trabalho assalariado e o capital*, da sua canalização ou institucionalização pelo Estado"[27] (grifos no original).

Direito na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2004, p. 198). A Consolidação das Leis do Trabalho, convém ressaltar, define a despedida arbitrária como aquela que não se lastreia em "em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro".

26. Obtempera JOSÉ MARTINS CATHARINO que a "*greve* é, acima de tudo, um fenômeno social e humano, por causas materiais e com efeitos da mesma natureza. Forma de luta de pessoas trabalhadoras contra pressão e opressão econômicas, desumanas e desumanizantes". (grifo no original) (Tratado Elementar de Direito Sindical: Doutrina, Legislação. São Paulo: LTr, 1982, p. 251).

27. LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. Direito do trabalho e ideologia. Trad. Antonio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19. Pondera, a seu turno, ALAIN SUPIOT,

Após etapas históricas nas quais a greve foi proibida[28] ou, apenas, tolerada, na atualidade é ela internacionalmente reconhecida como um direito fundamental. Nesta linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conquanto não mencione expressamente a greve, consagra o direito de criação e de participação em sindicatos[29], bem como a liberdade de associação[30]. Constituindo-se a greve num dos meios mais contundentes e eficazes para a consecução de melhorias sociais, parece evidente sua implícita proteção no mencionado documento. Não é crível que se possa seriamente sustentar a existência de uma organização coletiva, destinada à defesa de direitos de classe, aleijada daquele que talvez seja seu principal instrumento.

A seu turno, o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais enuncia, em seu art. 8º, item 1, a obrigação dos Estados signatários de assegurar o direito à criação e participação em sindicatos e, explicitamente, o direito de greve, esclarecendo que este será concretizado de acordo com a regulamentação de cada nação[31].

---

que a "*constitución del derecho del trabajo como rama autónoma del derecho se há llevado a cabo, de este modo, mediante el reconocimiento de derechos definidos colectivamente (derechos colectivos, o reglamentación colectiva) que fundam o confortan derechos individuales, es decir, derechos que cada trabajador puede alegar frente a su empresario*". (**Crítica del Derecho del Trabajo**. Madrid: MTSS, 1996, p. 149).

28. Indica SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO que em "quase todas as nações existiu, de um modo ou de outro, uma perseguição penal ao fenômeno da greve, por considerá-la socialmente prejudicial. Os primeiros grandes agrupamentos de trabalhadores, a partir da Revolução Industrial, coincidem com esta primeira forma de encarar a greve" (**O Direito de Greve**. Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994, p. 42).

29. Artigo XXIII, 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

30. Artigo XX, 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

31. 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir:
    a) o direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente ao regulamento da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, não editou qualquer Convenção que explicitamente consagre o direito de greve. Sua implícita proteção decorre, tal como se verifica relativamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da garantia da liberdade sindical e da negociação coletiva, previstas nas Convenções 87[32], 98[33] e 154[34].

Paralelamente ao reconhecimento explícito ou implícito, em documentos internacionais, da greve como direito, diversas Constituições ocidentais passaram a expressamente tutelar o seu exercício[35]. O

---

b) o direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito desta de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;
c) o direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;
d) o direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país. (sem grifos no original)

32. Art. 2 – Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

33. Art. 1 – 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.
2. Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a:
a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;
b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.

34. Art. 2 – Para efeito da presente Convenção, a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de:
a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

35. Exemplificativamente, a atual Constituição da Itália garante o direito de greve, em conformidade com a legislação pertinente, conforme dispõe seu art. 40:

exame específico da consagração deste direito na Constituição brasileira de 1988 iniciará o item seguinte, destinado à análise do regime jurídico da greve no ordenamento pátrio.

3.1. A greve no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito de greve em seu art. 9º, nos seguintes termos: "Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º – A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º – Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei".

O *caput* do dispositivo confere, assim como a Constituição portuguesa de 1976, aos trabalhadores a legitimidade decisória quanto aos interesses merecedores de tutela através da via extrema da greve, explicitando, ademais, que também a eles cabe eleger o momento adequado para sua deflagração[36].

O texto constitucional mitiga, por outro lado, o direito de greve ao conceder, no § 1º do referido artigo, competência ao legislador para

---

"Art. 40. *Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano*". A Constituição portuguesa de 1976, por sua vez, assegura o direito de greve, bem como a legitimidade dos trabalhadores na definição das finalidades que, mediante ela, objetivam defender, *in verbis*: "Artigo 57.º Direito à greve e proibição do lock-out. 1. É garantido o direito à greve. 2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito". A seu turno, a atual Constituição espanhola consagra o direito de greve, remetendo à legislação infraconstitucional o delineamento de regras para a continuidade da prestação dos serviços essenciais, consoante se infere da leitura de seu art. 28, item 2: "*Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*".

36. Obtempera EDILTON MEIRELES que a Constituição Federal de 1988, ao "assegurar o amplo direito de greve, conferiu aos trabalhadores um instrumento de autotutela do trabalho. Criou um instrumento de real inserção do trabalho no sistema político, assegurando, ainda, aos trabalhadores um meio eficaz de interferência no âmbito econômico-empresarial, ao lhe conferir um maior poder de negociação" (A Constituição do Trabalho *in* Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. Cláudio José Montesso; Marco Antônio de Freitas; Maria de Fátima Coêlho Borges Stern (Coords.) São Paulo: LTr, 2008, p. 60).

assegurar que, no curso do movimento grevista, as necessidades reputadas essenciais para a sociedade persistirão sendo atendidas, aos moldes da previsão contida no art. 28, item 2, da Constituição espanhola de 1978.

Malgrado seja orientação da teoria geral do Direito a proibição do abuso de direito[37], com a assunção das respectivas consequências para a hipótese de comportamento abusivo, pareceu bem ao constituinte de 1988 afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de responsabilização daqueles que ultrapassarem o legítimo exercício do direito de greve, o que o fez no § 2º do art. 9º.

Saliente-se, ainda, que, em seu art. 37, inciso VII[38], a Carta Magna assegura o exercício do direito de greve aos servidores públicos, conforme delineamento estabelecido em legislação específica, a qual, até o momento, não foi editada. A temática da greve no serviço público não será aqui analisada, em face da proposta do presente trabalho de exame do direito de greve como limite à liberdade de empresa.

No plano infraconstitucional, a greve é disciplinada pela Lei n.º 7.783/89, a qual, em seu art. 2º, a conceitua como "a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador". A lei garante aos grevistas meios para a difusão e manutenção do movimento[39] e estabelece requisitos para a regularidade de sua deflagração, os quais serão posteriormente abordados.

---

37. No ordenamento jurídico nacional, o abuso de direito é disciplinado pelo art. 187 do Código Civil, *ipsis litteris*: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

38. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

    VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

39. Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

    I – o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

    II – a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

    § 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o diploma legal dispõe, em seus arts. 10 e 11, acerca dos serviços essenciais e das necessidades inadiáveis da sociedade, determinando a manutenção das atividades indispensáveis[40].

Ademais, a denominada Lei de greve estabelece, em seu art. 14, que se configura o abuso do direito de greve com a inobservância das disposições nela contidas, bem como com a manutenção do movimento paredista após a edição de norma coletiva ou decisão oriunda do Judiciário trabalhista.

Eis o panorama legislativo acerca do direito de greve. Cumpre, agora, avançar para a análise do conceito deste instituto, procedendo-se à necessária revisão diante das suas contemporâneas manifestações. É o que se empreenderá a partir do próximo tópico.

3.2. Conceito de greve

No Direito brasileiro, consoante declinado, o legislador, afastando-se da orientação segundo a qual a tarefa de conceituar institutos cabe à doutrina, definiu a greve como "a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador"[41].

O conceito legal corresponde à compreensão jurídica que tradicionalmente se construiu em torno da greve. A sustação, durante certo período, da prestação de labor por uma coletividade é, de fato, o elemento historicamente caracterizador da greve. Precisamente por

---

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

40. Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

41. Verificar-se-á adiante que andou mal o legislador pátrio ao pretender conceituar o instituto da greve. Impende salientar, aqui, que as leis reguladoras da greve em Portugal (Lei n.º 65/77) e na Espanha (*Real Decreto-ley* 17/1977) abstiveram-se de apresentar seu conceito.

isto, JOSÉ MARTINS CATHARINO a definiu como "suspensão coletiva e temporária de trabalho"[42].

No entanto, com o decorrer do tempo, diversas outras espécies de manifestações coletivas foram agregadas àquela que tipicamente se denominava de greve. A riqueza da experiência social e a criatividade dos trabalhadores ampliaram a noção de greve, para abranger, por exemplo, modalidades nas quais não se verifica a suspensão do labor, mas, ao revés, sua execução levada ao extremo rigor[43].

O conceito tradicional de greve não mais atende, pois, à multiplicidade de manifestações possíveis do instituto, impondo-se a revisão de sua definição. Partindo de tais ponderações, RONALD AMORIM E SOUZA conceitua a greve como

> [...] um movimento concertado de empregados (trabalhadores subordinados), com o objetivo anunciado de exercer pressão sobre a entidade patronal para alcançar benefício ou melhoria contratual, cumprimento de norma ou resistência a exigência injustificada, em benefício da coletividade ou de parte dela[44].

Ressalte-se que não há razão para reputar legítima somente a modalidade de greve prevista no art. 1º da Lei n.º 7.783/89, como parece indicar a redação do dispositivo. Em verdade, a Constituição de 1988 assegura amplamente o direito de greve, não veiculando – ou autorizando que a lei o faça – meio específico através do qual ele seja exercido, mas, ao revés, remetendo ao âmbito da autonomia coletiva a definição de sua concretização.

Assim, acompanhando-se o conceito proposto por RONALD AMORIM E SOUZA, verifica-se que três são os elementos caracterizadores da greve:

1) atuação coletiva coordenada;

2) direcionamento a objetivo específico de interesse da categoria;

---

42. CATHARINO, José Martins. **Tratado Elementar de Direito Sindical**: Doutrina, Legislação. São Paulo: LTr, 1982, p. 263.

43. As espécies de greve serão objeto de tópico específico, adiante.

44. SOUZA, Ronald Amorim e. **Greve & Locaute**: Aspectos jurídicos e econômicos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 54.

3) exercício em face do empregador.

Vale repisar que não apenas os mecanismos de exercício da greve, como também os interesses através dela tutelados serão definidos pela categoria, não cingindo-se, pois, apenas a fatores típica e exclusivamente derivados da relação de emprego. É dizer, o âmbito material de direitos passíveis de defesa mediante o recurso à greve abrange tanto direitos laborais específicos[45] como inespecíficos[46], na conhecida classificação de PALOMEQUE LOPEZ.

A necessária revisão do conceito de greve voltará a ser objeto do presente trabalho, na seção seguinte. Por ora, cumpre abordar as questões atinentes à titularidade do direito. É o que se fará adiante.

3.3. A titularidade do direito de greve

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO distingue três correntes doutrinárias a respeito da titularidade do direito de greve[47]. Para a primeira, o titular do direito seria o sindicato. Conforme a segunda corrente, diversamente, o direito de greve seria do conjunto de

---

45. "*Los* derechos laborales *recogidos por la Constitución (CE) tienen su origen específico o razón de ser [exclusiva o principalmente], obvio es reconocerlo, em el ámbito de las relaciones de trabajo asalariado, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de los derechos 'específicamente' laborales [derechos* específicos*], de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios [o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses], en tanto que sujetos de uma relación laboral [paradigmáticamente, derecho alsalario, derecho de huelga, derecho de negociación colectiva, etc]*" (grifos no original) (LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Derechos fundamentales generales y relacion laboral**: los derechos laborales inespecíficos in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 229).

46. "*Son derechos atribuídos com carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de uma relación jurídica laboral por ciudadanos que, al proprio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales* inespecíficos" (grifo no original) (*Op. cit*., p. 229-230). Exemplificativamente, tem-se os direitos à igualdade, à liberdade de opinião e de expressão e o direito à intimidade.

47. CASTILLO, Santiago Pérez. **O Direito de Greve**. Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994, p. 86.

trabalhadores. Por fim, haveria ainda aqueles que sustentam ser o direito de greve um direito subjetivo titularizado pelo indivíduo trabalhador.

Valendo-se de classificação diversa, RONALD AMORIM E SOUZA indica a existência de controvérsia doutrinária em torno de três soluções para a questão da titularidade do direito de greve[48]. A primeira (teoria orgânica) afirma ser ele um direito titularizado pelo sindicato. A seu turno, a segunda teoria sustenta tratar-se de um direito individual do trabalhador. A terceira tese, por sua vez, admite a existência concomitante de uma dupla titularidade do direito de greve: coletiva e individual[49].

Filiado a esta última corrente, ANTONIO BAYLOS GRAU assevera que a titularidade do direito de greve possui dupla dimensão. Na dimensão coletiva, encontram-se, exemplificativamente, as "*facultades de convocatoria o de llamada a la huelga, la determinación de los objetivos y la elección de modalidad, además de lo que se podría denominar actividades de gestión del conflicto, la publicidad del mismo y, claro está, la desconvocatoria*"[50].

A dimensão individual abrange "*en primer lugar la facultad de adherirse a la convocatoria de huelga, participar en el desarrollo concreto de la huelga, en la toma de decisiones sobre su continuidad y cese y en las tareas de información y publicidad, o en fin, em secundar la desconvocatoria de la misma decidica colectivamente*"[51].

Impende ressaltar que a distinção não guarda mera importância acadêmica, mas produz efeitos práticos. Afirmar que o indivíduo

---

48. SOUZA, Ronald Amorim e. **Greve & Locaute**: Aspectos jurídicos e econômicos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 125 *et seq*.

49. Refletindo especificamente acerca do panorama francês, ALAIN SUPIOT afirma: "*Como en el ámbito sindical, hay que distinguir la libertad individual de huelga del derecho de huelga que enmarca el ejercicio colectivo de esta libertad. Aunque la Constitución invita a establecer esta distinción, el legislador se há revelado incapaz de elaborar tal derecho, abandonando a la jurisprudencia lo esencial de esta responsabilidad*" (**Crítica del Derecho del Trabajo**. Madrid: MTSS, 1996, p. 169).

50. GRAU, Antonio Baylos. **El derecho de huelga in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978**. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 598.

51. *Ibidem*, *loc. cit*.

trabalhador é titular do direito de greve não implica, exemplificativamente, ser dele exigível a adoção de medidas para previamente informar ao empregador acerca da deflagração do movimento. Tal responsabilidade situa-se no âmbito da dimensão coletiva da titularidade do direito de greve.

3.4. Requisitos para o exercício do direito de greve

A Lei n.º 7.783/89 estabelece uma série de requisitos para a regularidade da deflagração do movimento grevista. O primeiro deles consiste no insucesso ou impossibilidade na utilização de outros meios para a solução do conflito coletivo[52]. Por ser a greve medida extrema, de elevado impacto na relação entre capital e trabalho, exige-se que a via negocial haja sido exaurida.

Ademais, é necessário que o sindicato obreiro atenda às formalidades previstas em seu estatuto relativamente à convocação e ao *quorum* para decisão quanto à greve[53].

Deliberando-se pela deflagração do movimento grevista, é obrigatória a cientificação do correspondente sindicato patronal ou empregador, com antecedência de pelo menos 48 horas[54]-[55].

Durante a greve, os trabalhadores aderentes são proibidos de obstar o acesso aos locais de trabalho dos colegas que não desejem

---

52. Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

53. Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.
    § 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

54. Art. 3º *omissis* Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.

55. Registre-se a posição de RAIMUNDO SIMÃO DE MELO, no sentido da ausência da obrigação de cientificação em certas hipóteses: "[...] torna-se dispensável a notificação à classe patronal, nos seguintes casos: a) por atraso de pagamento de salários; b) na existência de riscos graves e iminentes para os trabalhadores, nos locais de trabalho, por falta do cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho" (A Greve no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 81).

participar do movimento, assim como de provocar danos à propriedade do empregador ou a pessoas envolvidas no conflito[56].

Além disso, deverão ser mantidas as atividades sem as quais bens ou equipamentos do patrão sofrerão prejuízo irreparável e também aquelas imprescindíveis ao futuro retorno ao normal funcionamento da empresa[57]. Devem, ainda, ser realizadas as tarefas reputadas indispensáveis à satisfação das necessidades inadiáveis da sociedade, no âmbito dos serviços essenciais[58].

Saliente-se, por fim, que, havendo sido confeccionada norma coletiva ou proferida decisão pelo Judiciário Trabalhista, a manutenção da greve é também considerada abusiva, salvo diante de eventual descumprimento de imposição da norma regente da categoria ou advento de fato que altere substancialmente as circunstâncias nas quais era prestado o labor[59].

Analisados os requisitos para o regular exercício do direito de greve, cumpre, agora, avançar para o exame de suas modalidades.

Este é o objeto do próximo tópico.

---

56. Art. 6º *omissis* [...]§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

57. Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

58. Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

59. Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

    Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que:

    I – tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição;

    II – seja motivada pela superveniência de fatos novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho.

3.5. Modalidades de greve

Consoante declinado no início desta seção, a noção de greve evoluiu para abranger uma multiplicidade de manifestações. O presente item destina-se a abordar, ainda que sucintamente, algumas delas.

A primeira delas pode ser denominada de clássica e corresponde ao conceito previsto na Lei n.º 7.783/89, consistindo na sustação da prestação dos serviços por um conjunto de trabalhadores durante certo período.

A seu turno, a greve de solidariedade pode concretizar-se quando "colegas se manifestam, coletivamente, em apoio a algum ou alguns outros que sofreram punições que a coletividade considere injusta ou desproporcional" ou quando trabalhadores "de um terceiro, que não está nem teria por que estar em conflito, apanham-no de surpresa pela ação constituída em se solidarizarem com grevistas de outra empresa, no claro intuito de ampliar o efeito da greve [...]"[60].

A greve política, por sua vez, é, em princípio, voltada "contra o poder constituído para que adote ou deixe de adotar determinada providência, no âmbito de suas atribuições"[61]. Tal manifestação coletiva, observe-se, não é, *a priori*, passível de enquadramento no conceito de greve anteriormente delineado, sendo, talvez, mais adequado falar-se em utilização política da greve.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO apresenta quatro outras espécies de greve, a saber: greve intermitente; greve rotativa; greve trombose e greve retroativa. A primeira consiste em "uma série de curtas interrupções do trabalho, que provocam uma baixa de rendimento tão elevada como a decorrente de uma única paragem do trabalho durante o mesmo tempo total"[62].A greve rotativa, por sua vez, é realizada através da paralisação alternada de setores da empresa[63]. Na greve trombose, os atores são o "sector ou a categoria chave da empresa, chegando-se, neste caso, ao objectivo de impedir a produção

60. SOUZA, Ronald Amorim e. **Greve & Locaute**: Aspectos jurídicos e econômicos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 86-87.

61. *Ibidem*, p. 88.

62. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Estudos de Direito do Trabalho**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 291.

63. *Ibidem*, p. 306-307.

dos trabalhadores não grevistas, sem a necessidade de haver uma greve rotativa"[64]. A greve retroativa, denominação proposta pela jurista, ocorre "quando uma paralisação se verifica num momento tal que implica necessariamente a invalidação de todo o trabalho realizado efectivamente até esse momento e que causa um prejuízo desmesurado à entidade patronal"[65].

RAIMUNDO SIMÃO DE MELO indica ainda outras modalidades de greve, dentre as quais é possível destacar[66]:

a) a greve de zelo, em que o rigor no labor é enfatizado;

b) a greve tartaruga, em que o labor é prestado de maneira vagarosa;

c) a greve de braços cruzados, na qual os empregados dirigem-se aos postos de trabalho, mas não realizam qualquer atividade.

Aponta o autor, também, a existência da greve ambiental, consistente na "paralisação coletiva ou individual, temporária, parcial ou total da prestação de trabalho a um tomador, qualquer que seja a relação de trabalho, com a finalidade de preservar e defender o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador"[67].

A greve, como visto, pode assumir diversas espécies de manifestação. Em qualquer hipótese, todavia, revela-se como inegável limite à liberdade de empresa. A análise do direito de greve sob esta específica perspectiva será objeto da seção seguinte.

4. O DIREITO DE GREVE COMO RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EMPRESA

Até aqui foram abordados a liberdade de empresa e o direito de greve. A primeira consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades.

---

64. *Ibidem*, p. 324.

65. *Ibidem*, p. 333.

66. MELO, Raimundo Simão de. **A Greve no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 40.

67. *Ibidem*, p. 102.

O direito de greve, a seu turno, foi reconhecido pela Constituição de 1988 como um mecanismo viabilizador da negociação equilibrada entre capital e trabalho[68]. Por ser um veículo para a promoção da valorização do trabalho humano, mereceu ela especial proteção e ampla consagração no texto constitucional.

Pode-se, por isto, reformular o conceito de greve, na iniciativa privada, visualizando-a como o *direito, titularizado por trabalhadores e sindicato, de, atuando de maneira coordenada, criar restrições ao exercício da liberdade de empresa, visando à consecução de interesses da categoria*[69].

O Direito, porém, não pode ser interpretado em tiras[70]. A Constituição Federal de 1988 elegeu o capitalismo como sistema econômico do Brasil, modelo em que a liberdade de empresa assume importância essencial. Ao direito de greve não é dado, pois, esvaziar a liberdade de empresa. Neste sentido, é lícito afirmar que a liberdade de empresa também impõe restrições ao direito de greve.

Conquanto decorra da própria Constituição a proibição de, mediante a greve, eliminar a liberdade de empresa – e aqui se está a

---

68. Como manifestação do conflito entre os detentores do capital e os trabalhadores, é da essência da negociação coletiva a existência de investidas recíprocas, com a finalidade de assegurar, na maior medida possível, o interesse da respectiva classe. Pondera, neste sentido, RODOLFO PAMPLONA FILHO que a "negociação coletiva de trabalho [...] é um conjunto de atos eminentemente políticos, pois não se está ali protegendo direitos, mas sim criando-os, atividade normativa que precisa de pressão política e social para existir" (**Pluralidade sindical e democracia**. São Paulo: LTr, 1997, p. 61).

69. Neste sentido, cf. trecho da Sentença n.º 11, de 08 de abril de 1981, proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha: "*Hay que subrayar, sin embargo, que el sistema que nace del art. 28 de la Constitución es un sistema de 'derecho de huelga'. Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros rabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa, como más adelante veremos*" (AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Sentencia n.º 11/1981. Fecha de Aprobación: 8/4/1981. Publicación BOE: 25/4/1981. Disponível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc$id=SENTENCIA-1981-0011. Acesso em 10 dez 2011).

70. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

tratar da eficácia horizontal de um direito fundamental, em face dos trabalhadores e do sindicato –, pareceu bem ao legislador infraconstitucional explicitar a vedação, o que realizou na Lei n.º 7.783, no art. 6º, §3º (proibição de causar dano à propriedade) e no art. 9º, *caput* (manutenção de serviços cuja ausência gere prejuízo irreparável ao empregador, bem como dos necessários a futuro retorno das atividades regulares da empresa) e parágrafo único (faculdade conferida ao patrão de, acaso desrespeitado o *caput*, contratar diretamente os serviços referidos).

Sob outra perspectiva, vale, ainda, rememorar que a liberdade de empresa pode ser restringida por ato do próprio sujeito ou entidade, no exercício da autonomia privada. Imagine-se, por exemplo, a celebração de um contrato através do qual dada companhia se comprometa a não ampliar suas operações para certa região, a fim de não concorrer, naquele espaço, com a outra contratante. Ou mesmo quando da celebração de um contrato de trabalho[71], no qual, *v.g.*, pactue-se a permanência do empregado em dada localidade, afastando-se a possibilidade de transferência mesmo nas hipóteses legalmente autorizadas.

Os pontos que interessam, todavia, ao presente estudo, são as restrições à liberdade de empresa decorrentes de atos de particulares que não sejam seus titulares, especificamente os praticados por trabalhadores e sindicatos no início e no curso de um movimento grevista. É dizer, o enfoque daqui em diante é direcionado à greve como direito de restringir a liberdade de empresa. Consoante asseverado no tópico 3.3, o direito de greve possui dupla dimensão de titularidade. Restrições à liberdade de empresa podem decorrer de ambas. Examinar-se-ão, desde já, as oriundas da dimensão coletiva e, após, as provenientes da individual.

---

71. Neste sentido: "*El reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado conduce además a la admissión de un amplio margen de discrecionalidad en el poder empresarial, en la medida en que tantos los objetivos de la empresa como los medios para alcanzarlos son trazados por el proprio empresario. Dentro de esa libertad hay que enmarcar sin duda la posible voluntad del empresario de fijar límites pactados, individual o colectivamente, a su poder de mando*" (MELGAR, Alfredo Montoya. *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 149).

4.1. Restrições decorrentes da dimensão coletiva do direito de greve

Na dimensão coletiva da titularidade do direito de greve, a primeira restrição verificável diz respeito à dimensão laboral da liberdade de empresa relativa à livre contratação de empregados. Há, de fato, a proibição de contratação de novos trabalhadores com o escopo de substituir o labor dos grevistas. Admitir a manutenção da faculdade de contratação concederia, em verdade, ao empregador o poder de esvaziar o movimento paredista.

Nesta linha, a Lei n.º 7.783/89 expressamente veda a contratação de substitutos durante a greve, em seu art. 7.º, parágrafo único, *in fine*[72], a seguir transcrito: "Art. 7º *omissis* Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14".

Para além da substituição de empregados, parece imperioso reconhecer, ainda, a impossibilidade de o empregador transferir os serviços que seriam executados por seus funcionários para uma terceira empresa, sob pena de haver-se franqueado o completo esvaziamento do direito de greve. É exatamente esta a orientação constante no Código do Trabalho de Portugal (Lei n.º 99/2003, que revogou o antigo diploma regulador da greve, Lei n.º 65, de 26 de agosto de 1977):

> Artigo 596.º Proibição de substituição dos grevistas 1 – O empregador não pode, durante a greve, substituir os grevistas por pessoas que à data do aviso prévio referido no número anterior não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço, nem pode, desde aquela data, admitir novos trabalhadores para aquele efeito. *2 – A concreta tarefa desempenhada pelo trabalhador em greve não pode, durante esse período, ser realizada por empresa especialmente contratada para o efeito, salvo no caso de não estarem garantidos a satisfação das necessidades sociais impreteríveis ou os serviços necessários à segurança e manutenção do equipamento e instalações* (sem grifo no original).

72. No mesmo sentido dispõe o *Real Decreto-ley* n.º 17/77, que regulamenta a greve na Espanha, *in verbis*: "*Artículo seis [...] 5. En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo*".

Há, aí, uma restrição à liberdade de empresa que transborda a dimensão laboral, alcançando o próprio plexo de relações comerciais passível de celebração pelo empregador.

Outra restrição decorrente da dimensão coletiva do direito de greve refere-se à livre utilização dos espaços físicos da empresa, especificamente quanto à impossibilidade de obstar-se a entrada de representantes do movimento grevista nas instalações do empregador visando à divulgação do movimento e persuasão de empregados ainda não aderentes.

Com efeito, o art. 6º, § 2º, da Lei n.º 7.783/89 veda a utilização, pelo patrão, de expedientes para frustrar a difusão das informações relativas à greve, consoante se infere da leitura do dispositivo: "Art. 6º *omissis* [...] § 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, *bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento* (sem grifos no original)"[73].

Não é dado ao empregador, portanto, impedir o ingresso dos grevistas – que deve, sempre, realizar-se de maneira pacífica – ou a temporária utilização de espaços da empresa para fins de divulgação do movimento e convencimento de colegas[74].

As restrições à liberdade de empresa, todavia, não decorrem somente da dimensão coletiva do direito de greve, mas também da individual. As limitações provenientes desta serão a seguir examinadas.

4.2. Restrições decorrentes da dimensão individual do direito de greve

Encerra-se o presente estudo com a análise das restrições à liberdade de empresa oriundas da dimensão individual do direito de

---

73. A garantia de divulgação encontra-se também na legislação espanhola, no art. 6, item 6, do *Real Decreto-ley* n.º 17/77: "*Artículo seis [...] 6. Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna*".

74. Neste sentido: "[...] *es consustancial al ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores contar con un espacio en el centro de trabajo y que su negación o la prohibición de utilizarlo supondría un obstáculo importante para este ejercicio, especialmente cuando se trata de ejercitar el derecho de huelga*" (PRIETO, Esther Carrizosa. *Aspectos problemáticos del ejercicio del derecho de huelga en la empresa in El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*. Gutiérrez, Fermín Rodríguez-Sañudo; Prieto, Esther Carrizosa (Coords). Madrid: Tecnos, 2011, p. 214).

greve. A primeira delas consiste na temporária sustação do exercício das faculdades abrangidas pelo direito diretivo[75] do empregador. Com efeito, durante o curso do movimento grevista, paralisa-se a liberdade de empresa na dimensão laboral relativa ao comando e ordenação do modo, do tempo e da produtividade do trabalho[76].

Veda-se também ao empregador, precisamente por isso, a faculdade de alterar o local da prestação dos serviços. Não é lícito ao patrão transferir empregados de uma região não abrangida pelo movimento grevista para, exemplificativamente, um setor no qual todos os trabalhadores hajam aderido à greve[77]. Perceba-se, assim, que a imobilização do direito diretivo referente à determinação de transferências alcança não apenas os obreiros grevistas – caso em que evidentemente se estaria diante de conduta movida por ânimo punitivo, dotada de manifesto caráter discriminatório –, como também a de trabalhadores cujo deslocamento realizado com o intuito de enfraquecer a greve.

Da mesma maneira, resta paralisado o direito disciplinar do empregador enquanto perdurar o movimento paredista, sendo-lhe

---

75. Empregam-se, neste trabalho, as expressões "direito diretivo" e "direito disciplinar", em detrimento dos tradicionais "poder diretivo" e "poder disciplinar", indisfarçavelmente vinculados à concepção institucionalista da relação de emprego. Com efeito, contemporaneamente há que se compreender o direito diretivo – em sentido amplo, abrangente do direito disciplinar – como uma norma de direito fundamental atribuída a partir da livre iniciativa (especificamente de sua faceta relativa à liberdade de empresa) e da autonomia privada, abarcando todas as posições jurídicas titularizadas pelo empregador na relação de trabalho. Para um aprofundamento na discussão acerca da necessidade de revisão da doutrina acerca dos denominados "poderes" do empregador, a partir do reconhecimento da natureza contratual da relação de emprego, vide: MEIRELES, Edilton. Abuso do Direito na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2004, p. 90 et seq.).

76. Dispõe, nesta linha, o Código do Trabalho português: "Artigo 597.º Efeitos da greve 1 – A greve suspende, no que respeita aos trabalhadores que a ela aderirem, as relações emergentes do contrato de trabalho, nomeadamente o direito à retribuição e, em consequência, desvincula-os dos deveres de subordinação e assiduidade".

77. "[...] *el empresario no puede utilizar las facultades de movilidad funcional de los trabajadores para sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores de la própria plantilla que no se sumen a la medida de presión, ni tampoco las que le facultan a la movilidad geográfica con el mismo motivo, ni, en fin, cualquier acto de disposición de personal del que derive una restricción u obstáculo al derecho de huelga*" (GRAU, Antonio Baylos. *El derecho de huelga in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 604).

proibido aplicar a qualquer dos grevistas as sanções previamente contratadas.

Há, na Espanha, previsão específica a respeito, consoante se observa da redação do art. 6º, item 1, *in fine*, do *Real Decreto-ley* n.º 17/77, adiante transcrito: "*Artículo seis. 1. El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral*".

Na legislação portuguesa, a imposição de eventual sanção pode ser enquadrável como ato discriminatório e, portanto, destituído de efeito, consoante previsão constante no Código do Trabalho: "Artigo 603.º Proibição de discriminações devidas à greve É nulo e de nenhum efeito todo o acto que implique coacção, prejuízo ou discriminação sobre qualquer trabalhador por motivo de adesão ou não à greve".

No Direito brasileiro, a aplicação de sanção, durante o movimento grevista, pode ser compreendida como ato destinado a coagir o empregado a retornar à regular prestação de seus serviços, conduta vedada pelo art. 6º, § 2º, da Lei n.º 7.783/89, *in verbis*: "§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento".

Por fim, cumpre explicitar que também a dimensão laboral da liberdade de empresa relativa ao encerramento de contratos de trabalho estará restringida ao longo do movimento paredista. É neste sentido a disposição da parte inicial do parágrafo único do art. 7º da Lei de Greve: "Art. 7º *omissis* Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14".

Tal proibição, convém ressaltar, está prevista também no Código do Trabalho[78] português e no *Real Decreto-ley* n.º 17/77[79], da Espanha.

---

78. Artigo 597.º Efeitos da greve [...] 2 – Relativamente aos vínculos laborais dos grevistas, mantêm-se, durante a greve, os direitos, deveres e garantias das partes na medida em que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho, assim como os direitos previstos na legislação sobre segurança social e as prestações devidas por acidentes de trabalho e doenças profissionais.

79. *Artículo seis. 1. El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral.*

Esclareça-se, neste ponto, que a lei brasileira não delineou qualquer exceção à vedação à ruptura do contrato de emprego. Ressalvando-se, por motivos óbvios, as hipóteses de prática de condutas ensejadoras de justa causa, não será lícito, então, ao empregador romper, por qualquer motivo, o contrato, ainda que de ordem econômica ou financeira, mesmo porque a discussão acerca da situação econômica da empresa – e de suas implicações quanto aos obreiros – é fator praticamente constante nas negociações coletivas.

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto, é possível declinar as seguintes conclusões:

- A liberdade de empresa, reconhecida na Constituição Federal de 1988, consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades.
- O direito de greve, constitucionalmente assegurado, pode ser definido, no campo das relações privadas, como o direito, titularizado por trabalhadores e sindicato, de, atuando de maneira coordenada, criar restrições ao exercício da liberdade de empresa, visando à consecução de interesses da categoria.
- A liberdade de empresa pode sofrer restrições decorrentes da atuação estatal ou de atos de particulares. Especificamente quanto à greve, o exercício desta impõe limites à liberdade de empresa tanto em dimensão coletiva quanto na individual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Sentencia n.º 11/1981. Fecha de Aprobación: 8/4/1981. Publicación BOE: 25/4/1981. Disponível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc$id=SENTENCIA-1981-0011. Acesso em 10 dez 2011.

CATHARINO, José Martins. **Tratado Elementar de Direito Sindical**: Doutrina, Legislação. São Paulo: LTr, 1982.

CASTILLO, Santiago Pérez del. **O Direito de Greve**. Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo: LTr, 1994.

COMA, Martin Bassols. **Constitución y Sistema Económico**. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988.

GRAU, Antonio Baylos. **El derecho de huelga in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978**. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LÓPEZ, Frederico Duran. **Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España**. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Derechos fundamentales generales y relacion laboral**: los derechos laborales inespecíficos in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

_____. **Direito do trabalho e ideologia**. Trad. Antonio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho *in* **Direitos Sociais na Constituição de 1988**: uma análise crítica vinte anos depois. Cláudio José Montesso; Marco Antônio de Freitas; Maria de Fátima Coêlho Borges Stern (Coords.) São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Grupo econômico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002.

MELGAR, Alfredo Montoya. **Libertad de empresa y poder de dirección del empresario in Libertad de empresa y relaciones laborales en España**. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. **A Greve no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Pluralidade sindical e democracia**. São Paulo: LTr, 1997.

PRIETO, Esther Carrizosa. **Aspectos problemáticos del ejercicio del derecho de huelga en la empresa in El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa**. Gutiérrez, Fermín Rodríguez-Sañudo; Prieto, Esther Carrizosa (Coords). Madrid: Tecnos, 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Estudos de Direito do Trabalho**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003.

REYES, Manuel Aragón. **El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España**. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SOUZA, Ronald Amorim e. **Greve & Locaute**: Aspectos jurídicos e econômicos. Coimbra: Almedina, 2004.

SUPIOT, Alain. **Crítica del Derecho del Trabajo**. Madrid: MTSS, 1996.

Valor probatório do depoimento da parte

Marcelo Azevedo Chamone*

Muito embora seja lugar comum afirmações no sentido de que "a parte poderá ser interrogada e o que disser em seu benefício é de nenhum valor; o que disser em prol da parte adversa terá valor de confissão real" (Francisco Antonio de Oliveira, *Tratado de direito processual do trabalho, v. 2*, 2008, p. 1105[1]), tal assertiva é falsa, "porque nem sempre isso acontece" (Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil, t. IV*, 1974, p. 267).

Primeiramente, porque tal restrição em relação à fala de quem teve o direito subjetivo material violado – "o que disser em seu benefício é de nenhum valor" – prevista no art. 206, do vetusto Decreto imperial n. 737, de 25.11.1850,[2] não foi repetida na legislação

---

(*) Possui graduação em Faculdade de ciências jurídicas e sociais pela Universidade Metropolitana de Santos(2000), especialização em Direito processual civil pela Universidade Católica de Santos(2004), especialização em Direito constitucional processual pela Universidade Católica de Santos(2004), Especialização em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(2014) e mestrado em Direitos difusos e coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos(2008). Atualmente é Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal do Trabalho da 2ª Região e Membro de corpo editorial da Revista Jurídica da Escola da Amatra da 2ª Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, consumidor, Prescrição, Decadência, fato do produto e fato do serviço. Juiz do Trabalho do TRT da 2ª Região, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, Especialista em Direito Processual Civil, Processual Constitucional, e Direito e Processo do Trabalho

1. No mesmo sentido, dentre outros: Manoel Antonio Teixeira Filho, *A prova no processo do trabalho*, 2003, p. 237; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1994, p. 441, ressaltando que o depoimento pessoal possui apenas duas finalidades: obter a confissão e aclarar os fatos articulados pela própria parte.

2. Nas Ordenações Filipinas (Livro III, Capítulo XX, §4), o juiz deveria primeiro ouvir as partes (sem juramento, cf. Cândido Mendes de Almeida, *Ordenações filipinas*, 1870, p. 587, nota 4), e somente se necessário determinava a produção de

posterior (cf. arts. 229-234, do CPC/1939; art. 201, do CPP/1941; art. 820, da CLT/1943; arts. 13, b, 300, e 311-313, do CPPM/1969; 342-347, do CPC/1973; arts. 385-388, do CPC/2015), sobretudo ao se constatar que o depoimento de uma das partes não é apenas direito de seu adversário (aí sempre sob a perspectiva de se obter a confissão), mas também prerrogativa do juiz (art. 342, do CPC/1973, e art. 385, parte final, do CPC/2015). Daí os autores distinguirem entre o *depoimento 'pessoal' (da parte)* e o *interrogatório*, negando, quanto a este, a possibilidade de se obter a confissão da parte (ressalvada a *confissão expressa*, cf. Tostes Malta, *Prática do processo trabalhista*, 1995, p. 370).

Nesse sentido, ressalta Pontes de Miranda (*Comentários ao código de processo civil, t. IV*, 1974, p. 267) que "É erro defirnir-se o depoimento pelo resultado eventual de conter confissão. Nem sempre isso ocorrre, nem sempre, ao requerê-lo, é intuito da parte adversa, ou do juiz, ou dos interessados na demanda, mesmo curadores, provocar a confissão. Não raro só se pretende captar, com precisão, o conteúdo de alguma afirmação, inserta no pedido, ou posteriormente, de relevância para a decisão, sem o caráter de concordância com as afirmações da parte adversa. A pena de confesso, com que se determina o depoimento da parte, funciona como sanção pelo não-comparecimento, e não como finalidade do depoimento". Desse modo, "O depoimento tem, não raro, força convincente que, no processo com o princípio do livre convencimento do juiz [*rectius*, 'convencimento motivado', cf. art. 371, do CPC/2015], pode fazê-lo um dos fundamentos da convicção" (No mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil, v. III*, p. 617;[3] Fredie Didier Jr. *et alii*, *Curso de direito processual civil, v. 2*, 2007, p. 72; Mauro Schiavi, *Manual de direito processual do trabalho*, 2012, p. 632), pois, "A *parte* pode ser qualificada como a melhor *fonte de prova*, quando não a única, em razão das informações que possui, não obstante, em razão dos seus interesses pessoais, possa ser considerada a *fonte de prova* menos *confiável*" (Mauro Cappelletti, *El testimonio de la*

---

outras provas. No Código de processo civil e comercial de São Paulo (Lei estadual n. 2421, de 14.01.1930, arts. 307-309) era admitida a prova "por juramento ou afirmação", pela parte, "nos casos expressos em lei".

3. "É do passado o dogma de que o depoimento pessoal servisse única e exclusivamente como modo de extrair confissões".

parte en el sistema de la oralidad, v. 1, 2002, p. 4 *apud* Fredie Didier Jr. *et alii*, *Curso de direito processual civil, v. 2*, 2007, p. 71).

Se é verdade que no processo cível (em sentido *lato*, englobando o trabalhista) o depoimento da vítima não é desinteressado, na medida em que é potencialmente beneficiária econômica de uma sentença favorável (ocupando posição equivalente à da testemunha com interesse no litígio – art. 405, §3º, IV, do CPC/1973, art. 447, §3º, II, do CPC/2015, e art. 228, IV, do CC), nos casos em que o ilícito em questão também se caracterize como injusto penal, a sentença criminal – onde, em razão das consequências (aplicação de pena restritiva de liberdade), o nível de certeza exigido para a condenação é muito mais elevado do que nos processos onde são tutelados direitos privados – poderá ser fundamentada no depoimento do ofendido, sobretudo nos casos cometidos "às ocultas", e desde que "as declarações sejam seguras, estáveis, coerentes, plausíveis, uniformes, perdendo sua credibilidade quando o depoimento se revela reticente e contraditório e contrário a outros elementos probatórios" – "Tudo está subordinado, para se obter um veredicto justo, à formação cultural, moral, psicológica e humana do juiz que, atendendo a serenidade e a imparcialidade em seu espírito, pode encontrar o caminho certo a seguir a fim de alcançar a realização da justiça ao valorar as declarações da vítima, para concluir, sem prevenções, se merecem fé ou não" (Julio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*, 1998, p. 291-292, citando reiterada jurisprudência. Nesse sentido: TJSP, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 172.868-3, rel. des. Gonçalves Nogueira, v.u., j. 05.12.1994;[4] STJ, 5ª Turma, HC n. 47212, rel. min. Gilson Dipp, j. 16.02.2006;[5] STJ, 5ª Turma, HC n.

---

4. **Prova criminal** – Declaração de menor em crime de natureza sexual – Admissibilidade – Caráter clandestino da infração – Firmeza e sinceridade do relato da vítima – Recurso parcialmente provido para outro fim. Quando segura, coesa, coerente e verossímil, deve a palavra da ofendida, nos delitos de natureza sexual, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu.

5. **Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Trancamento da ação penal. Ilegitimidade do Ministério Público. Ausência de atestado de pobreza e representação da vítima. Inocorrência. Colidência de intereses. Curador especial. Nomeação a destempo. Irregularidade. Ausência de nulidade. Exame de corpo de delito. Ausência. Prescindibilidade em delitos contra os costumes. Atipcidade da conduta. Impropriedade do writ. Ordem denegada.** I. (...). II. (...). III. (...). IV. (...). V. A ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos quais a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte

135972, rel. min. Felix Fischer, j. 03.11.2009;[6] STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp n. 1.182.716, rel. min. Jorge Mussi, j. 13.03.2012;[7] STJ, 6ª Turma, RHC n. 34035, rel. min. Sebastião Reis Júnior, j. 05.11.2013[8]) –, e ser

---

dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com tesmunhas e sequer deixam vestígios. VI. (...). VI. (...). VI. Ordem denegada.

6. **Penal. Habeas corpus. Art. 214 c/ art. 224, alínea a, e art. 226, inciso II, todos do Código Penal. Pedido de absolvição. Dilação probatória. Inadequação da via eleita.** I – A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há tesmunhas ou deixam vestígios (Precedentes). II – No caso em tela, infirmar a condeação do ora paciente, ao argumento da insuficência ds provas coligidas, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes). Ordem denegada.

7. **Penal e procesual penal. Tentaiva de homicídio. Declarções dos policais miltares/vítimas. Meio de prova idôneo. Sentença de pronúncia que encontra apoio em elmentos colhidos sob o crivo do contraditório. Dúvidas quanto à materialidae delitva e indícios de autoria. *In dubio pro societae*. Ausência de *animus necandi*. Reexame de material fático/probatório. Súmula n.º 7/STJ.** 1. Embora existam críticas acera do valor das declarções prestadas pelo ofendio da ação crimnosa, é certo que tal elemento de prova é admitdo para embasar o édito pronunciante, mormente em caso nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestindade, desde que sopesada a credibldae do depoimento, conforme se verifca ter ocorrido na hipótese. 2. Conforme entedimento desta Corte, o depoimento de policais responsáveis pela perseguição e prisão do acusado constiu meio de prova idôneo a embasar a sentença de pronúncia, mormente quando corrobrado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. 3. A decisão de pronúcia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requistos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase procesual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal. 4. ACorte *a quo*, após análise das provas constantes dos autos, manteve a sentença de pronúcia do agente pelo crime de tenativa de homicídio. 5. A análise quanto à ausência do elemento subjetivo do tipo e a contradição supostamente existente entre as provas coligidas aos autos, demandaria revolvimento do material fático/probatório dos autos, o que é vedado na presente seara recursal a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

8. **Recurso em habeas corpus. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Fundamentação. Palavra da vítima. Possibilidade. Precedentes.** 1. Em se trando de caso de violência doméstica em âmbito familar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera de convivência íntima em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. 2. (...). 3. (...). 4. Recurso em *habeas corpus* improvido.

objeto de execução *ex delicto* (art. 475-N, II, do CPC/1973; art. 515, VI, do CPC/2015), sem que nenhuma consideração possa ser tecida, na esfera cível, sobre o valor probante das declarações do exequente ao juízo onde se formou o título executivo.

De forma semelhante, na valoração dos depoimentos colhidos em instrução processual, poderá o julgador, com base em suas impressões obtidas no contato direto com as testemunhas, atribuir maior peso àquela ouvida sem compromisso ('informante', arts. 405, §4º, do CPC/1973, 457, §2º, do CPC/2015, e 829, da CLT) do que àquela formalmente compromissada (cf. Sérgio Pinto Martins, *Direito processual do trabalho*, 2012, p. 345; Valentin Carrion, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 2008, p. 637; Mauro Schiavi, *Manual de direito processual do trabalho*, p. 664; TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0101493-84.2009, rel. des. Márcia Cardoso, j. 19.08.2013[9]).

No processo civil alemão – cf. §§445, I, 448, e 450, II,[10] do Zivil-

9. "Prestação de serviços. Casamento. Indenização. Bufet. Prestação de serviços defeituosa. Oitivas de testemunhas cujas contraditas foram acolhidas como informantes do Juízo. Possibilidade. Valoração das provas de acordo com o livre convencimento motivado. Provas que confirmam a má prestação dos serviços. Danos morais configurados. Valor indenizatório mantido. Inocorência de sucumbência recíproca. Agravos retidos e apelação improvidos".

10. **§ 445 Vernehmung des Gegners; Beweisantritt [Interrogatório da parte contrária; Oferta de produção da prova]**

(1) Eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, kann den Beweis dadurch antreten, dass sie beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen [Uma parte que não tenha apresentado outras provas, implementada completamente sua obrigação de apresentar provas, pode requerer que seja tomado o depoimento da parte contrária sobre os fatos a serem provados].

(2) Der Antrag ist nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet [O pedido não poderá ser deferido quando for relativo a fatos que o Tribunal considere já ter sido provado o contrário].

§ 448 Vernehmung von Amts wegen [Interrogatório *ex officio*]

Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen [Mesmo sem pedido de qualquer das partes, e sem levar em conta o ônus da prova, o tribunal pode, se

prozessordnung[11] –, os depoimentos pessoais apenas são tomados como "meio subsidiário de prova, que somente pode empregar-se se não foram propostos outros ou os propostos não deram resultado satisfatório" (James Goldschmidt, *Direito processual civil, t. I*, 2003, p. 334), hipótese em que os depoimentos colhidos serão valorados pelo julgador como elementos de prova, inclusive com tomada de *juramento* (cf. §452[12]), etapa desnecessária em nosso ordenamento, onde o compromisso das partes com a verdade é obrigação legal (cf. art. 14, I, do CPC/1973, art. 77, I, do CPC/2015).

---

o resultado dos depoimentos e colheita de provas não for suficiente para fundamentar a sua convicção da verdade ou falsidade dos fatos relevantes a serem provados, ordenar a oitiva de uma das partes ou ambas sobre os fatos].

§ 450 Beweisbeschluss [Ordem de prova]

(1) Die Vernehmung einer Partei wird durch Beweisbeschluss angeordnet. Die Partei ist, wenn sie bei der Verkündung des Beschlusses nicht persönlich anwesend ist, zu der Vernehmung unter Mitteilung des Beweisbeschlusses von Amts wegen zu laden. Die Ladung ist der Partei selbst mitzuteilen, auch wenn sie einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat; der Zustellung bedarf die Ladung nicht [A oitiva de uma parte é determinada pela ordem de prova. A parte, se não estiver presente no pronunciamento da decisão de a convidar para a audiência, é intimada de ofício da ordem de prova. A intimação será feita à própria parte, mesmo que tenha nomeado um advogado; a intimação não exige a entrega].

(2) Die Ausführung des Beschlusses kann ausgesetzt werden, wenn nach seinem Erlass über die zu beweisende Tatsache neue Beweismittel vorgebracht werden. Nach Erhebung der neuen Beweise ist von der Parteivernehmung abzusehen, wenn das Gericht die Beweisfrage für geklärt erachtet [A execução da decisão pode ser suspensa se após a sua adopção novos elementos de prova forem submetidos quanto ao fato a ser provado. Após uma análise exaustiva da nova evidência o tribunal deve abster-se de questionar a parte se considerar esclarecida a questão a ser provada].

11. Editado em 30.01.1877 e ainda vigente, posto que com atualizações pontuais.

12. **§ 452 Beeidigung der Partei [Juramento da parte]**

(1) Reicht das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht aus, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, so kann es anordnen, dass die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe. Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden [Sempre que o resultado da declaração da parte não for suficiente para convencer o tribunal da verdade ou falsidade do fato relevante a ser provado, pode ordenar que a parte faça juramento sobre a sua declaração. Ouvidas ambas as partes, a tomada de juramento da declaração sobre tais fatos só pode ser exigida de uma delas].

(2) Die Eidesnorm geht dahin, dass die Partei nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe [O juramento deve ser dito para que a parte diga a verdade ao melhor do seu conhecimento e nada oculte].

Nessa trilha, Arruda Alvim, sempre alertando contra a parcialidade do magistrado, afirma que "Se (...) o pressuposto fundamental de aplicabilidade do art. 342 é a *dúvida* do juiz, não esclarecida pelas provas aportadas ao processo, segue-se disto que tal atividade será normalmente complementar de outras atividades probatórias, que a tenham procedido. Ademais, por estas razões, via de regra, o uso do mesmo art. 342 deverá, normalmente, ser feito depois de realizadas as provas, justamente porque aí é que o juiz examinando-as, constatará a sua *dúvida*. Em nome desta e tendo em vista que o respectivo esclarecimento respeita não ao direito de qualquer dos litigantes, senão ao estabelecimento dos pressupostos de fato sobre os quais há de incidir a atividade jurisdicional, em nome do desempenho de sua função, terá de usar dos poderes do art. 342. Daí por que aludimos a poder-*dever*" (*Manual de direito processual civil*, 1982, p. 299).

É inegável, portanto, que as declarações das partes são meio de prova, mas seu acatamento, contudo, não pode ser feito de forma indiscriminada, sob pena de implicar em derrogação das regras legais atinentes a meios e ônus da prova.

Assim, tratando-se de prova de fato ocorrido de forma clandestina, envolvendo apenas vítima(s) e agressor(es), em **locais isolados** (i.e., inacessíveis a terceiros, com consequente falta de documentação e testemunhas diretas) – hipótese a se verificar sobretudo, **mas não exclusivamente**, em casos de assédio moral e sexual – a valoração do depoimento da vítima deverá ser feita de acordo com a **verossimilhança** dos fatos narrados, a **credibilidade e coerência** do depoimento perante o juiz da instrução, e sua harmonia com o conjunto probatório levado aos autos, de modo a incutir no julgador a convicção quanto à veracidade dos fatos alegados.

---

(3) Der Gegner kann auf die Beeidigung verzichten [A parte contrária pode abrir mão do juramento].

(4) Die Beeidigung einer Partei, die wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt ist, ist unzulässig [É inadmissível o juramento de uma parte que tenha sido condenada por violar intencionalmente o juramento].

O contrato de financiamento estudantil: de contrato de adesão a contrato de transformação social

Mariella de Oliveira Garziera*

SUMÁRIO: Tema. Delimitação. Problema. Hipótese – Objetivos. Objetivo geral. Objetivos específicos – Justificativa. – Revisão de Literatura. – Referências.

RESUMO: A finalidade desse trabalho é examinar a melhor forma de o governo garantir o direito à educação, através do financiamento estudantil, de maneira que ocorra um retorno eficaz para a sociedade e para a vida laborativa e social do estudante.

É suficiente a análise econômica do núcleo familiar para a contratação do financiamento estudantil? A pouca flexibilidade de negociação por parte do estudante quanto ao adimplemento do contrato está vinculada ao tipo de curso escolhido? Os problemas técnicos relativos aos aditamentos, que são reflexos do contrato de adesão, interferem na plena garantia do acesso à educação? Cabe ao Estado limitar as áreas educacionais para a concessão do FIES? Quais as contribuições dos financiamentos estudantis da educação superior para a futura inserção no mercado de trabalho? As instituições de ensino são capazes de garantir, minimamente, a qualidade dos cursos e a efetiva possibilidade de inserção do futuro profissional no mercado de trabalho, para que ele tenha renda suficiente para adimplir o contrato? O controle efetivo por parte do Governo Federal sobre a qualidade das instituições de ensino superior conveniadas seria um caminho à consecução do adimplemento do contrato de financiamento estudantil?

São estes os pontos que serão enfrentados por este estudo, sem, contudo, almejar-se aqui a busca de uma resposta única e definitiva, mas tão somente expor um ponto de vista coerente com o sistema vigente e de acordo com os ditames da Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: Cláusulas abusivas. Direito social. Flexibilização. Contrato de financiamento. FIES. Empréstimo.

(*) Formada pela Universidade Federal da Bahia, Juíza do Trabalho do TRT da 5ª Região.

INTRODUÇÃO

A atual forma estabelecida pelo governo para o contrato de financiamento estudantil (FIES) é suficiente para a compreensão de que há plena garantia do direito à educação?

O objetivo do artigo é demonstrar que a forma como o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) foi instituído e vem sendo contratado não é efetiva garantia de acesso à educação superior, pois não analisa a real possibilidade de inserção dos profissionais no mercado de trabalho. As cláusulas típicas do contrato de adesão não permitem uma análise individualizada das características próprias de cada área de atuação e a real possibilidade de que o profissional aufira renda suficiente para adimplir o contrato. As instituições de ensino, pouco fiscalizadas quanto à qualidade, isentam-se da responsabilidade, tornando mais genérica a análise quanto a um possível refinanciamento da dívida criada, quando poderiam ser responsáveis pela análise individual da real possibilidade de o estudante adimplia-la, flexibilizando o verdadeiro contrato de adesão inicialmente firmado.

FUNDAMENTAÇÃO

É necessário que o contrato de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (FIES) seja observado não apenas sob seu aspecto financeiro, mas também sob a ótica social, na medida em que se trata de um contrato ligado ao direito constitucional à educação, que possibilita aos estudantes de baixa renda o acesso às universidades privadas.

Dessa forma, o objetivo final da contratação não é o lucro para o agente financeiro. Mesmo porque, se assim o fosse, não haveria necessidade de intervenção do Estado quanto aos problemas já apresentados (falhas do sistema quanto ao adimplemento, grande número de inadimplência por parte dos estudantes que já utilizaram o financiamento, má qualidade dos cursos privados) e as correções que vem sendo feitas ao longo do tempo, sempre em busca do aperfeiçoamento do programa, com vista a um retorno social.

É preciso não perder de vista que o direito à educação se encontra expressamente previsto no texto constitucional como um direito de ordem social e, justamente por esse fato, é merecedor de especial atenção do Poder Público.

Através da Emenda Constitucional n° 26, de 14 de Fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6° da Constituição Federal, o Congresso Nacional, exercendo sua conhecida competência reformadora, ampliou o rol dos conhecidos direitos sociais, conforme se verifica:

> Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Não se pode afastar que a inserção do contrato em tela num plano transindividual indubitavelmente conflita com o princípio do *pacta sunt servanda*, o qual permanece com observância obrigatória.

Em verdade, a utilização do princípio do *pacta sunt servanda* encontra-se, nos dias de hoje, mitigada, tendo em vista a aplicação da teoria da função social do contrato, que é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa (CF 3º, I), nos termos do que dispõe o Código Civil:

> Art. 421 – A liberdade de contratar será exercido em razão e nos limites da função social do contrato.
>
> Art. 2.035 – A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
>
> Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Destarte, a intenção da pesquisa é demonstrar que a política de promoção de direito à educação não deve ser voltada apenas para a quantidade de estudantes que têm acesso à educação superior, mas sim congregada com a análise da qualidade dos cursos e retorno social possibilitado pela conclusão destes.

Entende-se ser possível que a instituição de ensino atue também na fase pós-contratual, para intermediar eventuais renegociações do aluno contratante com os agentes financeiros, já que essas instituições estão mais próximas dos alunos, com responsabilidade quanto à qualidade do ensino prestado.

Cabe ressaltar, ainda, a importância da discussão acerca das modificações nos contratos estudantis levando em consideração as áreas da graduação e a real possibilidade de inserção desses profissionais no mercado de trabalho, a permitir uma análise mais individualizada em caso de necessidade de renegociação da dívida.

Nesse diapasão, merece destaque o estudo do impacto social dos cursos considerados pela pasta como prioritários pela Portaria Normativa nº 13, de 11 de dezembro de 2015, amplamente divulgada na mídia.

Vale invocar que o debate em torno dos rumos da política pública em educação e das alternativas possíveis demonstra que é plausível analisar de forma individualizada cada contrato, por meio da área de atuação, refinanciamento, instituição de ensino e real possibilidade do profissional auferir renda suficiente para adimpli-lo.

Cumpre registrar, inicialmente, que a presente revisão de literatura alcançou o objetivo de colher os fundamentos para a dissertação sobre o tema "O contrato de financiamento estudantil: de contrato de adesão a contrato de transformação social", mas não o de demonstrar a consistência do trabalho por meio de teses idênticas de juristas renomados, sobretudo no que tange aos fundamentos. Isso porque, nesta fase inicial do projeto, não foi identificado estudo doutrinário que aborde o tema tal como se pretende fazê-lo. De qualquer modo, seguem algumas das referências bibliográficas que compuseram o exame jurídico do tema.

Sebastian Matin-Retortillo Baquer esclarece que:

> [...] é antiga e generalizada a fórmula de que com o fim de impulsionar e estimular a realização de determinadas atuações dos cidadãos, o Poder Público oferece e facilita auxílios e ajudas de todo tipo; de modo principal, de caráter econômico e dinheiro. Técnicas de distintas naturezas que têm claros antecedentes medievais, e que se afirmam e se desenvolvem com a consolidação do Estado Absoluto.

O conteúdo axiológico dos princípios e a busca da efetivação dos direitos fundamentais passaram a exigir uma reinterpretação do ordenamento jurídico à luz desta principiologia e da primazia da observância desta espécie de direito. Assim ocorreu com todos os ramos jurídicos e com o Direito Civil, que – em face de novos fundamentos contemporâneos – impõe que os clássicos institutos sejam examinados sob a nova ótica valorativa da Carta Magna de 1988.

A análise do instituto "contrato de adesão" – aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo – nos limites dessa nova principiologia constitucional é o objeto deste estudo. Pontua-se como limites, a fim de estabelecer o escopo da pesquisa, as previsões contratuais genéricas, o direito a efetiva educação e a inserção dos estudantes, futuros profissionais, no mercado de trabalho.

O Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) foi instituído pela Lei 10.260, de 12 de julho de 2001, alterada pelas Leis 11.552, de 19 de novembro de 2007; 12.202, de 14 de janeiro de 2010, 12.513, 26 de outubro de 2011, e 12.712, de 30 de agosto de 2012. Este contrato destina-se à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em instituições de ensino superior (IES) não gratuito e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação (MEC), de acordo com regulamentação própria.

Com efeito, o contrato de FIES – Financiamento Estudantil, visa a incrementar, incentivar, apoiar os jovens a se profissionalizarem, através da educação em nível superior, de forma a contribuir com o desenvolvimento da sociedade e da nação brasileira, a fim de se concretizar as normas constitucionais do art. 3, 170, 193, 205, da Constituição Federal. Impende salientar que tal finalidade somente poderá ser atingida se houver respeito aos princípios constitucionais da administração pública.

Ressalta-se, ainda, que na lição de Cláudia de Lima Marques:

> [...] o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte, sem que o outro parceiro possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

O contrato de financiamento estudantil, por sua vez, desafia a estrutura e funções inerentes ao contrato de adesão, tendo em vista a sua natureza transindividual intrinsecamente social. Partindo dessa premissa, surgem questionamentos acerca da suficiência do contrato de adesão, de notável natureza privatística, enquanto suporte de um ajuste com tamanha carga social.

Na atividade de fomento, o Estado, utilizando-se da atuação legislativa competente, fixa um determinado marco normativo, que

funciona de polo de atração da ação dos particulares e no qual estes se inserem.

Com sua inclusão na administração fomentadora, a realização direta de interesses de particulares funciona como mola propulsora para, nas condições legais determinadas, haver simultânea obtenção da utilidade pública almejada.

Em razão da referida atividade de fomento, o governo federal vem traçando políticas voltadas a viabilizar o acesso ao ensino superior, as quais tornaram-se realidade a partir de 2005, quando instituído o programa Universidade para Todos (ProUni) e o programa de Financiamento Estudantil (FIES), ambos com foco na população de baixa renda.

Nesse sentido, Maria Rita Aprile afirma que:

> Os programas de acesso ao ensino superior inserem-se no âmbito das políticas inclusivas compensatórias posto que visam corrigir as lacunas deixadas pelas insuficiências das políticas universalistas. [...] equilibrar uma situação sempre que a balança tende a favorecer grupos hegemônicos no acesso aos bens sociais, conjugando, ao mesmo tempo, o princípio da igualdade com o da equidade, compreendida como a melhor escolaridade.

Não se pode perder de vista a necessidade de estabelecer critérios rígidos para as avaliações nas novas e muitas instituições que vêm sendo criadas, com ofertas de vagas e cursos de forma avassaladora, afastando-se, muitas vezes, da qualidade fundamental para concreta inserção do estudante no mercado de trabalho. A preocupação em ter um ensino qualitativo e não apenas quantitativo, afasta o risco do Brasil de se tornar um país de estatística sem, de fato, efetivar qualquer mudança educacional.

Nos termos da lei nº. 10.260/2001, os critérios para concessão do financiamento são: o candidato estar regulamente matriculado no curso, sem a hipótese de se afastar da instituição por um ano, e desempenho acadêmico com 75% de aprovação nas disciplinas cursadas. O programa do governo apresenta, ainda, como inovação a utilização de Títulos do Tesouro a serem utilizados pelas Instituições de Ensino Superior para a quitação de seus débitos tributários federais, como contrapartida das semestralidades/anuidades devidas pelos alunos.

Com o advento da lei 11.552/2007, o financiamento não é mais restrito aos alunos dos cursos de graduação, estendendo-se aos alunos matriculados nos cursos de mestrado/doutorado, desde que haja disponibilidade de recursos e após o cumprimento do atendimento prioritário aos estudantes de graduação.

Observa-se, todavia, que apesar da vasta legislação já elaborada, mudanças precisam ser implementadas para o retorno social buscado pelo programa. Neste sentido, o Ministério da Educação (MEC) definiu que, do total de vagas do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) previstas para o primeiro semestre do ano de 2016, 70% irão para os cursos considerados pela pasta como prioritários, nas áreas de saúde, engenharia e de formação de professores.

A Portaria Normativa nº 13, de 11 de dezembro de 2015 ainda prevê que do total de vagas para cada microrregião, 45% destinam-se a cursos da área de saúde, 35% aos de engenharia e 20% aos de licenciatura, pedagogia e normal superior. Dos cursos reservados para a área de saúde, 35% das vagas são para medicina.

Das vagas reservadas para a área de licenciatura, 25% serão destinados aos cursos de física, química e língua estrangeira; 25% aos de sociologia, artes e filosofia; 15% aos de geografia, história e educação física; 15% aos de matemática, biologia e português; 15% aos de pedagogia e normal superior e 5% às demais licenciaturas.

CONCLUSÃO

Ao longo do tempo, o programa mudou o foco de financiamento estudantil individual para programa de financiamento voltado para um retorno social, facilitando a adesão dos candidatos e aumento do número de contratos em utilização.

Portanto, relevante o estudo do contrato de financiamento estudantil enquanto contrato de adesão, tendo em vista a estrutura e função deste diante da natureza transindividual intrinsecamente social daquele.

Salvador, 21/01/2017

A contribuição da tutela inibitória em ações civis públicas para a efetividade do direito do trabalho

Séfora Graciana Cerqueira Char*

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Definição da tutela inibitória. 3. A tutela inibitória nas ações civis públicas trabalhistas. 3.1. A ação civil pública como inibidora de ações individuais. 3.2. As modalidades de tutela inibitória. 3.3 ponderações mais recorrentes dos réus em ações civis públicas trabalhistas. 3.3. As decisões judiciais que concedem a tutela inibitória no processo do trabalho. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

RESUMO: O presente artigo é voltado a tecer algumas considerações de ordem prática sobre a utilização do instituto da tutela inibitória, notadamente, em ações civis públicas trabalhistas, destacando a visão de quem formula o pedido em juízo, sem olvidarmos os pontos de vista dos demais interlocutores no processo. Para tanto, iniciaremos com a contextualização do instituto, principalmente, refletindo sobre as razões do seu surgimento e observando-o como engrenagem lógica na rede de proteção coletiva de direitos. Em seguida, destacaremos as reflexões que antecedem a escolha da tutela inibitória como veículo adequado para transportar as pretensões que se afigurem mais adequadas a atender à aplicação do direito. As questões práticas e jurídicas mais ouvidas dos réus sustentando o não acolhimento do pedido de tutela inibitória também serão consideradas. A decisão judicial do pedido de tutela inibitória em caráter liminar, como tutela antecipada de evidência ou urgência, ou ainda na sentença. O equilíbrio da discricionariedade judicial: vestindo o a probabilidade do ilícito com a medida certa de tutela. Finalmente, a contribuição da tutela inibitória como um instrumento moderno para realizar a efetividade do direito do trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Em princípio, quando os primeiros operadores jurídicos detectaram vasto campo para a utilização da tutela inibitória, procurou-se

(*) Procuradora do Trabalho lotada na sede Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região – Bahia

estabelecer uma identificação com as medidas cautelares e ações declaratórias, houve, portanto, uma tentativa esperada de amoldamento dessa demanda, que se levantava com contornos próprios, às ações já capituladas no ordenamento jurídico, todavia, paulatinamente, foi identificado que a necessidade que surgia era distinta do que já havia e merecia tratamento condizente com a sua especificidade, encontrando enfim guarida como uma medida pertinente à ação de conhecimento, em que se visa impedir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito.

Portanto, a necessidade por providências que mesclassem o caráter de prevenção com a adoção de medidas executórias satisfativas e proporcionais ao caráter preventivo, é o que distingue a tutela inibitória, cuja aplicação tornou-se possível apenas a partir da evolução da leitura feita sobre as características do Estado moderno, marcado pela adoção conciliatória entre a inibição do ilícito e a democratização do acesso ao judiciário com o exercício da autonomia da vontade e a segurança jurídica.

Até ser forjada essa conclusão pela aplicabilidade da tutela inibitória, houve muitos temores iniciais, como os expostos pela doutrina italiana, de que instituto importaria em diminuição de autonomia da vontade e comprometimento da segurança jurídica, ambas impressões que ainda retornam à superfície das discussões, e, nesses casos, demonstrando a insuficiência de aprofundamento acerca da coerência lógica do sistema processual moderno.

Tratando da entrega da prestação jurisdicional de forma criativa e reformadora das instituições e condições de trabalho, leciona Jorge Pinheiro Castelo *in* "O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo":

> A percepção de que a ação trabalhista garante integralmente o ordenamento jurídico é fundamental, inclusive, para que possa atender às novas exigências que a sociedade contemporânea impõe à atividade jurisdicional, ligadas à garantia do efetivo acesso à Justiça e à garantia de direitos vitais da sociedade que possam ser extraídos do ordenamento jurídico, e que diuturnamente surgem a partir do dinamismo da sociedade moderna e da complexidade das relações trabalhistas.
>
> O entendimento de que a ação trabalhista alcança integralmente o ordenamento jurídico permite a tutela de prioridades da coletividade trabalhista, que possam ainda não se

> apresentar na forma de figuras típicas, sejam ligadas à proteção da integridade física e saúde do trabalhador, entre outros direitos não tipificados.

Portanto, não obstante o apego inicial aos princípios do Estado liberal em que o magistrado é limitado à dicção do direito, havendo quem dissesse que a tutela inibitória importaria em ferimento do princípio da presunção da inocência, experimentamos, a medida que essa tutela mostra-se tão adequada à complexidade da vida moderna, um processo em que as normas jurídicas têm a missão de ser coerentes com os seus princípios e valores, deferindo liberdade criativa aos seus operadores com destino à justiça integral na medida da realidade.

2. DEFINIÇÃO DE TUTELA INIBITÓRIA

Imperioso se faz, de pronto, evidenciar que a tutela inibitória volta-se para a prevenção do ilícito e não necessariamente do dano, o qual pode decorrer ou não da configuração da ilicitude. Esclarecendo-se que, em boa parte dos casos, de fato, a ocorrência em si da ilicitude também importa na coincidência cronológica com a ocorrência do dano, todavia, para respaldar a utilização do pedido de tutela inibitória basta a probabilidade do ilícito, sendo sequer necessária a probabilidade do dano.

Segundo as lições do doutrinador mais referido em matéria de tutela inibitória, Marioni, *in* Novo Código de Processo Civil comentado, pag: 589/590, esclarece:

> As tutelas podem se dirigir contra o ilícito, contra o dano e contra inadimplemento. O dano não se confunde com o ato contrário ao direito (ilícito). O fato danoso é consequência eventual, e não necessária, do ilícito. As tutelas inibitórias e de remoção do ilícito se dirigem, respectivamente, contra a probabilidade de ilícito e contra o ilícito praticado; não contra a probabilidade de dano e contra o dano (art.497, parágrafo único, CPC). O dano é requisito de tutela ressarcitória, seja na forma específica, seja pelo equivalente ao valor do dano. Assim, a culpa nada tem a ver com as tutelas inibitória e de remoção do ilícito (art.497, parágrafo único, CPC). A culpa é critério para imputação da sanção ressarcitória.

O tratamento da probabilidade de dano no lugar da probabilidade do ilícito, da sua repetição ou continuidade, é um equívoco muito recorrente entre os operadores do direito, seja em que posição se

encontrem no processo, todavia, a redação do art. 497 do novo Código de Processo Civil, notadamente, seu parágrafo único, é peremptório em desfazer qualquer confusão interpretativa que eventualmente ocorria sob a égide do diploma anterior.

> Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.
>
> Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Em matéria de ação civil pública, a disciplina da tutela inibitória deve ser extraída do art. 84, §5°, do CDC e 4° da 7.347/85, regras que formam a expressão consagrada por Jorge Pinheiro Castelo de "rede coletiva de proteção de direitos". Essa rede de proteção tem feição mais moderna e atenta à realidade, de modo que muitas modificações realizadas no CPC e no NCPC, já contavam com antecedentes concretos nesse regramento coletivo.

Se a reforma do CPC de 1973 consagrou inúmeros princípios já observados no processo do trabalho, nos parece evidente que o CPC de 2015, embora pudesse ter avançado mais, abeberou-se no caráter integral e preventivo impresso no microssistema de tutela coletiva.

É certo que o instituto da tutela inibitória imprescinde de maior investigação, o que tem sido realizada com proficiência por doutrinadores e operadores, como o professor Luiz Guilherme Marioni, cujas obras tornaram-se de leitura obrigatória, dada a sua clareza e profundidade, enquanto esse singelo artigo volta-se exclusivamente para trazer a visão prática do postulador.

3. A TUTELA INIBITÓRIA NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS TRABALHISTAS

3.1 A ação civil pública como inibidora de ações individuais

A rede de proteção coletiva, cujo manejo da ação civil pública constitui-se como uma das suas manifestações, talvez, a mais

significativa, possui, como uma das finalidades, o impedimento da invasão do Judiciário de demandas individuais decorrentes da mesma causa, além de promover a segurança jurídica. Do mesmo molde, a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta firmado perante o Ministério Público, por sua vez, visa também evitar o ajuizamento da ação civil pública, demanda judicial que, geralmente, envolve maior complexidade em razão de veicular pretensões de naturezas difusa, coletiva e individual homogênea, com instrução processual singular, o que, por suposto, foge ao ordinário do que é encontrado diuturnamente na Justiça.

Importante acrescentar que, se por um lado, o crescimento do número de ações civis públicas apontam para o crescimento de atuação do Ministério Público, decorrente, dentre outros fatores, da maior procura pela sociedade do *Parquet*, a qual vem se assenhorando do conhecimento sobre as atribuições ministeriais, por outro lado, esse crescimento também pode indicar a resistência ao ajustamento espontâneo da conduta por alguns segmentos econômicos, os quais acreditam que podem ter melhor sorte no embate processual no Judiciário, motivando o encaminhamento do MP ao Judiciário desnecessariamente.

Assim, em apertada síntese, se o TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) perante o MP evita a ação civil pública, a ação civil pública inibe significativo número de demandas judiciais e promove a segurança jurídica, logo, a utilização de TAC evita não só a ACP mas, por consequência, muitas ações individuais e promove a segurança jurídica, daí a sensibilidade ministerial relativamente às empresas que optam pela composição sem manejo da sobrecarregada máquina ministerial e judiciária.

Dessas digressões, já observamos o quão cara é a prevenção ao sistema processual coletivo e o quão cara é a utilização dos pedidos de tutela inibitória nas ações civis públicas para o MP, sendo, portanto, a prevenção do ilícito e de trabalho desnecessário ao Judiciário suas marcas indeléveis.

3.2. As modalidades de tutela inibitória em ações civis públicas trabalhistas

A tutela inibitória, como vimos anteriormente, não visa tecnicamente a evitar o dano, mas o ilícito. Para o seu manejo, é suficiente a probabilidade de ilícito e, portanto, despiciendo o dano.

Assim, a primeira modalidade de tutela inibitória parte de uma situação jurídica em que o ilícito ainda não ocorreu, mas há, segundo as provas produzidas nos autos, probabilidade da sua ocorrência.

Essa modalidade, inicialmente, encontrou certa resistência sob o argumento de que a previsão da obrigação de fazer ou não fazer no ordenamento jurídico já seria suficiente para obstar o ilícito que ainda não se configurou, sendo despicienda a utilização do processo judicial com esse desiderato.

Por outro lado, a doutrina e ordenamentos internacionais foram se curvando para concluir que, em muitas hipóteses, a mera previsão jurídica não se mostra apta a impedir o acontecimento do ato ilícito que provavelmente ocorrerá, apontando para o Estado a assunção do caminho pro ativo para impedir a violação do direito, até porque a recomposição do direito já violado é dificilmente alcançada em sua plenitude.

Como vimos em itens anteriores, por aqui, o Estado já compreendeu que a tutela ressarcitória, apesar da sua importância e exigência, ela ocorre a posteriori, e não é capaz por si só de garantir a integral efetividade do direito material, sendo necessário ao Estado antecipar-se ao ilícito partindo da sua probabilidade.

Para ilustrar, podemos citar como caso da configuração de probabilidade de que o ato ilícito trabalhista acontecerá, caso não se utilize da tutela inibitória, a hipótese em que o ente público publica edital de licitação para a terceirização de atividade própria de cargo público previsto em lei.

A contratação da empresa terceirizada ainda não ocorreu, o ato ilícito que consiste na terceirização ilícita de atividade própria do cargo público ainda não se concretizou, tampouco os danos daí decorrentes, mas tudo indica que o ente público prepara-se para perpetrar a ilicitude, de modo que se revela pertinente a utilização de ação civil pública pelo MPT a fim de impedir a terceirização ilícita.

No caso retratado, constatamos que, se há comprovação de que a ilicitude se concretizará se a tutela inibitória não for observada, tecnicamente justifica-se a sua utilização.

A hipótese, todavia, de mais recorrente configuração acontece quando o ilícito consiste em uma conduta contínua e se revela imprescindível a tutela inibitória a fim de ver obstada essa continuidade.

Em matéria de meio ambiente de trabalho, o ordenamento é pródigo em positivar providências a serem adotadas pelas empresas a fim de que o trabalho dos seus empregados seja executado em condições saudáveis, seguras e de conforto, a variar de acordo com a natureza da atividade desenvolvida, muitas vezes previstas em leis, normas regulamentares editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, normas coletivas etc.

Se, por exemplo, o Ministério do Trabalho e Emprego autua uma empresa porque a manutenção de uma máquina e seus respectivos registros não estão sendo efetuados, desobedecendo o próprio PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais e, por consequência, às normas regulamentares que tratam do tema, observamos a ocorrência de um ilícito de natureza continuada, renovável enquanto a manutenção não se realizar, a reclamar a adoção da tutela inibitória a fim de impedir a continuidade do ilícito.

Frise-se que não tratamos propositalmente da ocorrência de acidente de trabalho: dano. Justamente para demonstrar a pertinência técnica da utilização do instituto da tutela inibitória independente da ocorrência do acidente de trabalho.

Por óbvio, embora conceitualmente obstar a continuidade do ato ilícito de natureza continuada evita a materialização do acidente de trabalho, devemos compreender tecnicamente o instituto da tutela inibitória, para concluir que a ocorrência ou probabilidade do dano não são tecnicamente imprescindíveis para a utilização da medida processual estudada, mas apenas a probabilidade do ilícito.

Ainda, cogitemos que o empregador tenha se mantido recalcitrante em efetuar a manutenção em seu maquinário, vindo a alterar a sua postura já no curso do processo judicial, como corolário lógico, o réu não há de ser premiado com o julgamento improcedente da tutela inibitória, mas opera-se a conversão da necessidade de evitar a continuidade do ato ilícito para evitar a repetição do ilícito, a qual consiste na terceira e última modalidade de tutela inibitória.

Com vistas a evitar a repetição do ato ilícito praticado, a tutela inibitória pode ser utilizada, isto é, se revela então o respaldo técnico para sua utilização, se estivermos diante da probabilidade de repetição do ilícito.

Prosseguindo na hipótese aventada, além da ocorrência do precedente de ato ilícito que já configura a probabilidade de repetição,

demonstrando por si só a inaptidão da norma abstrata para impedir a ilicitude, observando a realidade trabalhista, não raro aquela regularização da empresa feita apenas no curso do processo, sem que tenha herdado desse processo judicial qualquer sanção inibitória, tem seus motivos facilmente esquecidos e, caso venha a ser alterado posteriormente os respectivos gestor, insumos ou a forma de produção, a busca de incremento dos lucros fatalmente apontará para a repetição do ilícito.

Novamente, com o objetivo de demonstrar que tecnicamente a tutela inibitória visa impedir a repetição do ilícito e não de um dano, é que não exemplificamos com a ocorrência de um acidente de trabalho e a probabilidade da sua repetição.

Intuitivo concluir, diante das noções técnicas trazidas pelos estudiosos da tutela inibitória, que não se sustenta a chamada "teoria do ato único" para afastar a sua aplicação, pois esse argumento, quando não confunde ilícito com dano ou acidente de trabalho, olvida a natureza continuada da ilicitude.

3.3. As ponderações mais recorrentes dos réus em ações civis públicas trabalhistas

Via de regra, o ajuizamento de ações civis públicas é antecedido por inquéritos civis ou procedimentos preparatórios de inquéritos civis, os quais são procedimentos administrativos em que o Procurador do Trabalho colhe os elementos probatórios a fim de formar sua convicção pelo ajuizamento da medida judicial e comprovar os fundamentos deduzidos na petição inicial.

Esses procedimentos são instaurados por uma "notícia de fato" vulgarmente chamada de denúncia, que consiste no gatilho para a instauração da investigação ou é arquivada por não consistir em atribuição do MPT.

Nesse procedimento, portanto, que antecede a ação civil pública, é ouvido o ponto de vista do investigado a fim de obter conhecimento das suas razões fáticas e jurídicas, além de ser tentado o entabulamento do Termo de Ajustamento de Conduta, instrumento que geralmente traz inúmeras obrigações de fazer e não fazer previstas em lei, sob pena de pagamento de multa, e também, por vezes, a previsão de pagamento de indenização por dano moral coletivo, parcela essa de natureza nitidamente ressarcitória.

Assinale-se que o MPT possui investigações e ações em face de pessoas jurídicas, privadas e públicas, como pessoas físicas, e os argumentos dos investigados trazidos na fase investigatória são repetidos na demanda judicial.

Assim, é muito comum que empresários que descumpriram o ordenamento jurídico por falta de correta orientação técnica ou pela complexidade da legislação pertinente, e, ciosos em prosseguir com sua atividade regularizada, firmam os ajustes através do TAC e os cumprem quando fiscalizados.

No que tange às obrigações de fazer e não fazer previstas nesses títulos executivos extrajudiciais, em realidade, essas medidas são tutelas inibitórias extrajudiciais, pois visam o não cometimento de um ilícito, quando existem elementos para concluirmos que serão cometidos, a não repetição ou continuidade do ilícito.

A primeira indagação dos investigados, portanto, consiste no questionamento de se submeter às medidas inibitórias que se amparam em obrigações previstas em lei, a qual já estão submetidos, todavia, é a probabilidade do ilícito, da sua repetição ou sua continuidade, que ampara a conclusão pela necessidade de cominação voltada para prevenir a ilicitude futura.

Muitos investigados, quando foram autuados pelo MTE, também alegam que já arcaram com a multa administrativa, e **o estabelecimento de nova cominação, seja através do TAC ou da decisão judicial, importaria em** *bis in idem*.

Em realidade, enquanto a multa pela autuação sofrida possui natureza administrativa decorrente do ilícito administrativo, a multa prevista em TAC ou por *astreintes* em decisão judicial volta-se para o futuro, só incide em caso de cometimento do ilícito, sua repetição ou continuação.

Nessa esteira de ideias, a multa ou astreintes em razão da tutela inibitória equivalem a um "seguro da sociedade", de modo que, só se arcará com o seu pagamento, se houver descumprimento futuro da lei, contrario senso, se não há intuito de praticar a ilicitude cuja preparação foi constatada na investigação ou em juízo, de repetir o ato ilícito ou prosseguir com a conduta ilícita comprovados, não há por que resistir à cominação.

Outro argumento também levantado pelos réus ou investigados é que **o estabelecimento das obrigações no TAC ou por tutela**

inibitória importa em irregular imissão na gestão privada do empreendimento econômico.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico é rico em dispositivos, como o art. 187 do do NCCB, em demonstrar que não se afina com direitos de natureza absoluta, tampouco assegura a faculdade de lesar outro indivíduo isoladamente e, principalmente, a coletividade. Acrescente-se que, o exercício de qualquer direito encontra limites, sob pena de revestir-se em abuso de direito.

É impossível pensar o direito do trabalho sem a autonomia da gestão privada e vice-versa, funcionando as limitações impostas pelo direito material e processual do trabalho como engrenagens imprescindíveis para o estabelecimento do equilíbrio de forças na relação, de modo que o Estado só atua, em sede de tutela inibitória, quando a autonomia conferida ao empregador por exemplo transmuda-se em arbítrio ao ignorar as obrigações previstas na legislação.

A tutela inibitória, justamente por que voltada para o futuro, permite ao julgador nas decisões em ações civis púbicas ou ao MPT nos ajustamentos de conduta, em casos em que o cumprimento da lei demande a adoção de providências, como a aquisição de dispositivos de segurança, treinamento, etc, o estabelecimento de prazo razoável para a adoção de tais medidas.

Nos TACs, ajustes em que é deferido ao Procurador do Trabalho apenas a negociação sobre o prazo e valor da multa e não sobre a vontade da lei, ouvidas as ponderações práticas do investigado sobre as dificuldades para a implementação das obrigações, às vezes, se necessário, também é consultada a perícia do MPT, para enfim estabelecer o prazo em comum acordo para o início da sua vigência, mostrando-nos a realidade ser a solução acordada geralmente exitosa.

A tutela inibitória, prevista sob a forma de cláusulas do TAC ou em decisão judicial, é justificada juridicamente quando há motivo para entender que a coercibilidade prevista em abstrato na norma jurídica não é suficiente diante do caso concreto.

Como, geralmente, esses descumprimentos ou ilícitos tratam-se de medidas de natureza continuada e previstas em lei, ou seja, que serão válidas enquanto o ordenamento jurídico ampará-las, não há justificativa também para a **previsão restritiva de tempo de vigência**, visto que não se poderia exigir do MPT ou do Judiciário

novo TAC ou nova decisão judicial para cada fato repetido, o que iria de encontro ao perfil preventivo do Estado e do processo civil moderno.

No mesmo sentido, assim como a limitação temporal da vigência da medida inibitória, não há qualquer amparo jurídico em se exigir a **anterior contumácia do infrator a fim de configurar a probabilidade da repetição ou continuidade do ilícito**, pois a própria lei prevê a sua aplicação para prevenir o ilícito antes que se ultime, denotando, em casos em que é estabelecida essa exigência, verdadeira confusão ainda recorrente entre tutela ressarcitória e inibitória.

Na hipótese de configurada a contumácia da ilicitude, se faz premente o ressarcimento da sociedade através das ações civis públicas, e, admitindo que a prevenção é ínsita à tutela inibitória, concluímos que a contumácia no ilícito contraria essa essência, demonstrando o atraso na utilização da medida de prevenção.

O próprio legislador, ciente que a investigação e o processo judicial possuem um custo significativo para a sociedade, inclusive, por arcar com os custos da máquina pública, previu a possibilidade do Estado, entendido em sentido lato, o dever de evitar o ilícito e promover a segurança jurídica.

Para exemplificar, em caso de autuação por auditores fiscais do MTE de empresa de construção civil, em decorrência de irregularidades encontradas em canteiro de obra, há evidência da necessidade de tutela inibitória, mesmo em caso de encerramento da obra, que constitui a finalidade da empresa de construção civil, a fim de evitar o mesmo ilícito em obras em curso ou em futuras obras.

Parece claro que não se coaduna com o papel de prevenção adotado pelo Estado, que cada investigação ou ação judicial seja realizada em face de cada obra, que não é pessoa jurídica, e possui, por essência, caráter dinâmico. Não se ampara sequer mais na própria legislação, a conclusão de que o poder fiscalizatório do Estado tenha que estar presente após cada irregularidade, em conduta a posteriori, pois a realidade já nos deu conta em demonstrar que não é possível esperar do Estado essa onipresença.

Portanto, voltando ao exemplo aventado, justamente porque a previsão da norma jurídica não foi suficiente para evitar o ato ilícito, como demonstrado pela lavratura do auto de infração, se afigura

necessária a tutela inibitória a fim de evitar a repetição do precedente demonstrado.

Muitas vezes, o ato ilícito é cronologicamente coincidente com o dano, seja, por exemplo, porque houve um acidente de trabalho quando o ilícito foi praticado, o que pode se repetir, ou aquele ilícito, se continuar sendo praticado, pode gerar um evento danoso, todavia, tecnicamente, é importante ressaltar que o dano em si não é pressuposto para a tutela inibitória mas para a tutela ressarcitória.

A esse respeito, sob a relatoria do Ministro Bresciani, segue a transcrição parcial de ementa do acórdão da 3ª Turma nos autos do Recurso de Revista nº 1231-94.2013.5.03.0035, publicado no DOE em 17/09/2015, a qual condensa todas as noções até então expostas:

> RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2004. 1. TUTELA INIBITÓRIA. CONTUMÁCIA DA EMPRESA NO DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS DE SEGURANÇA. É dever do Estado-Juiz valer-se de instrumentos processuais idôneos à prevenção de dano aos direitos fundamentais. Não há dúvidas de que a tutela inibitória consiste em um desses aparatos processuais, porquanto possui natureza preventiva e tem por escopo evitar a prática, repetição ou continuação do ilícito, do qual, potencialmente, surgirá o dano. Ressalte-se que o ordenamento jurídico não alberga direitos de natureza absoluta, tampouco assegura a quem quer que seja o direito de lesar a outrem ou a coletividade. Daí porque a concessão de tutela inibitória não significa a vulneração da presunção de inocência. Aliás, o microssistema de tutela coletiva do Brasil prevê expressamente a possibilidade de o Estado-Juiz antecipar-se à prática do ilícito e por a salvo o direito a ser tutelado. É o que se depreende do art. 84, §5°, do CDC e 4° da 7.347/85. Não é necessária nova infração do reclamado para, somente então, buscar-se a sua reparação, que nem sempre – ou quase nunca – restitui o "status quo ante" dos trabalhadores lesados. Diante do exposto, entende-se que é procedente a tutela inibitória pleiteada, ainda que a ré não seja ofensora contumaz. Recurso de revista conhecido e provido.

Na mesma linha de pensamento, trouxemos uma amostra das decisões que pululam na mais alta corte trabalhista acerca do manejo da tutela inibitória em sede açã civil pública.

> RECURSO DE REVISTA DO MPT. 1) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E

HIGIENE DO TRABALHO. PLANEJAMENTO E ADAPTAÇÃO DOS POSTOS DE TRABALHO PARA A COLOCAÇÃO DE ASSENTOS. CONDUTA ILÍCITA REGULARIZADA. TUTELA INIBITÓRIA DE EVENTUAL FUTURO DESCUMPRIMENTO DA LEI. MEDIDA PREVENTIVA. O Regional reformou a sentença, julgando improcedente o pedido de obrigação de fazer relativa ao planejamento e adaptação dos postos de trabalho para a colocação de assentos. Na sentença havia sido julgado procedente o pedido em razão das constatações periciais e procedimentos fiscalizatórios do MTE de não cumprimento das obrigações relacionadas às normas de saúde, medicina e higiene nos locais de trabalho. O Regional absolveu a Reclamada da referida obrigação de fazer referente aos assentos nos locais de trabalho sob o fundamento de que a empresa corrigiu a irregularidade ambiental. Contudo, merece reforma a decisão. A tutela inibitória, por meio da concessão de tutela específica (obrigação de fazer ou não fazer), é importante instrumento de prevenção de violação de direitos individuais e coletivos ou a reiteração dessa violação, com o fito de evitar a prática, a repetição ou continuação de ato ilícito. Nesse sentido, a tutela jurisdicional inibitória volta-se para o futuro, prescindindo da ocorrência do dano, visando à efetivação do direito ao acesso à justiça como capaz de impedir a violação do direito (art. 5º, XXXVI, da CF e 461 do CPC). Por essas razões, ainda que a conduta ilícita constatada pelos órgãos fiscalizatórios tenha sido regularizada, não deve ser afastada a aplicação da tutela inibitória imposta com o intuito de prevenir o descumprimento da determinação judicial e a violação à lei, porque a partir da regularização do ilícito pela empresa a tutela reparatória converte-se em tutela inibitória, preventiva de eventual descumprimento, não dependendo de existência efetiva de dano – repita-se. Precedentes de Turmas e da SDI-1/TST. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto (RR – 18000-17.2009.5.03.0069, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, in DEJT 20.2.2015).

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. CONDUTA ILÍCITA REGULARIZADA. Discute-se a aplicação da multa diária, prevista no art. 11 da Lei 7.347/85, pelo descumprimento futuro de obrigações de fazer e de não fazer, relativas a ilícitos praticados pela empresa (submissão de trabalhadores a revistas íntimas e outras irregularidades

referentes ao ambiente de trabalho), quando regularizada a conduta no curso do processo. A previsão normativa da tutela inibitória encontra lastro no art. 84 da Lei 8.078/90, sendo posteriormente introduzida de uma forma geral como instrumento de efetividade do processo civil no art. 461, § 4º do CPC. Trata-se de medida colocada à disposição do julgador para conferir efetividade às decisões judiciais e, sobretudo, à respeitabilidade da própria ordem jurídica, prevenindo não somente a ofensa a direitos fundamentais como também e, principalmente, aos fundamentos da República Federativa do Brasil, entre eles a dignidade humana do trabalhador. Evidenciado o interesse público pela erradicação de trabalhos sujeitos às condições aviltantes da dignidade do trabalhador e ofensivos às normas de segurança e saúde previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se necessário e útil a tutela inibitória buscada pelo Ministério Público do Trabalho. A situação constatada pela fiscalização promovida pelo Parquet na empresa ré impõe a utilização dos mecanismos processuais adequados para a efetiva prevenção de novos danos à dignidade, à segurança e saúde do trabalhador. Por essas razões, ainda que constatada a reparação e satisfação das recomendações levadas a efeito pelo Ministério Público, convém não afastar a aplicação da tutela inibitória imposta com o intuito de prevenir o descumprimento da determinação judicial e a violação à lei, porque a partir da reparação do ilícito pela empresa a tutela reparatória converte-se em tutela inibitória, preventiva de eventual descumprimento, não dependendo de existência efetiva de dano. Recurso de embargos conhecido e provido (E-ED-RR – 656-73.2010.5.05.0023, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, in DEJT 23.5.2014).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO NOS CRITÉRIOS DE ADMISSÃO. TUTELA INIBITÓRIA. CABIMENTO. CESSAÇÃO DO ATO DANOSO NO CURSO DO PROCESSO. A tutela inibitória encontra respaldo nos arts. 84 da Lei 8.078/90 e 461, § 4º, do CPC, e tem por escopo evitar a prática de atos futuros, reputados ilícitos ou danosos, assegurando assim o efetivo cumprimento da tutela jurisdicional intentada. É, assim, instituto posto à disposição do juiz pelo legislador, justamente para prevenir o descumprimento da lei. Portanto, é permitida a utilização da tutela inibitóriapara impor uma obrigação de não fazer bem como para prevenir a violação ou a repetição dessa violação a direitos. Nesse diapasão, mesmo quando é constatada no curso

> do processo a cessação do dano – no caso, a não utilização dos formulários fornecidos pela APAE para seleção de candidatos a emprego –, não se mostra plausível deixar de aplicar o instituto da tutela inibitória para prevenir o descumprimento da determinação judicial e a violação à lei, em face de eventuais consequências da condenação que alcance o período da irregularidade. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento (E-RR – 9890600-28.2005.5.09.0001, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, in DEJT 2.8.2013).

3.4. As decisões judiciais que concedem a tutela inibitória no processo do trabalho

A tutela inibitória pode ser concedida de forma liminar, portanto, antes da citação do réu; pode ser concedida de forma antecipada; ou como provimento final na sentença.

A tutela deferida liminarmente é aquela conferida *inaudita altera parte* ou de início antes da citação do réu, observados os requisitos que justifiquem essa antecipação mais contundente expostos na motivação da decisão.

Encontra previsão no art. 294 e seguintes do NCPC, a previsão da existência da tutela provisória de urgência ou de evidência. Mesmo considerando que a tutela inibitória é satisfativa e, por consequência, não possui caráter cautelar, pode se apresentar também como de urgência, sendo a urgência considerada em relação ao cometimento, repetição ou continuação do ilícito e não necessariamente do dano, que pode acompanhar ou não esse ilícito.

Nos mesmos moldes, a leitura, em caso de tutela de evidência, deve considerar a evidência do ato ilícito, sendo que o caput do art. 311 salienta que não são requisitos para a configuração da evidência a demonstração do perigo de dano ou de risco do resultado útil do processo.

Por fim, a sentença, palavra final do destinatário e diretor do processo judicial, pode deferir a tutela inibitória, inclusive, com a possibilidade de alteração da medida pleiteada a fim de melhor encontrar a solução para a lide ou a tutela equivalente.

Nesse sentido, demonstrando que a inteligência do sistema é voltada contra o ato ilícito, a norma empodera o magistrado para se

despreender da obrigação pedida pelo autor mas não se despreender da tutela buscada em juízo, podendo assim deferir a tutela específica ou a tutela específica pelo resultado prático equivalente.

A tutela inibitória, por que voltada para o futuro, apresenta-se assim como uma medida que não impõe um gravame imediato à situação do réu, pois só incide caso perpetrado o ilícito, podendo o magistrado, considerando a realidade apresentada nos autos, o estabelecimento de prazo para a adoção de medidas necessárias para que o réu cumpra a lei.

Também, a observação do caso concreto, permite ao juízo o estabelecimento do valor das *astreintes*, realizando uma ponderação entre seu efeito coercitivo e as condições econômicas do réu.

Seguindo esse raciocínio, com vistas a alcançar a prevenção do ilícito, portanto, a tutela vindicada, ao juiz, preenchido o requisito de transparência consistente na motivação das suas decisões, é dado alterar a obrigação, prazo, e multa pleiteadas pelo MPT.

Destarte, através do mecanismo da tutela inibitória em ações civis públicas, vimos serem evitadas ilicitudes no meio ambiente de trabalho, das quais poderiam decorrer acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, vimos inúmeras fraudes na contratação ou no registro de jornada, assédios organizacionais, discriminações, revistas de pertences, prestação de trabalho degradante ou infantil, contratos nulos, descontos ou cobranças indevidas, etc, enfim, um "sem-número" de atos ilícitos não cometidos, não repetidos ou interrompidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo trabalhista, a autonomia da gestão do empreendimento encontra limitadores legais voltados, não para relativizá-la, mas para repercutir na manutenção da força de trabalho, elemento essencial para a existência da própria empresa.

Nessa linha, concordamos com a reflexão realizada por Rodrigo Carelli, professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFRJ:

> O Direito do Trabalho não possui nada de anticapitalista. Ao contrário, tem e exerce importante função na manutenção do sistema. O Direito do Trabalho é, nesse ponto, extremamente conservador (obviamente ladeado da sua faceta progressista, que é garantia de certo equilibro na relação jurídica por natureza desigual).

Assim, o direito do trabalho é responsável pelo equilíbrio da relação jurídica de trabalho, enquanto a tutela inibitória contribui para a higidez do sistema jurídico, consistindo no cerne da ação civil pública trabalhista.

Portanto, somente caso comprovada a probabilidade do aperfeiçoamento do ato ilícito, a autonomia da gestão converte-se em invasão aos limites do direito do trabalho, reclamando a adoção da tutela inibitória.

Enquanto contávamos apenas com a possibilidade de utilizar o pedido ressarcitório, era possível a recomposição do dano, que necessariamente lhe antecede. O surgimento da previsão de medida processual, voltada à prevenção do ilícito, veio assim a importar em maior aproximação de um conceito, ainda em construção, de sistema processual capaz de garantir a entrega integral da justiça.

Como lucidamente constatado por Rui Barbosa, "a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta." Essa é a tradução da essência da tutela inibitória em que o Estado antecipa-se ao ilícito em busca da efetividade do direito do trabalho.

5. REFERÊNCIAS

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo**. São Paulo: LTr, 1996.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tutela inibitória em matéria labor-ambiental**. Artigo publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 80. São Paulo: Lex Magister, 2014.

MARIONI, Luiz Guilherme Marioni e outros. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARIONI, Luiz Guilherme Marioni. **Tutela Inibitória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARIONI, Luiz Guilherme Marioni. **Tutela contra o ilícito**. Artigo publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 81. São Paulo: Lex Magister, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Coordenação. P**rimeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Elaborado em 26 de fevereiro de 2017.

Direitos fundamentais e relação de emprego

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. A ideologia do poder social do empregador – 3.Origem da teoria acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares (drittwirkung) – 3.1. Doutrina da *state action* – 3.2. Teoria da eficácia indireta – 3.4. A doutrina de Alexy – 4. Eficácia dos Direitos Fundamentais na relação de emprego e notas conclusivas. – 5. Referências.

RESUMO: Este trabalho analisa de que forma os direitos fundamentais, sobretudo aqueles não específicos do trabalhador, são eficazes na relação de emprego.

PALAVRAS-chave: Direitos fundamentais – relação de emprego.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora muito se discuta sobre a "horizontalidade" dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 é clara e não discrimina entre a máxima eficácia dos Direitos Fundamentais defensivos ou prestacionais, observáveis em relação ao Estado ou entre os particulares, tanto o é que o artigo 5º, § 1º contempla que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"[1], muito embora o dispositivo não trace parâmetros para a resposta de

---

(*) Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, da FTC, UFBA, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da Obra "Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil", pela LTr, ex-professora substituta da UFRN.

1. A Lei Fundamental alemã (art. 1º, III) e a Constituição espanhola (art. 53,1) também vinculam expressamente os Direitos Fundamentais a todos os poderes públicos, mas nada falam a respeito das entidades privadas.

questões como e, em que medida os particulares são vinculados aos Direitos Fundamentais.

A Constituição da República portuguesa é ainda mais clara ao estabelecer em seu artigo 18, I, que "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas", mas também não conseguiu, somente com tal previsão, encerrar o debate acerca das questões acima aludidas, tanto que lá, em terras lusitanas, há fervorosa discussão acerca da vinculação dos particulares em relação aos direitos fundamentais, diante das diversas teorias havidas, dentre as quais se destacam a *state action*, a vinculação indireta e a vinculação direta, todas a seguir analisadas.

Vale lembrar que o paradigma liberal tinha como verdadeira a separação completa entre Estado e indivíduo (público e privado), este amplamente livre, posto autônomo e "igual", segundo a Lei.

Isso ficou ainda mais evidente com a chegada do que se denominou de "era das codificações":

> [...] el Código Civil se erige entonces em la verdadera carta constitucional de esa sociedad autosuficiente, sancionando los principios de la autonomia de la voluntad y la liberdad contractual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas inter privatos[2] .

Nesse contexto, não havia sentido se pensar que os Direitos Fundamentais pudessem incidir nas relações privadas, já que o estigma da vinculação entre iguais era a externalização da plena liberdade.

Igualmente verificou-se que a chamada "questão social" veio para transpor a ordem estabelecida e já posta acerca do dever estatal de proteção, fazendo com que o Estado revisse sua posição protetiva, o que levou à consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais, tidos de segunda geração e com a evidente finalidade de intervenção do estatal nas relações privadas.

---

2. UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 299-336.

Mudou o Estado porque havia sido modificada a sociedade e, com isso, o modo de concepção estatal também precisava ser reinventado. Não houve uma real transposição do Estado liberal para o social, mas uma evolução do Estado, que passou a enxergar com mais clareza as suas obrigações para com os indivíduos.

A sociedade apresentada perante o Estado Liberal era individual. Não se enxergavam os conflitos sociais já existentes advindos da assimetria social estimulada pela chegada do capitalismo e modificação dos meios de produção, somente avistados quando se começou a perceber que o poder não estava somente concentrado em torno do Estado.

Nesse trilhar, a percepção foi aprimorada, descortinando a necessidade de proteção dos indivíduos perante outros indivíduos, tendo-se que diversas entidades "novas", como as associações de classe, os sindicatos, as agremiações, grupos e organizações, antes não vistas como detentoras de poder (até porque várias delas foram proibidas com o advento do liberalismo), demonstravam um imenso poder privado, criando normas, punindo e expulsando integrantes, sendo necessária uma maior intervenção estatal em um espaço anteriormente só destinado ao Direito Civil, até então impermeável aos Direitos Fundamentais, diante do princípio da autonomia privada, dogma do Estado Liberal.

A grande discussão em torno da "horizontalização" dos Direitos Fundamentais diz respeito à medida e à possibilidade de aplicação deles nas relações entre entes privados ou particulares, já que, nesse tipo de relação, ambas as partes são igualmente titulares de Direitos Fundamentais, como liberdade e autonomia privada. Se as partes envolvidas no conflito são titulares de Direitos Fundamentais, como resolver a questão sem ferir a Constituição? Há necessidade de ponderação de interesses? Quais os critérios – ou pesos – que deverão ser levados em conta?

Vale, nesse particular, a advertência de Miranda, alertando que determinados Direitos Fundamentais têm como destinatário somente o Estado, como sói ocorrer com os direitos políticos e determinadas garantias de Direito e processo penal, além de alguns direitos sociais[3].

---

3. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 284.

Quando se pensa em Direitos Fundamentais como direitos subjetivos em face do Estado, por tradição e, sobretudo, pelo fato de ser bem precisa a separação de quem é o destinatário – Estado – e quem é o titular – particular –, todas as questões postas acerca da máxima efetividade dos aludidos direitos é quase intuitiva; mas a mesma certeza não se apresenta quando ambos, particulares, são titulares de direitos, sendo inevitável o conflito de interesses constitucionalmente previstos.

É certo que não é objetivo do presente trabalho tratar da vinculação dos Direitos Fundamentais Sociais previstos no Capítulo II da nossa Constituição à relação de emprego, tendo-se que tais direitos foram constitucionalmente concebidos com o objetivo de vincular os entes privados – empregado e empregador – ao rol de Direitos Fundamentais. A análise será firmada em torno de outros Direitos Fundamentais à relação de emprego, diante do forte poder social representado nas empresas, que estabelecem unilateralmente regras a serem cumpridas pela parte "submissa" da relação de emprego, sob pena de punição e até denúncia do contrato, tendo-se que, como já afirmou Bilbao Ubillos, "*el poder no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado em la sociedad [...] inherente a toda organización social*"[4].

2. A IDEOLOGIA DO PODER SOCIAL DO EMPREGADOR

É entendimento já há muito tempo consolidado, tanto na doutrina[5] quanto na jurisprudência[6], que o contrato de emprego confere ao

4. *Op. cit.*

5. Maurício Godinho Delgado (**Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 657) indica como "um dos mais importantes efeitos próprios ao contrato de trabalho" o poder empregatício, assim dividido em diretivo, regulamentar, fiscalizador e disciplinar, no que é parcialmente seguido por Alice Monteiro de Barros (**Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 552), para quem a "autoridade do empregador exterioriza-se pelo poder de direção e torna-se efetiva pelo poder disciplinar", afirmando a referida autora que o poder de fiscalização "nada mais é do que uma das faculdades compreendidas no conteúdo do poder diretivo".

6. Atente-se, para que não haja repetição, para os julgados analisados no capítulo IV, tratando do poder resilitório do empregador de despedir sem motivação, corriqueiramente encontrado na jurisprudência.

empregador poderes, dentre os quais o poder disciplinar, podendo o tomador de serviços aplicar ao empregado sanções pelas faltas por este cometidas, sendo a despedida o ápice do exercício do aludido poder, deixando tal entendimento evidenciado que o contrato empregatício possui peculiaridades que não guardam simetria com qualquer outro liame[7].

A ideia de sujeição a um ente superior está na própria ideologia do contrato social, onde ao Estado é dado o poder de punir o cidadão, caso este transgrida as regras imperativas por aquele criadas, de forma democrática ou não.

Tal ideologia foi transplantada para o Direito do Trabalho, exatamente por se considerar que a empresa é um grande centro de poder[8], onde figura como mentor o empregador, que pode, em tese, estabelecer regras a serem observadas pelos empregados, assim como dirigir as atividades destes e até puni-los, caso as regras unilateralmente criadas não sejam cumpridas; paradigma ideológico este que tem sido ao longo do tempo seriamente criticado[9], embora ainda nos

---

7. "O poder, no âmbito da empresa, embora seja um fenômeno unitário, tende a se concretizar através de níveis distintos, os quais se combinam. De fato, o empregador o exerce de variadas formas, podendo-se falar nas dimensões do poder empregatício". (PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho. Uma releitura necessária**. São Paulo: LTr., 2009. p. 41.)

8. No dizer de Antonio Baylos, "a empresa é a organização econômica e social sobre a qual o sistema democrático se apoia e que impõe limites às possíveis opções de desenvolvimento alternativas ao que existe. Nesse sentido, ela reflete em si boa parte dos problemas inerentes ao sistema político e institucional que consagra como ponto de referência. Isto porque, também é uma organização que exerce poder privado sobre as pessoas. Poder social e econômico, mas também técnico-jurídico, que se realiza através do reconhecimento a um sujeito, em uma relação de débito e crédito, de poderes e faculdades negadas a outro, ou seja, poder de impor juridicamente ao outro as próprias decisões. Na empresa, configura-se uma verdadeira autoridade privada simbolizada no âmbito de organização e direção do empresário". (BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho: modelo para armar**. Tradução Flávio Benites e Cristina Schultz, São Paulo: LTr, 1999. p. 117)

9. Em recente trabalho publicado, Leandro Fernandez (O direito diretivo: a necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: LTr, n. 41, junho/2012, p. 92-116) elabora instigante análise acerca do suposto poder do empregador, diante da moderna teoria dos Direitos Fundamentais, colocando-o, porém, como faculdade e não como poder.

dias atuais permaneça dominante, mesmo com tantas modificações no modo de se trabalhar.

Desde o surgimento do "empregado", no período após a primeira Revolução Industrial, aos operários das fábricas capitalistas foi imposta não só uma rígida disciplina, mas também uma política de punição fervorosa e, diante do afastamento dos castigos corporais advindos da época da escravidão e do feudalismo, castigavam-se os empregados com multas severas, o que, de mais a mais, também se constituía em uma reprimenda física indireta, já que o obreiro restava privado de seu próprio sustento.

Classicamente a relação de emprego é tida como um legítimo contrato, com todas as nuances pertinentes a tal liame, o que é bem compreensível, tendo-se que o Direito Civil, de onde "brotou" do Direito do Trabalho, cultua a contratação como relação jurídica apta a gerar efeitos entre as partes, muito embora hoje o contrato seja extremamente dirigido pelas normas imperativas que dispõem sobre Direitos Fundamentais, limitando a autonomia das partes, que devem guardar, no mínimo, a dignidade da pessoa humana, a vida e a liberdade.

Entre os séculos XVIII e XIX, auge do liberalismo, era muito presente a ideia de vinculação entre empregado e empregador através do contrato, onde, por meio deste, o empregador detinha poderes de direção, mando e punição em relação àquele, juridicamente a este subordinado. Nesse contexto, não se questionava seriamente de onde viria o poder privado do empregador, tido como "natural", diante da vinculação através do contrato, que tudo podia, desde que houvesse uma vontade sincronizada, para uma finalidade tida como comum.

Melhado, analisando o paradigma contratualista exposto, explica que o poder do empregador nascia do próprio acerto de vontades entre as partes[10], ideia bastante presente até os dias atuais, pois não é incomum encontrar até empregados afirmando que o empregador "manda" e ele "obedece", podendo ser punido diante da "indolência", acreditando-se ser extremante natural a denúncia vazia do contrato de emprego. O referido autor delineia o paradigma estabelecido pela vinculação entre empregado e empregador:

---

10. MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição. Os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003, p. 31.

> [...] ao realizar-se o negócio jurídico bilateral, obriga-se o trabalhador à prestação de uma certa atividade e igualmente a um dever geral de fidelidade, isto é, de acatamento às futuras determinações do empregador no sentido de estabelecer o conteúdo concreto da prestação. Paralelamente aos deveres são pactuadas as cláusulas penais, isto é, um sistema de penalidades aplicáveis em face do inadimplemento de uma das partes. O núcleo central da fundamentação localiza-se, portanto, no campo da *autonomia privada*, em cujos domínios é represada a vontade humana[11].

Segundo a teoria contratualista, portanto, o poder diretivo do empregador é decorrente do contrato, tido como relação jurídica firmada entre as partes, fruto da livre vontade das mesmas. A ideia é perfeita para uma época onde a contração regia todas as relações sociais e encontrava na autonomia privada a justificativa para tudo que fosse livremente pactuado pelas partes convenentes, já que as cláusulas eram tidas como "leis entre as partes".

O fetiche pela ideia de autonomia e livre vontade dominou a relação firmada entre empregado e empregador, impedindo que se enxergasse que na relação de emprego não há materialmente uma vontade liberta e, muito menos, autonomia de ambas as partes. A vinculação através do contrato, ao revés, deixa evidente que, na pactuação por adesão que é a relação de emprego, há interesses contrapostos, extremamente divergentes e somente conciliáveis com uma forte intervenção estatal, através da fixação de normas mínimas.

A ideia de que a vontade livre gera obrigações recíprocas e similares é igualmente equivocada, sendo bastante observar-se que na contratação de emprego somente o empregador pode dirigir, estabelecendo regramento unilateral, ao qual deve se submeter o empregado, sendo também concentrado nas mãos invisíveis do empregador um "poder" abstrato, quase espectral, de punir, enquanto ao empregado somente é, *coletivamente*, dada a faculdade de autotutela e esta com limites bem traçados na lei.

Em sua precisa abordagem sobre o tema, Monereo Péres ressalta que "*la forma contractual ha de ser desenmascarada para entender el estatuto material de las relaciones de trabajo como relaciones de poder*", pois dita na relação de emprego se "*enmascarada una forma*

11. *Op. cit.,* p. 31.

de dominio de la propria persona del trabajador", ou, "*una forma de sometimiento y de objetivación con base misma en um 'poder-saber' institucionalizado*"[12].

A Legislação Trabalhista pátria foi extremamente influenciada por tal paradigma, sendo bastante observar que o artigo 462 da CLT permite que o empregador possa se ativar como advogado, promotor e juiz do empregado que supostamente causou dano de forma tida como dolosa em face da propriedade, aplicando a severa punição de desconto no salário do empregado, isso tudo sem que seja observado o devido processo legal.

Observando-se atentamente, será inevitável a conclusão que, nesse particular, o Legislador de 1967, vinculado ao ideal ditatorial, houve por bem, diante do conflito do princípio do devido processo legal para apuração de "dolo" do empregado, e da livre iniciativa, fazer com que este prevalecesse, modelo que parece questionável diante da inauguração do Estado Democrático com a Constituição de 1988, que, vale lembrar, tem como um dos grandes motes, o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, o devido processo legal aplicável em todas as searas, inclusive nas relações privadas, como oportunamente será analisado.

Nesse contexto onde o poder do empregador é visto como natural e amplamente decorrente de uma contratação de vontades "livres", não é estranhável que a denúncia vazia do contrato de emprego igualmente seja tida como natural e incapaz de gerar grandes danos, pois, de mais a mais, o empregado é "merecedor", pois, ou é "indolente", ou "não qualificado" para a manutenção do emprego, ou "indisciplinado".

O discurso que se apresenta como comum, é aceito sem grandes questionamentos, inclusive entre os próprios empregados, que, doutrinados ao longo da ideologia de séculos, acreditam que do contrato de emprego possam sobressair poderes como os previstos na própria Lei Trabalhista – o que já é por si só bastante questionável, diga-se –, mas também outros como a fiscalização de bolsas ao término da jornada, a fixação de metas jamais alcançáveis por seres humanos que prezam pela saúde física e mental, ou mesmo a submissão a ordens ofensivas à dignidade, que ilustram o rosário de casos de assédio moral apresentados perante o cotidiano na Justiça do Trabalho.

12. Op. cit., p. 50.

O doutrinamento comumente funciona e faz com que o próprio empregado acredite que a culpa pela despedida é sua, pois é incapaz de se adequar a metas humanamente inalcançáveis, cumprir todas as ordens de um patrão-capataz, adequar-se ao qualificado mercado de trabalho, gerando, não raramente, transtornos de ordem psicológica em um empregado que prefere aguentar calado todas as possíveis malversações de um mal empregador, com medo de que este exercite o seu "direito potestativo" de punir, resilindo a relação de emprego de forma vazia.

O ciclo do doutrinamento através de um suposto poder decorrente do contrato se fecha e encontra na ideia de direito potestativo à denúncia contratual vazia a sua principal arma, que pode ser disparada pelo empregador a qualquer momento, sendo, o que denominou Bauman, de "medo líquido"[13], pois o empregado tem medo do perigo, mas esse não é concreto, não se apresentando com todas as suas nuances. Ao revés, é insidioso, velado, mas presente na relação de emprego.

Por seu turno, o doutrinamento através do discurso institucional encontrou na doutrina Taylorista[14] – e na fábrica Ford[15] o seu campo fértil – do início do século passado o seu apogeu, onde era pregada uma extremada disciplina, consistente na separação entre o planejamento e a execução, esta atrelada a um cronômetro, fracionando o ciclo de produção, com tarefas específicas para cada obreiro, o que deixava dia a dia o empregado insatisfeito com a sua condição de

---

13. BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 10.

14. Paulo Sérgio do Carmo (**A ideologia do trabalho**. São Paulo: Editora Moderna, 1993, p. 41) explica a doutrina idealizada por Frederick W. Taylor (1856-1915), "engenheiro de formação puritana e de princípios rígidos". O método encampado por Taylor consistia na "racionalização da produção, a fim de possibilitar o aumento da produtividade no trabalho, evitando o desperdício de tempo, economizando mão de obra, suprimindo gestos desnecessários e comportamentos supérfluos no interior do processo produtivo", tendo sido estabelecida a noção de "tempo útil", sempre como atenção ao relógio na fábrica.

15. Seguindo os passos de Taylor, Henry Ford (1863-1947), visando à maior produtividade de automóveis, idealiza o trabalho do operário da fábrica através de esteiras, fazendo com que cada um dos operários se concentrasse somente na atividade para a qual havia sido designado, não se deslocando para nada, pois, a esteira transformava todo o tempo em "útil", trazendo as peças e componentes até o obreiro, havendo uma grande verticalização no modo de produção.

humano, incapaz de se equivaler às máquinas, tão perfeitas, sempre aptas a trabalhar durante horas e horas, sem que houvesse uma só reclamação.

Escorava-se a disciplina no estudo "científico" da organização da produção, agora massificada, onde a atividade de um empregado, que somente executava um determinado movimento, por vezes repetido à exaustão ao longo de cada jornada, dependia necessariamente da atividade do outro, que laborava em igual forma, mas todos apenas executores de cada nano serviço dentro da indústria, pois a atividade pensante era destinada para os *manageres*, seres pensantes que determinavam o ofício dos outros, meros executores, todos em prol de um objetivo comum: a grande família que era a empresa.

A ideologia institucional é baseada no doutrinamento do empregado na fábrica, que, ao se vincular ao emprego, "ingressava para uma grande família" e, como a "empresa" seria a detentora do "poder", todos os episódios de indisciplina não poderiam ser tolerados, pois o empregado rebelde ou letárgico[16] não prejudicaria só a si, mas também aos outros, integrantes da "família".

O paradigma institucional também foi utilizado tanto no regime totalitário que tinha como meta a produção coletiva em prol da sociedade, bem delineado nos países do leste europeu, quando no próprio regime nacional socialista de Hitler, onde se encontrava nos campos de concentração a singela frase: "o trabalho liberta ou nos torna livres".

Talvez por isso, com o advento da Lei Fundamental de Bonn em 1949 e a instalação do Tribunal Constitucional alemão, em 1951, tenha se evoluído substancialmente em torno da "questão social", para quebrar o paradigma anterior de arbítrio, tanto que hoje o trabalho

16. Sintetizando, explica Carmo que: "A linha de montagem, criada por Henry Ford (1863-1947) na fabricação em massa de automóveis, seguiu a trilha aberta por Taylor. Essa atividade em cadeia elevou o grau de mecanização no trabalho, reduzindo ainda mais a iniciativa e a autonomia dos operários. Ao ditar a cadência do trabalho, a linha de montagem permite um grau de padronização da mão-de-obra que elimina o operário zeloso ou o preguiçoso, pois ambos retardariam a marcha da produção. Através da esteira transportadora o fordismo fixa o operário em seu posto, fazendo com que as peças e os componentes venham até ele. (CARMO, Paulo Sérgio do. **A ideologia do Trabalho**. São Paulo: editora Moderna, 1993. p. 44).

em terras germânicas é livre e a lei trata como ineficaz a despedida socialmente injustificada para os empregados que laboram há mais de seis meses para o mesmo empregador[17].

Dissertando sobre a teoria institucionalista na *Ley de Contrato de Trabajo* de 1944 no Direito espanhol, Gyl e Gil pontifica que na Espanha, a teoria institucionalista "sublinhou os aspectos comunitários da relação laboral, isto é, a ideia de um fim comum, para cuja consecução hão de colaborar empresários e trabalhadores, e que justifica a atribuição originária dos poderes de organização ao chefe da empresa, a fim de que esta possa alcançar aquele fim"[18].

A própria máquina já servia para disciplinar o empregado, pois, como os movimentos eram extremamente repetitivos, em um determinado momento, o obreiro passava a se confundir com o próprio instrumento de trabalho e todo esse ambiente era um campo fértil para a aceitação dócil da ideia segundo a qual ao empregador era dado punir ou mesmo despedir o empregado sem qualquer motivação, quando entendesse que o respectivo obreiro não estava mais contribuindo para a "grande família".

Tal pensamento institucional é a base do suposto direito potestativo de resilir o contrato de emprego através de denúncia vazia, sem qualquer apresentação de motivos, paradigma que aqui no Brasil tem se consolidado ao longo de toda a história capitalista, mesmo após a chegada da Constituição Federal de 1988.

Não se questiona mais profundamente também o fato de todos os empregadores, munidos de seu "poder disciplinar" – tido, inclusive, como um direito potestativo –, punirem seus empregados com advertências ou suspensões contratuais, ainda que sem salário; procedimentos estes sequer previstos na nossa legislação, embora extre-

---

17. Cf. ROMITA, Arion Sayão. **Proscrição da despedida arbitrária**. São Paulo: LTr, 2011, p. 27.

18. Tradução livre. No original: "*En nostro país, la teoria institucionalista subrayó los aspectos comunitários de la relación laboral, esto es, la idea de un fin común, para cuya consecución han de colaborar empresários y trabajadores, y que justifica la atribuición originaria de los poderes de organización al jefe de la empresa, a fin de que ésta pueda alcanzar aquel fin*". (GIL y GIL, José Luis. **Principio de la buena fe y poderes del empresario**. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 188).

mamente repetidos, sobretudo na jurisprudência[19], que até indica um *iter*[20] a ser observado pelo tomador de serviços, para que este, em observância ao princípio da imediatidade, possa "punir" o empregado faltoso[21].

Outros países, a exemplo da Espanha, possuem não só um rol exaustivo de possibilidades punitivas para o empregado, mas também as possíveis faltas por este cometidas (art. 60.2 do Estatuto dos Trabalhadores), mas no Brasil não há na legislação trabalhista qualquer menção à possibilidade de advertências ou suspensões disciplinares, sendo certo que a sua aplicação ultrapassa as faculdades empregadoras legalmente estabelecidas, mas, ainda assim, não se questiona seriamente tal "poder" empregatício, o que denota ainda mais que normalmente não se percebe que o procedimento deriva de ideologia institucional e extremamente totalitária da empresa, não mais com lugar no Estado Democrático.

---

19. Maurício Godinho Delgado (**Curso de Direito do Trabalho**. Op. cit., p. 691) assegura que: "o fato de a advertência não estar tipificada em texto legal não a torna irregular. Ao contrário, a doutrina e a jurisprudência firmemente têm considerado a gradação de penalidade um dos critérios essenciais de aplicação de sanções no contexto empregatício, surgindo, desse modo, a advertência verbal ou escrita como o primeiro instante de exercício do poder disciplinar em situações de conduta faltosa do empregado. Apenas em vista de cometimento de falta muito grave pelo obreiro, consubstanciada em ato que não comporte gradação de penalidades, é que esse critério tende a ser concretamente afastado".

20. "Existe uma gradação na aplicação da pena ao empregado, conforme a gravidade da falta. Assim, a pena aplicada poderá, na ordem hierárquica, corresponder às seguintes sanções: advertência, suspensão disciplinar e dispensa por justa causa. A advertência comporta a seguinte gradação: verbal, por escrito, particular, pública. A suspensão disciplinar observará critérios estipulados em regulamentos internos, ou instrumentos normativos ou, na sua falta, serão observados os usos e costumes" (MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**. Da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000, p. 279).

21. Edilton Meireles também critica a ideia de um natural poder punitivo proveniente do contrato de emprego: "O art. 474 da CLT apenas limita a liberdade de contratar, declarando que as partes não podem pactuar a suspensão disciplinar por mais de trinta dias. Assim, ao se falar em relação jurídica contratual, tem-se sempre em mente, pois lhe é inerente, a igualdade jurídica das partes, que são livres para contratar, nos limites da lei, obrigando-se e contraindo direitos na medida do pactuado. O empregado, portanto, não fica sujeito às sanções disciplinares estabelecidas pelo empregador pelo simples fato de se obrigar a obedecer ordens. Fica, sim, sujeito apenas às sanções contratuais expressamente pactuadas." (**Abuso de direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 101).

A Legislação Trabalhista brasileira foi influenciada tanto pela ideia de contrato, quanto pela ideia de instituição, sendo bastante observar o conteúdo tautológico do artigo 442 da CLT, que trata o contrato individual de trabalho como acordo – o que pressupõe vontade livre de ambas as partes – correspondente à relação de emprego, não sendo objetivo do presente trabalho analisar ditas teorias de forma amiúde, até porque não se crê na antítese entre a teoria contratual e a institucional, sendo mais importante a demonstração da relação de emprego como campo fértil para a aplicação dos Direitos Fundamentais, diante do evidente poder social nela presente.

Pode-se afirmar que a propaganda antiproteção à relação de emprego, assim entendida distorcidamente no período da Constituinte como antiestabilidade, foi algo que deu certo, diante da interpretação majoritária em torno do direito potestativo de o empregador despedir o empregado sem qualquer motivação, concentrando em suas mãos um poder imenso, maximizado pela necessidade de flexibilização do mercado, que vê a relação de emprego como algo que deva ser mais solto, embora ainda se mantenha a hipocrisia da liberdade entre as partes convenentes.

O que há na realidade é uma forte assimetria, estimulada pela suposta existência de um direito potestativo de denúncia vazia, onde a culpa do desemprego é atribuída ao empregado, que "não pôde atender às exigências (altas e mutantes) de qualificação"[22], havendo uma "naturalização da exclusão social"[23] – ou seria um verdadeiro Darwinismo social, ante a naturalidade com que se enxerga a seleção dos mais aptos? –, diante da lógica civilista que ainda permeia a vinculação existente entre empregado e empregador.

Nesse contexto,

> [...] se um trabalhador não consegue emprego, ou se é despedido, a culpa passa a ser dele, que não soube mudar, atualizar-se, inventar soluções, aderir ao projeto, pensar em equipe,

22. PORTO, Noemia. Despedir sem fundamentar é um direito do empregador? In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: LTr, n. 39, novembro/2011, p. 68-83.

23. *Ibidem*.

> relacionar-se. Em outras palavras, não foi suficientemente *empresário* para se tornar *empregável*[24].

Ou, como já afirmou Baylos, os trabalhadores dispensados "são considerados 'excedentes' de mão de obra, 'recortes' de emprego, ou 'ajustes' do quadro de empregados desde um ponto de vista, ou, desde outro, são definidos como fracasso e inadaptação individual"[25].

Wandelli também denuncia essa "banalização do mal", apontando que um sistema que "pressupõe, como única via de acesso possível às condições de subsistência e ao pertencimento à comunidade, para a maioria das pessoas, a alienação do trabalho, mas nega essa via de acesso a grande parcela da população" é "um sistema não verdadeiro"[26].

É dizer, a interpretação, segundo a qual o poder de despedir resta concentrado de forma arbitrária em torno do empregador, é um sistema extremamente excludente e até discriminatório, quando se parte do princípio de que ambas as partes contratantes, empregado e empregador, partilham de idêntica liberdade contratual, mas na prática, somente uma das partes – empregador – detém uma efetiva liberdade e, para além disso, um poder de ditar todas as regras do jogo que deve ser jogado docilmente pelo empregado, caso contrário este irá aumentar a fila do desemprego.

Viana explica a discriminação velada, constituída em torno da seleção e escolha de empregados mais dóceis, mas afeitos ao "perfil" da empresa. Pontua o autor que há duas formas de discriminar, podendo-se fazê-lo "ferindo as regras, mas também *com as próprias regras*"[27].

---

24. VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da convenção 158 da OIT. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 36, n. 76, p. 235-246., jul/dez 2007. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Marcio_Viana.pdf. Acesso em 24/03/2017.

25. BAYLOS GRAU, Antonio; REY, Joaquim Pérez. **A dispensa ou violência do poder privado**. Tradução de Luciana Caplan, São Paulo: LTr, 2009, p. 34.

26. WANDELLI, Leonardo. **Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004, p. 40.

27. VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar: velhos e novos enfoques. In: **Discriminação**. RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (orgs.). 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 143-149.

A interpretação que permite o direito potestativo de o empregador denunciar de forma vazia o contrato de trabalho discrimina com as próprias regras do jogo, firmadas unilateralmente pelo empregador, que pode fazer efetivamente uma seleção entre incluídos e excluídos, com critérios velados e arbitrários, pois não há a necessidade de se apresentarem os motivos da "exclusão", em uma autêntica seleção natural ditada pelo braço forte do poder empregatício, muito embora o contexto constitucional repudie o arbítrio, a discriminação e eleva a liberdade – concebendo, inclusive, que esta somente é alcançada em um cenário de intervenção estatal –, o valor social do trabalho ao lado da livre iniciativa e, principalmente, o direito *ao* trabalho.

Não é difícil perceber que nesse cenário de assimetria de poder, o empregado se vê com medo e sua (pseudo) liberdade contratual, diante da possibilidade da denúncia contratual vazia (arma latente, que pode ser disparada a qualquer momento), resta materialmente inexistente.

O debate acerca dos limites do "poder" do empregador no Estado Democrático e como os Direitos Fundamentais podem funcionar como contraponto ao assim denominado direito potestativo da dispensa se impõe.

Não é sem razão que Ubillos já afirmou que a teoria da eficácia horizontal encontrou na relação de emprego o seu "*desarollo más fecundo*", justamente por que "*como organización econômica, estructurada jerárquicamente, la empresa genera uma situación de poder y, correlativamente, outra de subordinación*". Assim sendo, "*los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen, por tanto, uma amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de este em la prestación laboral*"[28], o que levou o referido autor a concluir que a terminologia "eficácia horizontal" não seria adequada em casos como tais, onde há uma forte assimetria entre as partes convenentes, tendo-se que estas evidentemente não estão no mesmo patamar, diante da subordinação própria do contrato de emprego.

28. *Op. cit.*

3. ORIGEM DA TEORIA ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS PARTICULARES (*DRITTWIRKUNG*)

Se fosse possível apontar uma época exata para o nascedouro da discussão sobre se os Direitos Fundamentais permeiam ou não as relações privadas, seria a década de 50[29], e o local, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, onde foi desenvolvida a teoria da dupla dimensão das normas fundamentais – a classicamente subjetiva, mas também a objetiva –, com diversos efeitos, dentre os quais se destacam a irradiação de efeitos dos Direitos Fundamentais e vinculação dos entes públicos – aí incluídos os Poderes Legislativo e Judiciário – e particulares a estes.

A jurisprudência desenvolvida pela citada Corte encontrou forte resistência, sobretudo na doutrina de Forsthoff e Mangoldt[30], ferrenhos defensores do liberalismo e incrédulos em relação à necessidade de se desenvolver tal ampliação aos Direitos Fundamentais. Acreditavam os referidos publicistas que não haveria razão para se ter como destinatários de tais direitos particulares, uma vez que a Constituição alemã, quando tratou de Direitos Fundamentais, somente o fez tendo como destinatário o Estado[31]. Também se argumentava que a autonomia privada, princípio previsto constitucionalmente, restaria fulminada com a invasão do Direito Constitucional, pela maximização dos poderes destinados aos Juízes.

A tese pela negatividade na Alemanha não conseguiu muitos adeptos e hoje figura mais como relato histórico, debruçando-se e dividindo-se a doutrina[32] majoritariamente entre duas teorias: a da efi-

---

29. A própria doutrina oscila, apontando Ubillos (op. cit) o ano de 1954, quando Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho, reconheceu que os Direitos Fundamentais são "princípios ordenadores para a vida social" de caráter vinculante, que têm uma significação imediata para o tráfego jurídico privado, enquanto outros doutrinadores apontam como marco o multicitado "caso Lüth", julgado em 1958 pela mesma Corte.

30. Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Op. cit., p. 188.

31. Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. Op. cit.

32. Vista no item que tratará sobre a eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

cácia direta e da eficácia indireta, ambas desenvolvidas nos países de tradição romano-germânica, como Portugal e Espanha.

3.1. Doutrina da *state action*

A tese da não vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais[33], inicialmente desenvolvida na Alemanha, encontrou nos Estados Unidos o seu campo fértil. Nesse país, diante da exegese majoritária em torno da literalidade do Texto Constitucional, construiu-se o dogma segundo o qual o Direito Civil é impermeável às normas que dispõem sobre Direitos Fundamentais, com exceção da proibição da escravidão, por conta da Emenda 13ª da Constituição americana, já que esta, quando trata dos destinatários dos Direitos Fundamentais, somente os tem como sendo os entes estatais[34].

Outro argumento comumente encontrado na citada doutrina diz respeito ao pacto federativo, uma vez que em terras estadunidenses a União não detém competência para legislar sobre Direito Civil, detendo-a somente os Estados federados, e, como a Constituição é federal, isso seria uma invasão à competência estadual, ofensiva ao pacto federativo, portanto.

A doutrina desenvolvida nos Estados Unidos, argumenta Ubillos, "*no pone en cuestón en ningún momento el pricipio, comúnmente aceptado en aquella cultura jurídica, de que los derechos proclamados en la Constitución solo vinculan a los órganos e instituciones del Estado*"[35].

Indica Sarmento[36] que aludida doutrina se desenvolveu a partir de julgados da Suprema Corte norte-americana em 1883. Diante da competência posta pela 14ª Emenda à Constituição americana e após

---

33. Virgílio Afonso da Silva (**A constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99.) discorda desse ponto de vista, assegurando que a doutrina da *state action* não é negativista: "ao invés de *negar* a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir *em que situações* uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais".

34. Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Op. cit., p. 189.

35. *Op. cit.*

36. *Ibidem*, p. 190.

o fim da escravidão, o Congresso Nacional dos EUA, em 1875 aprovou o *Civil Rights Act*, proibindo a discriminação racial em locais e serviços públicos, prevendo punições civis e penais a serem aplicadas aos infratores.

A Suprema Corte, ao analisar casos de pessoas indicadas pelos atos então considerados ilícitos, como o cerceio de pessoas negras em hotéis, teatros e trens, declarou a inconstitucionalidade da norma, ao argumento de que a União, diante da redação literal da 14ª Emenda, somente detinha competência para proibir atos discriminatórios praticados pelo Estado e não por particulares, fundando-se nas seguintes razões: i) a literalidade da Constituição, segundo a qual somente o Estado é vinculado aos Direitos Fundamentais, não os particulares; ii) Apenas o Legislador estadual detém competência para legislar sobre Direito Civil e, portanto, limitações nas relações privadas.

Também salienta o referido autor que a partir da década de 40 do século passado a Corte, sem abandonar totalmente a doutrina da *state action*, tornou-a mais amena, passando a adotar a assim denominada doutrina *public function theory*, que consiste basicamente em aplicar os Direitos Fundamentais às entidades particulares que desempenham atividade eminentemente estatal, tendo sido o caso mais emblemático o *leading case Marsh v. Alabama*, julgado em 1946.

Na oportunidade, a Suprema Corte decidiu que uma empresa privada, possuidora de terras por onde passavam ruas e eram edificados estabelecimentos comerciais e residências, não podia proibir a pregação das Testemunhas de Jeová em sua área privada, pois ali havia uma verdadeira "cidade privada" e assim agindo, a empresa ofendia a 1º Emenda, que trata da liberdade de culto.

Não obstante a decisão, cujos temperamentos foram reproduzidos em tantas outras, e da doutrina minoritária contrária à *state action*, a Suprema Corte ainda permanece forte na defesa da liberdade e autonomia entre os particulares, talvez até pelo apelo individualista[37]

---

37. Essa parece ser também a opinião do Ministro Joaquim Barbosa, quando disserta sobre as ações afirmativas, pontuando que nos Estados Unidos não é dado ao Governo "interferir na esfera íntima das pessoas, sob pretexto de coibir os atos discriminatórios", pois "por razões históricas e em consequência da inegável predominância de valores individualistas e privatistas [aquele país], o combate à discriminação deu-se prevalentemente na esfera pública" (GOMES, José Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade***:* o direito

presente na sociedade estadunidense e até na própria Constituição, ignorando-se que o poder privado disputa hoje com o Estado o posto de destinatário das normas fundamentais.

Sem embargo, a doutrina americana repudia o próprio posicionamento da Corte em relação à supremacia das normas constitucionais, firmada desde o início do século XIX, tese que somente seria prevalente na Europa em meados do século seguinte. Para não aplicar a Constituição nas relações privativamente travadas, a Suprema Corte efetuou uma verdadeira ginástica hermenêutica, dando ênfase à liberdade formal do indivíduo, merecendo a crítica de Sombra, tendo este já pontuado que "ao invés de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, os norte-americanos preferem adotar o caminho mais complexo", é dizer, "ampliar a conotação pública de determinadas atividades designadamente privadas", explicando o referido autor, ainda, que "o contrassenso deste posicionamento está em ampliar, diante de um Estado de conotação neoliberal (mínimo), aquilo que deve ser entendido por ação governamental ou estatal"[38].

3.2. Teoria da eficácia indireta

Segundo a teoria da eficácia mediata ou indireta, inicialmente formulada por Günter Dürig[39], em 1956, e utilizada pelo famoso caso

---

como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 80).

38. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 95.

39. São do referido autor as palavras traduzidas: "Os direitos fundamentais particulares são formas de apresentação de um sistema de valores, declaratoriamente reconhecido no artigo 1 I e 2 I, da lei fundamental, determinado à constituição, que é protegido contra perigos específicos da direção do estado por direitos fundamentais jurídico-positivos de valor diverso. Ao sistema de valores corresponde, nisso, um sistema de pretensão feito indubitável pelo artigo 1 III, dirigido contra o estado. O aqui essencial é, agora, que desse *sistema de pretensão*, precisamente para satisfazer os princípios de constituição supremos de nosso direito total, justamente faz parte também o direito de poder dispor juridicamente autonomamente sobre relações de vida individuais. Isso, porém, significa lógico-juridicamente que na direção *de terceiros*, o 'efeito absoluto' dos direitos fundamentais é relativizado por um direito fundamental em favor da autonomia individual e da responsabilidade própria. O tráfego jurídico de privados uns com os outros está sujeito, por isso, justamente por causa da constituição,

Lüth, em 1958, os Direitos Fundamentais não incidem nas relações privadas como direitos subjetivos constitucionais, mas, sim, como normas objetivas, ou como sistema de valores[40].

Assim sendo, toda essa ordem axiológica "está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais em segundo plano"[41], cabendo ao legislador "o desenvolvimento 'concretizante' dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas, que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares"[42], e ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto e diante da inércia do legislador, compete "dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado".[43].

É dizer, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas do Direito Privado serviriam como uma via através da qual os Direitos Fundamentais penetrariam, mas sempre com a dimensão

---

a direito especial (exatamente 'direito privado') – e precisamente também no direito de defesa de ataques de privados a direitos de outros (à medida que, no fundo, o direito penal não intervém). Os *meios* normativos para a defesa de ataques da direção de terceiros, com cujo auxílio, na falta de normas de proteção jurídico-civis especiais, o direito privado objetivo cumpre seu *pedido de proteção,* são suas *cláusulas gerais suscetíveis de preenchimento de valores e carentes de preenchimento de valores.*O caminho pela sua aplicação salvaguarda, por um lado, a *autonomia do direito privado*, tornada necessária *lógico-jurídica* e *sistemático-juridicamente* depois de reconhecimento jurídico-fundamental da liberdade de disposição privada no tráfego jurídico de terceiros e salvaguarda, por outro, a *unidade do direito total*, naturalmente necessária, *na moral jurídica*" (DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos. HECK, Luiz Afonso (org). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. p. 35).

40. "Somente através da sua modelação ou transformação em normas de Direito Civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas suas vidas jurídico-privadas e só através da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou as cláusulas gerais privatísticas podem os correspondentes conceitos tornar-se operativos" (MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 288).

41. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 137.

42. STEINMETZ, Wilson. Op. cit. idem.

43. STEINMETZ, Wilson. Op. cit. p. 138.

de valores e não como direitos subjetivos, pois estes somente teriam como destinatário o Estado, jamais os particulares, mediatamente vinculados ao texto fundamental.

Ainda de acordo com a referida teoria, que terminou prevalecente na terra onde foi formulada – Alemanha –, nega-se a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, em síntese, "esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional"[44], e seus defensores asseveram que adotar posicionamento contrário "importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário"[45], tendo-se o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais[46].

Estranhamente, Konrad Hesse, um dos maiores defensores da força normativa da Constituição, rejeita terminantemente a vinculação direta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, por acreditar que a penetração direta da Constituição no Direito Privado acabaria por matar a identidade deste, estabelecida classicamente "*por la larga historia*"[47].

Tal posicionamento é extremamente contraditório com a obra

---

44. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2. ed. 2006. p. 198.

45. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 198.

46. Atualmente, o maior defensor desse ponto de vista na Alemanha é Canaris, para quem uma aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares pode "destruir tanto o direito contratual quanto também o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional. Isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando, também no que diz com o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio, de acordo com a sua gênese e em consonância com a formulação do seu suporte fático, têm por destinatário direto apenas o Estado e não um particular. É por esta razão que a teoria da eficácia imediata não se impôs na Alemanha, embora ainda conte com seguidores" (CANARIS, Claus-Wilhem. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 223-243.

47. Apud SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 199.

produzida pelo referido autor, que sempre elevou as normas constitucionais à sua mais alta categoria, repudiando por completo a exaltação ao princípio da legalidade, tão apregoado pelo positivismo, por acreditar que um direito "*cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental*"[48], tendo-se que "*este se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador*"[49].

Ubillos, em um momento de total lucidez, resumiu o posicionamento da doutrina alemã, afirmando que o avanço em torno da eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais, termina por importar a estes "*la renuncia al título de derecho subjetivo*"[50].

Ou seja, de acordo com a teoria da eficácia indireta, corolária da tese da dimensão objetiva, os Direitos Fundamentais se irradiam por todo o ordenamento jurídico, vinculando todos os poderes e até particulares, mas o preço disso é alto, pois tais direitos, enquanto eficazes nas relações privadas, perdem o caráter clássico de subjetividade e, logicamente, de sindicabilidade, funcionando na prática judicial como "*simples parametros interpretativos, a los que se acude, sobre todo, cuando existen lagunas que integrar o la ley está redactada de forma imprecisa*"[51].

A aludida teoria mereceu a crítica de Vieira de Andrade, para quem "a autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico", tendo o autor afirmado, ainda, que a teoria da aplicabilidade mediata foi mal compreendida, pois os seus partidários "não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas e deixaram-se influenciar pela circunstância de terem sido o direito civil e penal, na sua ancianidade, que primeiro regularam as relações privadas"[52].

A crítica merece aplausos, pois hoje o que se observa é uma crescente "invasão" do Direito Constitucional no Direito Civil e Penal,

---

48. UBILLOS, *op. cit.*

49. *Ibidem*.

50. *Op. cit.*

51. UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. cit.*

52. ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 253-254.

sendo bastante observar o recente Código Civil brasileiro, que abandonou o seu conteúdo eminentemente individualista, passando a conter normas mais sociais, voltadas à dignidade das pessoas, como a contração que deve sempre se vincular à boa-fé, inclusive objetivamente, ou até mesmo em relação ao Direito Fundamental por excelência e classicamente tido como absoluto, a propriedade, que hoje, após as inovações na seara civilista, fortemente influenciada pelas normas constitucionais, deve guardar a função social.

É certo que, em se tratando de Direito Penal, vinculado ao princípio estrito da legalidade, não há falar em supressão de omissão legislativa pelo Estado-Juiz, sendo mais acertado se falar em interpretação e aplicação de preceitos legais, que servirão de filtros por onde passarão os Direitos Fundamentais. Perceba-se que em casos como tais a Constituição não deixará de ser aplicada, pois a própria Lei Fundamental prevê a impossibilidade de utilização de qualquer outro meio de previsão criminológica ou punição, senão através de Lei em sentido estrito, razão pela qual, em havendo omissão legislativa, é possível a utilização da teoria dos deveres estatais de proteção.

A razão parece estar com Miranda[53], quando assevera que a teoria analisada, na prática, acaba por se aproximar da teoria da eficácia direta, tendo-se que, no fim a Constituição será aplicada. Concordando com tal ponto de vista, ainda afirma Sarno Braga[54] que a teoria da eficácia mediata é "supérflua", pois resta abrangida pela teoria diametralmente oposta, que apregoa a aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

3.3. Teoria da eficácia direta

De acordo com a teoria da eficácia direta ou imediata dos Direitos Fundamentais, também conhecida como teoria monista[55], todos estes direitos, por serem concebidos segundo a sua subjetividade, têm como destinatário o Estado e também os particulares, principalmente

53. *Op. cit.,* p. 288.

54. BRAGA, Paula Sarno. **Direitos fundamentais como limites à autonomia privada**. Salvador: Editora Jus Podium, 2008, p. 138.

55. MAC CROIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

se a entidade privada detém um poder privado ou social, mas todos os seus defensores possuem sempre um argumento em comum, constituído em torno da necessidade de ponderação[56] no caso concreto com o princípio da autonomia privada, tendo-se que este é um princípio reconhecidamente constitucional. Isso porque a conclusão acerca da permeação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas atenta sempre para o fato de que esse tipo de fenômeno não se dá da mesma forma em que ocorre quando o destinatário é o Estado, sendo necessária uma ponderação de princípios que informam o caso concreto.

Atribui-se a Hans Carl Nipperdey a tese inicial sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo o referido autor afirmado que "não é necessário, para a validez de direitos fundamentais como normas objetivas para o direito privado, nenhum 'meio', 'lugares de invasão', como devem ser as cláusulas gerais", prosseguindo para concluir que:

> [...] o efeito jurídico é, ao contrário, em normativo imediato que modifica ou cria de novo normas de direito privado existentes, independente se de direito coercitivo ou dispositivo, se de cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, sejam proibições, mandamentos, direitos subjetivos, leis de proteção ou fundamentos de justificação[57].

A teoria da eficácia direta dos Direitos Fundamentais foi estimulada pelo próprio desenvolvimento da Constituição como ordem aberta de valores[58] e princípios provenientes da sociedade. É dizer, se a

---

56. Virgílio Afonso da Silva (op. cit., p. 153) afronta terminantemente esse ponto de vista, acreditando que uma ponderação entre o direito fundamental e o princípio da autonomia: O grande problema é que, para que a autonomia privada não seja ameaçada, costuma-se fazer menção a uma necessidade de se sopesar, em cada caso concreto, o direito fundamental atingido e a própria autonomia privada. Parece-me duvidoso, no entanto, que um sopesamento como esse seja possível ou até mesmo necessário".

57. NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e Direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos. HECK, Luiz Afonso (org). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 62.

58. Virgílio Afonso da Silva (op. cit., p. 146), na contramão das opiniões a esse respeito, assevera que "o recurso a uma ordem objetiva de valores, da forma como ocorre na doutrina e na jurisprudência alemãs, não é necessário. [...] A resposta

Constituição ocupa o mais alto patamar do regramento de um Estado, o Direito Privado não figura como refúgio ou fuga às normas fundamentais, que, ao revés, passeiam por todas as searas do Direito, não só sob a dimensão objetiva, mas também diretamente, impondo-se de modo subjetivo nas relações privadas, "precipuamente como uma sentença, e não como um mero critério interpretativo"[59].

A teoria é justificada, principalmente, com base no poder, pois os perigos que permeiam os direitos fundamentais não proveem apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral, como sói ocorrer na relação de emprego, onde, como se observou no item 2 desse capítulo, há forte assimetria entre as partes convenentes e concentração de poder nas mãos do empregador, sendo a contratação de emprego campo fértil para o semear e florescer dos Direitos Fundamentais. Tanto é assim que a nossa Constituição consagrou um capítulo inteiro (II) para tratar dos Direitos Fundamentais sociais na relação de emprego, a fim de fazer com que as normas fundamentais se façam incidir diretamente na relação privada travada entre empregado e empregador.

A teoria da eficácia imediata não gerou grande aceitação na Alemanha, como se observou no item anterior. Em Portugal, como é explícito na Carta Política (artigo 18, I)[60], a adesão à teoria imediata é majoritária, assim como na Espanha, apesar de neste país não haver regramento constitucional expresso sobre o tema[61], mas tão somen-

---

está no conceito de direitos fundamentais como princípios. [...] Fundamentar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com base na ideia de otimização e não na ideia de ordem objetiva de valores tem pelo menos duas vantagens: (1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores; (2) não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes".

59. SOMBRA, Thiago Luís Santos. Op. cit., p. 89.

60. Art. 18, I: "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

61. A Carta Política espanhola de 1978 assim dispõe em seu art. 53.1: "*Los derechos y liberdades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derecho y liberdades, que se tutelán de acuerdo con lo previsto en al artículo 161.1.a*".

te em relação à eficácia clássica dos Direitos Fundamentais quando o destinatário é o Estado.

Jorge Miranda, embora não tenha se manifestado explicitamente sobre a adesão a quaisquer das teorias, explica o alcance do artigo 18º, I da Constituição portuguesa – fazendo, inclusive, uma referência na nota de rodapé à Constituição brasileira, que, segundo o autor, possui regramento semelhante –, apontando que o essencial para a interpretação do referido dispositivo é:

i) salientar o caráter preceptivo, e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias;

ii) afirmar que estes direitos se fundam na Constituição, e não na lei;

iii) sublinhar que não são os Direitos Fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos Direitos Fundamentais [62].

O referido publicista, filiando-se à teoria ora analisada, doutrina que, em se tratando de poder privado ou social, a aplicação dos Direitos, Liberdades e Garantias Fundamentais será direta, valendo ditos direitos de modo "absoluto" nas aludidas relações de poder, mas "nos restantes casos, poderá haver graus de vinculatividade"[63].

O indigitado autor parece ter encontrado adesão também na doutrina de Vieira de Andrade, quando este apresenta a preocupação de se aplicar a teoria da eficácia imediata de forma absoluta, pois, a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais somente seria dessa forma quando se tratasse de evidente relação de poder, tendo-se que em casos como tais, a parte subjugada possui direito subjetivo fundamental em face do destinatário, detentor do poder privado ou social, mas, como ambos os sujeitos são titulares de Direitos Fundamentais, o conflito no caso concreto é inevitável, devendo ser resolvido à luz da ponderação de princípios. Entretanto, em não se apresentando o dito poder privado, a aplicação dos Direitos Fundamentais segue a lógica da teoria da eficácia indireta[64].

62. *Op. cit.*, p. 276.

63. Op. cit., p. 288.

64. *Op. cit.*, p. 290.

Ou seja, os Direitos Fundamentais não se infiltrariam na relação privada como direitos subjetivos, mas apenas como ordem de valores, objetivamente, indicando o caminho a ser seguido pelo Juiz, máxime quando este tem por missão a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

Desse entendimento não se dispersa totalmente Ubillos, apontando que a solução mais correta é a aplicação dos Direitos Fundamentais de forma direta nas relações privadas, o que tem sido perpetrado pelos tribunais civis espanhóis (segundo o autor) que, apesar disso, não deixam de aplicar a ponderação de interesses constitucionais em conflito[65].

Em idêntico sentido parece ser a posição de Mac Croie, para quem as relações entre iguais são sempre um problema de colisão de Direitos Fundamentais nas relações privadas, dependendo a aplicação de tais direitos muito mais de como se apresenta o conflito concretamente do que a filiação a uma ou outra teoria, pois ambos os particulares são titulares de direitos provenientes da Constituição, sendo tudo, "no fundo, uma escolha entre direitos ou liberdades que competem"[66].

À mesma conclusão chegou Vieira de Andrade, quando, articulando acerca do dever de proteção, pontifica que uma das limitações substanciais de tal dever estatal diz respeito ao que ele chamou de "direito dos outros", pois, "quando a proteção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa proteção seja medida por uma ponderação dos bens ou valores em presença e que respeite o princípio da proporcionalidade"[67].

Filiando-se à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, assegurou Daniel Sarmento que "nada há no texto constitucional brasileiro que sugira a ideia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos"[68], invocando o sempre lembrado § 1º do artigo 5º da nossa Constituição, que não distingue entre a aplicação das normas fundamentais nas relações havidas com o Estado ou com as entidades particulares.

---

65. *Op. cit.*

66. *Op. cit.*, p. 94-95.

67. *Op. cit.,* p. 141.

68. *Op. cit.,* p. 198.

Também se filia à teoria da eficácia direta Ingo Sarlet, ao afirmar que se a tese diametralmente oposta segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclina-se "hoje em prol de uma necessária vinculação direta *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais"[69].

Porém, mais adiante o mesmo doutrinador assevera que "no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os Direitos Fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto"[70], sendo a conclusão de Steinmetz bem semelhante, para quem os melhores argumentos sobre as teorias debatidas ratificam a por ele chamada de "intermediária", sendo o problema da eficácia de normas de Direitos Fundamentais entre particulares "um problema de colisão de direitos fundamentais", pois "a autonomia privada, princípio fundamental do direito privado, é também um bem constitucionalmente protegido; e, em razão do alcance, a medida da eficácia imediata em cada caso concreto deve resultar de uma justificada ponderação dos direitos, interesses ou bens em jogo"[71].

Seguindo praticamente o mesmo raciocínio, Thiago Sombra assegura que os Direitos Fundamentais "não são direitos públicos subjetivos rígidos" exercidos somente em face do Estado, "senão também em face dos particulares" e as tensões firmadas entre direitos fundamentais, "enquanto resultado de uma eficácia direta, pode resultar na necessidade de imposição de limites, os quais, via de regra, poderão ser definidos pelo processo de concretização hermenêutica"[72], o que, em outras palavras, significa ponderação de interesses constitucionalmente assegurados.

3.4. A doutrina de Alexy

Concordando que atualmente a ideia de que as normas de Direitos Fundamentais produzem efeitos também nas relações privadas é

69. *Op. cit.,* p. 382.

70. *Op. cit.,* p. 383.

71. Op. cit. p. 171.

72. Op. cit., p. 91.

amplamente aceita, Alexy somente vê campo maior para o debate da "questão sobre *em que extensão* elas o fazem"[73], resolvendo-se tudo, no fim, com a ponderação de interesses, já que a penetração dos aludidos direitos na relação cidadão/cidadão não é idêntica à relação cidadão/Estado e naquela há um evidente problema de colisão de interesses previstos constitucionalmente.

Para a resolução do problema aventado, o publicista propõe a solução em três níveis, já que a adesão à teoria direta, indireta ou dos deveres de proteção não apresenta um resultado satisfatório, sendo necessário o casamento entre as mesmas, que, afinal, se complementam.

O modelo proposto, segundo o autor, deve observar: o dever estatal, os direitos em face do Estado e as relações jurídicas entre os sujeitos privados, não havendo relação de grau entre os mesmos, mas sim mútua implicação[74].

No primeiro nível estaria a teoria dos efeitos indiretos, constituída no dever estatal de proteção, tendo-se que "o fato de as normas de direitos fundamentais valerem como princípios objetivos para todos os ramos do direito implica que o Estado tem o dever de levá-las em consideração tanto na legislação civil, quanto na jurisprudência civil"[75].

O segundo nível é composto dos direitos "em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros". É dizer, o cidadão possui, em face do Estado, um dever de proteção também relação ao Poder Judiciário, estando vinculado aos Direitos Fundamentais de acordo com a teoria axiológica. Sendo assim, caso o Juiz não leve em conta o Direito Fundamental aplicável ao caso concreto, na lide firmada entre cidadão/cidadão, há uma ofensa a um direito subjetivo, enquanto direito de proteção (estatal) em face de outrem (particular).

O autor, partindo da premissa apresentada no *leading case* Lüth[76], assegura que um direito só pode ser violado por aquele em face do

73. *Op. cit.*, p. 528.

74. *Op. cit.*, p. 533.

75. *Ibidem.*

76. A decisão já foi citada e transcrita ao longo do presente trabalho, mas o trecho específico tratando do dever de proteção pelo Judiciário merece transcrição:

qual ele existe: "Se tribunais civis podem violar direitos fundamentais dos cidadãos por meio do conteúdo de suas decisões, então, os direitos violados são direitos dos cidadãos contra o Judiciário, ou seja, contra o Estado"[77].

Já no terceiro nível, há uma aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, mas, como a relação cidadão/cidadão é diversa da travada entre o cidadão e o Estado, uma vez que, naquele caso, ambas as partes são titulares de direitos constitucionalmente assegurados, a solução encontrada pelo autor em nada difere da tese de Nipperdey e todos os seus seguidores, ou seja, há necessidade de se sopesarem Direitos Fundamentais das partes titulares e envolvidas no conflito, utilizando-se, para tanto, a máxima da proporcionalidade. E finaliza, ainda, afirmando que a resolução do conflito deve passar pelos níveis, porque o "juiz civil está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática comumente aceita". Todavia, se o Juiz "quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo"[78].

A teoria apresentada por Alexy parece ser o casamento perfeito entre o dever de proteção e a eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações havidas entre particulares, o que parece até óbvio. Que o Legislador é vinculado aos Direitos Fundamentais, disso ninguém duvida. De que o Juiz tem o dever de aplicar os Direitos Fundamentais em sua máxima eficácia, muito menos. E, se nada disso chegar a um resultado que corresponda ao anseio da Constituição, vale a aplicação da teoria da eficácia direta, ou seja, primeiramente os "testes" no plano da legalidade são feitos, para posteriormente ser aplicada diretamente a norma fundamental e isso nada mais é do que cumprir etapas do conceito de Direitos Fundamentais segundo ordem objetiva

---

"Se ele [juiz civil] não respeitar esses critérios, e se a sua decisão se basear na desconsideração dessa influência constitucional nas normas de direito civil, então, ele viola não apenas o direito constitucional objetivo, na medida em que ignora o conteúdo da norma de direito fundamental (como regra objetiva); como titular de um poder estatal, ele viola também, por meio de sua decisão, o direito fundamental, a cujo respeito, inclusive por parte do Poder Judiciário, o cidadão tem um direito de natureza constitucional".

77. *Op. cit.,* p. 535.

78. *Op. cit.,* p. 541.

de valores, mas, se isso for ainda insuficiente, aplica-se diretamente a Constituição.

3.5. A doutrina de Jürgen Schwabe

O autor igualmente parte do pressuposto de que os Direitos Fundamentais se infiltram nas relações de particulares, restando a controvérsia de como isso ocorre e, como as soluções apresentadas não o satisfazem. Formulou uma nova teoria, afiançando que a discussão sobre a eficácia aludida passa necessariamente pela delimitação dos conceitos de força e intervenção, argumentando que: "é a ordem jurídica estatal e não o poder de um cidadão que sustenta que mesmo alguém mais forte se submeta à 'intervenção' e à 'força privada' de particulares[79].

É dizer, o publicista defende que o Estado, enquanto responsável pela criação e imposição de um sistema de direito privado, igualmente é responsável pelas violações cometidas por cidadãos em face de outros cidadãos, recusando a ideia de que os particulares se movem em espaço vazios deixados pelo Estado, que tem o dever de proteger o indivíduo através da Legislação.

Segundo Schwabe o Estado sempre será o responsável pela ação violadora de um particular, que exercendo o seu Direito Fundamental, ofende Direito Fundamental de outro particular, pois não previu as consequências dos atos na legislação infraconstitucional, sendo permissivo ou prevendo insatisfatoriamente as condutas. Consequentemente, a "vítima", como não detém meios para se defender, pode responsabilizar o Estado pela conduta do particular "ofensor".

A doutrina formulada por Schwabe somente contou abertamente com um adepto da Alemanha: Schnur[80], acreditando também este publicista que os particulares não agem sozinhos, mas seguem o que

---

79. SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução e resumo de José Roberto Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2011, p. 93, 91-135.

80. Cf. notas de José Roberto Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2011, p. 93, 91-135.

o Direito Privado posto pelo Estado prevê, regulamentando a autonomia dos cidadãos e os limites da mesma, ou seja, todas as condutas dos particulares, sendo dever do Legislador observar o conteúdo essencial do respectivo Direito Fundamental, assim, desnecessária a construção em torno da *Drittwirkung* de tais direitos, devendo-se observar até onde a Legislação alcança.

4. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO E NOTAS CONCLUSIVAS

A doutrina brasileira ainda não tem um bom desenvolvimento sistemático acerca da aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, sendo as obras citadas ao longo deste trabalho paradigmáticas no assunto.

O mesmo curso segue a jurisprudência, sobretudo a trabalhista, que normalmente não se ocupa de consolidar uma teoria acerca do tema em apreço, muito embora os Direitos Fundamentais alheios ao Capítulo II da Constituição sejam aplicados corriqueiramente nas Cortes trabalhistas.

É bastante observar, por exemplo, que sempre que se decide que um determinado empregador não pode praticar revista íntima ou nos pertences dos seus respectivos empregados, está a se dizer, em síntese, que o direito à intimidade é resguardado na relação privada de emprego, efetuando-se uma ponderação entre tal direito fundamental e a livre iniciativa no caso concreto e quando há procedência no pedido indenizatório, em palavras mais técnicas, quer-se dizer que a livre iniciativa não é princípio absoluto, podendo ser restringido quando em colisão com o direito à intimidade, e que o peso desta é maior na relação privada de emprego, diante da assimetria decorrente do poder social do empregador.

A análise passa, necessariamente – embora habitualmente não se diga – pelos testes prévios da proporcionalidade, como a adequação (o meio – revista íntima ou nos pertences – era adequado a se coibir apropriações indébitas no ambiente de trabalho?) e a necessidade (havia outro meio menos agressivo para o alcance da finalidade?), para se chegar ao resultado procedência ou improcedência do pleito indenizatório, mas normalmente a argumentação não preza pela técnica e passa logo para o juízo de proporcionalidade, embora intrinsecamente se diga exatamente o que foi sinteticamente analisado.

Conforme já evidenciado, a relação de emprego é, antes de tudo, uma relação de poder, constituída em torno da assimetria[81] firmada na contratação entabulada entre empregado e empregador, e tal realidade justifica a aplicação forte dos Direitos Fundamentais nesse tipo de relação havida entre particulares[82].

Vale dizer, diante da concepção dos Direitos Fundamentais como ordem de valores, há irradiação de efeitos dos mesmos para todos os âmbitos da sociedade, inclusive para as relações travadas entre particulares "iguais", e no caso da relação de emprego, o poder social e econômico que lhe é próprio justifica e estimula a aplicação dos aludidos direitos de forma direta e imediata[83], embora se reco-

---

81. Assim também doutrina Carlos Henrique Bezerra Leite: "No âmbito das relações de trabalho, especificamente nos sítios da relação empregatícia, parece-nos não haver dúvida a respeito da importância do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mormente em razão do poder empregatício (disciplinar, diretivo e regulamentar) reconhecido ao empregador (CLT, art. 2º), o qual, por força dessa relação assimétrica, passa a ter deveres fundamentais em relação aos seus empregados" (Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17 – jan./jun. 2011, p. 33-45. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego.pdf. Acesso em 04/02/2013.

82. "Convém destacar que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito". (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**, op. cit., p. 261).

83. À mesma conclusão chegou Andrea Presas Rocha (A eficácia dos Direitos de Cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta. In: **Direitos Fundamentais aplicados ao Direito do Trabalho**, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (orgs.) São Paulo: LTr, 2010, pp. 29-46), verificando que: "tendo como elemento a subordinação jurídica, a relação de emprego distribui desigualdade, entre trabalhador e empregador, os poderes econômico e social, pondo o trabalhador em situação de sujeição em face do poder diretivo do empregador. Pela sua própria natureza, é, pois, a relação de emprego, ambiente propício a que a liberdade e os direitos individuais do trabalhador seja vulnerados. Cuidando-se, assim, de relação *manifestamente desigual*, conclui-se que a *vinculação do empregador* aos direitos fundamentais *é direta e imediata*, inclusive no atinente aos denominados *direitos fundamentais*

nheça que o problema não é assim tão facilmente resolvido, tendo-se que na relação de emprego ambos os pactuantes são titulares de Direitos Fundamentais (normalmente a "colisão" é firmada da seguinte forma: livre iniciativa *versus* direito à cidadania ou personalidade) e essa questão somente poderá ser resolvida, concretamente, segundo a técnica da ponderação de princípios constitucionais, com os olhos do examinador voltados para a concordância prática entre os mesmos, elaborando-se um juízo de ponderação, constituído na análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Se é certo que o poder social próprio da relação de emprego justifica a penetração de todos os Direitos Fundamentais nesse tipo de relação privada, não menos correto é afirmar que essa mesma assimetria serve como peso para definir o alcance ou limitação da autonomia do empregador na supressão ou diminuição dos Direitos Fundamentais do empregado.

Com isso não se quer afirmar que sempre haverá a mesma solução para o caso de colisão de Direitos Fundamentais na relação de emprego. Aqui vale a advertência já perpetrada por Alexy, segundo a qual a lei de colisão é firmada quando há afronta de um princípio constitucional em face de outro princípio constitucionalmente previsto, mas o resultado sempre dependerá de circunstâncias presentes no caso concreto, que serão analisadas topicamente, tendo-se que todos os princípios são analisados e válidos *prima facie*, não havendo precedência absoluta de um em relação ao outro.

Perceba-se, inclusive, que não se fala em eficácia horizontal porque a relação de emprego não é horizontal, as partes não estão no mesmo patamar. Ao revés, há uma verticalidade entre empregador e empregado, tendo-se que este se submete às regras firmadas

---

de cidadania". Em sentido idêntico, a doutrina de Hermano Queiroz Júnior (op. cit., p. 141) assevera que: "além da vinculação dos tomadores de serviço decorrer diretamente da circunstância de o Texto Constitucional lhes cometer, imediatamente, a obrigação de respeito ao mínimo dos direitos fundamentais previstos, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos trabalhadores deflui igualmente do fato de a relação de trabalho se caracterizar por sua natureza manifestamente desigual, na medida em que estabelecida entre os detentores de algum, ou muito, poder econômico-social de um lado, o tomador de serviço e de indivíduos quase que totalmente desvestidos de parcelas de poder do outro, o trabalhador".

unilateralmente por aquele, que é detentor de "poder" diretivo, podendo, inclusive, aplicar a pena capital, que é a resilição contratual.

Em decisão paradigmática, já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1996, sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, no Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, onde foi Relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Na lide analisada, o empregado brasileiro da Air France pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, tendo o tribunal acolhido a pretensão com fulcro no princípio da igualdade:

> CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, *caput.*
>
> I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (C.F., 1967, art.153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, *caput*)
>
> II – a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.[84]

Como já denunciado, o grande problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não se limita à filiação à tese da eficácia mediata ou imediata, já que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, § 1º assegurou o princípio da máxima eficácia dos Direitos Fundamentais, não discriminando se tal eficácia seria em desfavor do Estado ou dos particulares, ou se estes seriam vinculados de forma negativa ou positiva aos aludidos Direitos. Assim, toda a problemática da dita eficácia dos diretos fundamentais nas relações particulares é questão de colisão de interesses constitucionalmente

84. Informativo STF n. 197.

assegurados, pois, topicamente, o problema será o contraponto entre dois princípios fundamentais que, no fim, garantem ou se elevam com o próprio princípio constitucional da autonomia privada[85].

Tendo-se as teorias analisadas, força é concluir que não há um modelo que isoladamente acarrete perfeição, sendo viável a combinação de modelos, como já propôs com outras argumentações Alexy. Assim, diante da dimensão objetiva própria dos Direitos Fundamentais, estes se irradiam para todo o ordenamento jurídico, vinculando todos os Poderes Públicos e também os particulares, mas, quando há conflito entre a livre iniciativa e qualquer outro direito fundamental cujo titular é o empregado, a solução da ponderação de interesses não pode desprezar que o Legislador tem o dever de prever a respectiva conduta, diante do dever de proteção que lhe é próprio. Em um segundo momento, em não havendo lei a regulamentar e resolver o conflito, cabe ao Judiciário aplicar diretamente a Constituição para a resolução do caso concreto, tendo-se que este Poder também é vinculado aos Direitos Fundamentais de forma objetiva, sendo seu também o dever de salvaguardar tais direitos. Daí a importância da concepção de Direitos Fundamentais como princípios e estes como normas jurídicas.

A junção de modelos rebate completamente o argumento contrário à tese da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, no tocante à maximização dos poderes do Juiz, pois permite que o Legislador cumpra o seu mister constitucional, protegendo os Direitos Fundamentais, mas, quando este resta inerte, o Estado-Juiz é instado a agir, pois é tão objetivamente vinculado aos Direitos Fundamentais quando o Legislador, não podendo simplesmente detectar que há um claro na Legislação, sem qualquer resolução para o caso concreto. Agindo assim, o Juiz será tão inerte quanto o Legislador, descumprindo o seu dever de guardião dos Direitos Fundamentais, protegendo também tais direitos de forma insuficiente[86].

---

85. Desse raciocínio discrepa Virgílio Afonso da Silva (*op. cit.,* p. 158 e ss.), por acreditar que o princípio da autonomia privada não é sopesado com Direitos Fundamentais, pois aquele é mero princípio formal e estes, como princípios – mandamentos de otimização, portanto – que são, devem sempre ser tidos em sua máxima eficácia, não havendo razão para a não sua observância no âmbito privado.

86. Paula Sarno Braga (*op. cit.,* p. 143-145), afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a tese ora sustentada, combinando os deveres de proteção

Nesse contexto, ainda cabe mais uma análise em relação à eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de emprego, pertinente à necessidade de o empregador observar de forma positiva determinados Direitos Fundamentais. Melhor explicando, a tese acima sustentada, embora não seja tão palatável para os mais ortodoxos hermeneuticamente, torna-se com menos possibilidade de aceitação quando se pensa em direitos subjetivos do empregado a determinadas condutas a serem perpetradas pelo empregador, destinatário dos ditos direitos, a exemplo dos chamados "direitos laborais inespecíficos"[87], como o direito ao lazer, o direito à cidadania, contraditório e da ampla defesa, os direitos de personalidade, presunção da inocência, direito à informação, dentre outros.

O pré-conceito é apenas aparente, pois a própria Constituição e até a Legislação ordinária já preveem diversas condutas "positivas" que têm como destinatário o empregador na relação particular de emprego, como ilustrativamente demonstram a necessidade de se fazer creche para crianças de até cinco anos de idade nas empresas; o cumprimento de diversas condutas traçadas nas NRs para a redução dos riscos inerentes ao trabalho, como o fornecimento de EPIs, lanches específicos para combater não só a fome, mas também a toxicidade de determinados produtos; a contratação de número mínimo de aprendizes ou até de pessoas com deficiência física (art. 93 da Lei n. 8.213/91). Se o empregado é titular de diversos direitos subjetivos "positivos", que necessitam de uma conduta ativa por parte do empregador, força é concluir que no tocante aos assim denominados direitos laborais inespecíficos, que são autênticos direitos de defesa no âmbito privado da relação de emprego, a vinculação é direta.

---

e a eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, concluiu que: "as atividades legislativa e judicial não se excluem. Complementam-se. Legislador e Juiz têm o poder de dar efetividade aos direitos fundamentais nas relações particulares. Tanto o legislador pode fazê-lo em tese, nas leis privadas, quanto o juiz, à luz do caso concreto. Se omisso o legislador, não pode o cidadão ser privado de uma decisão judicial que salvaguarde seus direitos humanos no litígio travado".

87. A esse respeito, a paradigmática e recente obra: **Direitos laborais inespecíficos**: os direitos gerais de cidadania na relação de emprego. ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (orgs.). São Paulo: LTr, 2012.

5. REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho: modelo para armar**. Tradução Flávio Benites e Cristina Schultz, São Paulo: LTr, 1999.

BAYLOS GRAU, Antonio; REY, Joaquim Pérez. **A dispensa ou violência do poder privado**. Tradução de Luciana Caplan, São Paulo: LTr, 2009

BARROS, ALICE MONTEIRO DE. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhem. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 223-243.

CARMO, PAULO SÉRGIO DO. **A ideologia do trabalho**. São Paulo: Editora Moderna, 1993.

DELGADO, MAURÍCIO GODINHO**. Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed., São Paulo: LTr, 2012.

FERNANDEZ, LEANDRO. O direito diretivo: a necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: LTr, n. 41, junho/2012, p. 92-116.

GIL y GIL, José Luis. **Principio de la buena fe y poderes del empresario**. Sevilla: Mergablum, 2003.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**. Da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.

MEIRELES, EDILTON. **Abuso de direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição. Os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PORTO, Noemia. Despedir sem fundamentar é um direito do empregador? In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: LTr, n. 39, novembro/2011, p. 68-83.

ROCHA, ANDREA PRESAS. A eficácia dos Direitos de Cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta. In: **Direitos Fun-**

damentais aplicados ao Direito do Trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (orgs.) São Paulo: LTr, 2010, pp. 29-46.

ROMITA, Arion Sayão. **Proscrição da despedida arbitrária**. São Paulo: LTr, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2. ed. 2006.

SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. Tradução e resumo de José Roberto Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: textos clássicos, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2011

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da convenção 158 da OIT. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 36, n. 76, p. 235-246, jul/dez 2007. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Marcio_Viana.pdf.

WANDELLI, Leonardo. **Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004