



Costureira, 1936-1950, óleo sobre tela, 73x100cm, (P128), Museu de Arte Contemporânea da Universidade de São Paulo, SP, SP. Tarsila do Amaral (1886-1973)



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

R454

Revista de Direito Humanos: [online]/ Curso de Direito,
Centro Universitário IESB. – v.7, n.7, (jul/dez.2019) - Brasília:
IESB, 2019.

Semestral

ISSN: 2448-2374

Disponível em: iesb.br/revistadedireito/

1.Direitos humanos. 2.Observatório. 3.Sociedade.
4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro
Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)



AVISO IMPORTANTE

PUBLICAÇÃO CONTÍNUA DE ARTIGOS

A partir de 2019 as revistas do Curso de Direito do Centro Universitário IESB passaram a adotar o **sistema de submissão e publicação contínuas de artigos**.

Recomendado pela *Scielo* como sendo uma possibilidade inovadora de publicação, esse sistema não exige a espera no fechamento completo das edições.

Espera-se com essa modalidade promova rapidez no processo de comunicação e disponibilização das pesquisas dos discentes e docentes do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios (PPG-MPDS).

Editores



EXPEDIENTE

Reitor

Edson Machado de Sousa Filho

Vice-Reitor

Luis Cláudio Costa

Pró-Reitora Acadêmica

Regina Maria Tombini

Coordenadora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito

Any Ávila Assunção

Editores

Any Ávila Assunção

Miguel Ivân Mendonça Carneiro

Conselho Editorial

Alexandre de Souza Agra Belmonte - IESB

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - IESB

Augusto César Leite de Carvalho - IESB

André Luiz Santa Cruz Ramos - IESB

Diogo Palau Flores dos Santos - IESB

Douglas Alencar Rodrigues – IESB

Neide Terezinha Malard – IESB

Paulo José Leite de Farias – IESB

Ulisses Borges de Resende - IESB

Conselho Consultivo Nacional

Alex Calheiros - UnB

Eduardo Gonçalves Rocha - UFG

Lourdes Maria Bandeira - UnB

Sílvio Rosa Filho – UNIFESP

Conselho Consultivo Internacional

Fabio Petrucci - Università degli Studi di Roma "*La Sapienza*".

Giorgio Sandulli - Università degli Studi di Roma "*La Sapienza*".

Guilherme Dray – Universidade Nacional de Lisboa.

Joaquín Perez Rey - Universidad de Castilla lá Mancha.



SUMÁRIO

Any Ávila Assunção Fabiano Rabêlo Mendonça DIREITO À EDUCAÇÃO: ASPECTOS DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS	07
Pâmella Duarte Lopes Augusto César Leite de Carvalho DESAFIOS DO TRABALHO NA MODERNIDADE LÍQUIDA	23
Welder Rodrigues Lima Diogo Palau Flores dos Santos A RETALIAÇÃO AO EMPREGADO POR LITIGÂNCIA TRABALHISTA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO	32
Wilker Wagner Santos Carvalho, José Rossini Campos do Couto Corrêa O FIM DO <i>JUS POSTULANDI</i> NA JUSTIÇA DO TRABALHO	43
Alexandre José Nunes Basto Paulo José Leite Farias PERSONAL TRAINER, VÍTIMA DO CAPITALISMO EXACERBADO OU COPARTICIPADOR DOS ABUSOS CONTRA A SAÚDE DO CONSUMIDOR?	59
Thaís Cristina Martins Araújo Rossini Campos do Couto Correa ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO ALICERCE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE VISANDO PRIORIDADE NA LISTA DE ESPERA POR LEITOS EM UTI	95
Nara Rejane Moraes da Rocha BIOÉTICA, DIREITO E DIGNIDADE	115
Augusto César Leite de Carvalho Elaine Cristina Sousa dos Santos INSTRUMENTOS DA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E DA JUSTIÇA	135
Alexandre Agra Belmonte José Rossini Campos do Couto Corrêa; Bruno Sampaio; Denis Lopes Franco; James Augusto Siqueira; Donizetti Alessandro Costa Ferreira; Wilker Wagner Santos Carvalho O MODELO DE FINANCIAMENTO SINDICAL BRASILEIRO CONSTITUI ENTRAVE PARA A REPRESENTATIVIDADE DOS SINDICATOS?	142



Paulo José Leite Marias

**Diogo Palau Flores dos Santos; Alexandre de Oliveira; Alexandre José Nunes Basto;
Eth Cordeiro de Aguiar; Hugo Oliveira Horta Barbosa Hugo Silva de Aguiar; José
Henrique Ferreira Bona; Leonardo Peter da Silva** **149**

SUSTENTABILIDADE DA ÁGUA NO DF À LUZ DA SUA NATUREZA JURÍDICA E DOS
INSTRUMENTOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DA ÁGUA ELABORADOS
NO FÓRUM MUNDIAL DA ÁGUA

Douglas Henrique Marin; Any Ávila Assunção

**Álvaro Augusto Cerqueira; André Luiz Batista; Antônio Marcos Melo Guedes; Fabiano
Rabêlo Mendonça; Flavia Chalita; Jair Vanderlei Krewer; Leonardo Weber; Luiza
Coelho Griebler** **185**

RELAÇÕES DADIVOSAS NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO: PRÁTICAS DE VIOLÊNCIAS
INSTITUCIONAL?

Neide Teresinha Malard

André Santa Cruz Ramos

**Abraão Alves Ferreira; Gizelle Campos; Guilherme da Hora; Hugo Oliveira Horta
Barbosa; Suzana Cristina Leite; Thiago Linhares Paim** **199**

A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Diogo Palau Flores dos Santos

Douglas Alencar Rodrigues

**Aliny Modesto; Carlos Vinicius; Eth Cordeiro de Aguiar; Jaqueline Ornelas; José
Antônio; José Hortêncio; Theobaldo Carvalho; Welder Rodrigues Lima** **239**

OS SISTEMAS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS E
COLETIVOS DO TRABALHO: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA (LEI
13.467/2017)

Any Ávila Assunção

Augusto Cesar Leite de Carvalho

**Ulisses Borges de Resende; Arlene Pereira da Silva Sacco; Maria Marclane Bezerra
Vieira; Daniel Rocha Lacerda; Manuel Jasmim Correia Barros; Emerson Marialva de
Jesus; Maria Carolina Lopes Teles; Hugo Antunes Rodrigues; Aldo Matos Moreno;
Rafael Mesquita da Rosa** **345**

BASE IDEOLÓGICA DO RACISMO: IDEOLOGIA TOTALITÁRIA OU CULTURA DA OPRESSÃO?



DIREITO À EDUCAÇÃO: ASPECTOS DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Any Ávila Assunção

Doutora e Mestra em Sociologia Jurídica pela Universidade de Brasília (UnB).
Coordenadora dos cursos de Graduação e Pós-graduação (*Lato Sensu* e *Stricto Sensu*) em Direito no Centro Universitário Instituto de Educação de Brasília (IESB-DF). Advogada.

Fabiano Rabêlo Mendonça

Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios (IESB-DF). Coordenador da Escola Agrícola de Formosa Lucila Saad Batista. Professor de Sociologia na Educação na Faculdade do Planalto Central (FAPLAC-GO). Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado nas Faculdades IESGO.

Resumo

O presente artigo é resultado dos estudos desenvolvidos durante a realização do Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário de Brasília (IESB-DF). A temática é desenvolvida a partir da Educação brasileira em seu viés constitucional e, principalmente, sob a perspectiva dos Direitos Humanos. A sua relevância se faz ao cenário crítico que perpassa a sociedade em tempos de crise, assim percebe-se que este artigo se justifica no âmbito educacional/pedagógico, social e político. Sendo objetivado a apresentar que a Educação nacional é um Direito Humano e está presente do ordenamento jurídico. A metodologia utilizada teve como fonte um levantamento legislativo e bibliográfico, de forma a contribuir para compreensão interpretativa das normas. Conclui-se apresentando uma figura pictórica para fundamentar a necessidade de um Ensino em Direitos Humanos com respeito à liberdade e apreço à tolerância, com garantia de padrão de qualidade e vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Palavras-chaves: Educação. Direitos Humanos.

Abstract

This article is the result of studies developed during the Professional Master's Degree in Social Rights and Claims Proceedings at the Centro Universitário de Brasília (IESB-DF). The theme is developed from the Brazilian Education in its constitutional bias and, mainly, from the perspective of Human Rights. Its relevance is to the critical scenario that permeates society in times of crisis, so it is clear that this article is justified in the educational / pedagogical, social and political context. Being aimed at presenting that national education is a human right and is present in the legal system. The methodology used was based on a legislative and bibliographic survey, in order to contribute to the interpretative understanding of the rules. It concludes by presenting a pictorial figure to substantiate the need for Human Rights Education with respect to freedom and appreciation of tolerance, *Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.*



with guarantee of quality standards and links between school education, work and social practices.

Keywords: Education. Human rights.

Introdução

Pensar na Educação brasileira diante desse cenário avassalador causado por crises políticas, ideológicas e, principalmente, pela fragilidade das instituições democráticas, traz ao debate a necessidade de revisitar elementos essenciais para gestão da qualidade da educação, tais como: Legislação Educacional, Direito Educacional, Constituição e Educação em Direitos Humanos. Para tanto, não podemos deixar de pensar que a qualidade da educação não é somente garantida através de políticas públicas executadas por órgãos governamentais e sim, também pela sua concretude no espaço escolar.

A escola é um ambiente de interação social que o aluno tem contato com a formação intelectual, técnica e humanista com base em conteúdos reflexivos. Portanto, prepara o aluno para ser inserido em uma sociedade de forma participativa, a fim de saber se posicionar diante das contradições do mundo contemporâneo. De tal forma, que a escola não está isolada dos acontecimentos políticos, econômicos e sociais que ocorrem no país e no mundo. Preparar os alunos para o mundo do trabalho é fundamental para que possam ser respeitados enquanto seres humanos. Destarte, para realização dessa preparação dos educandos para vida, a sua garantia é o próprio direito à educação que valida um pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e o seu aperfeiçoamento para o mundo do trabalho.



1. Da Legislação Educacional e do Direito Educacional

A educação nacional está positivada na égide da Constituição da República Federativa Brasil de 1988 (CF/88) através de garantias fundamentais dos direitos sociais e da ordem social. Sendo organizada de forma detalhada na proteção da Lei n.º 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) na qual define que a educação é um dever da família e do Estado. Nesse viés normativo, observa-se que há posituação para o instituto educacional brasileiro, portanto não se hierarquiza apenas nesses ordenamentos legais, há também as Resoluções dos Conselhos de Educação: Nacional, Estadual, Distrital e Municipal, além das legislações específicas estaduais, distritais e municipais. Nota-se de forma implícita a presença de duas expressões que podem ser retiradas a partir das considerações legais sobre a educação referenciada – a Legislação Educacional e o Direito Educacional, contudo não abrirá lacunas para uma possível confusão entre as mesmas.

Tanto a expressão Legislação Educacional quanto a expressão Direito Educacional são necessárias de análises vocabulares. Parte-se do princípio que há em comum entre as expressões – a palavra educação, etimologicamente derivada da língua latina *educare* e *educere*, que apresentam uma variedade conceitual com significados diferentes.

Educare em seu sentido inicial histórico significa criar, nutrir, orientar, ensinar, treinar e conduzir o indivíduo de um lugar onde está presente a outro em que o mesmo deseja alcançar. Na prática hodierna, exemplifica o atuar docente sobre o discente, em que o professor conduz a aprendizagem do aluno para o pleno desenvolvimento cognitivo, orientando-o para o exercício da cidadania e treinando-o para o mundo do trabalho. Já *educere* significa extrair, fazer, nascer, tirar de, promover o surgimento, de dentro para fora, ou seja, são as potencialidades que o



educando possui (ROMÃO, 2008b). Os dois vocábulos latinos se condizem ao processo de ensinar e de aprender no processo formativo educacional, porém de significados diferentes.

Para diferenciar as expressões em suas totalidades conceituais de Legislação Educacional e do Direito Educacional ainda se faz evidente deslocar os vocábulos *legislação* e *direito* para compreensão de sentido. Ao termo legislação define-se em significados: a ciência das leis, ato de legislar, de fazer, de elaborar leis e o conjunto de leis sobre determinada matéria (PESSOA, 2003, p. 192). Já o direito, por consecutivo, é um fato ou fenômeno social, não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela (REALE, 1995, p. 54). Outra concepção já vê o surgimento do Direito da própria conveniência dos homens, como imperativo disciplinar de conduta perante o grupo social (JACQUES, 2009, p. 20). Enfim, vocábulos semanticamente diferentes.

Após apresentar uma breve definição vocabular dos termos, compreende-se por Legislação Educacional um aparato de normas sobre a educação e suas especificidades presentes no ordenamento jurídico, tais: constitucional, lei ordinária, lei complementar, normas não legislativas e nos termos disciplinados no artigo 59 da CF/88. A legislação educacional apresenta duas características essenciais – a de natureza reguladora e a outra de natureza regulamentadora. A ação de regulação na educação está na forma de regular, ou seja, na providência de constituir uma quantidade de atos e formalidades pelas quais existem ou determinam o modo de executar algo. No entendimento de Silva, regulação define-se em:

Instituição de regras e princípios sobre o modo por que as coisas se devam conduzir, sem se restringir somente à forma. Desse modo, os princípios e preceitos dispostos pela regulação tanto podem atingir à forma como à substância da matéria que vem regular ou disciplinar (SILVA, 1990; 77).

Logo, a legislação é uma forma reguladora que se apresenta através das leis federais, estaduais, distritais ou municipais. Assim, o ordenamento constitucional é



a primeira fonte reguladora da educação nacional, nas quais dispõem de competências constitucionais de acordo com as atribuições dos entes federados. Em aspectos da regulamentação é o próprio funcionamento diário da educação através dos decretos, portarias, resoluções e pareceres dos órgãos competentes da organização dos sistemas de ensino federal, distrital, estadual e municipal.

Considerando a função reguladora e a outra de regulamentação da legislação educacional que apresenta uma diversidade normativa, surge-se o Direito Educacional como área especializada na coordenação desse instituto, que de acordo com os estudos de Álvaro de Melo Filho: "pode ser entendido como um conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados que objetivam disciplinar o comportamento humano relacionado à educação". Ainda sobre o Direito Educacional como ramo do Direito, novamente Álvaro de Melo Filho (1983) nos ensina ainda que:

[...] ainda nesse plano teórico, ao invés de questionar-se sobre as autonomias legislativa e científica do direito educacional, deve-se registrar que, pela simples razão de não poder existir urna jornada jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia de qualquer ramo do Direito é sempre e unicamente didática, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de normas jurídicas, objetivando-se descobrir-se a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico (MELO FILHO, 1983, p. 54).

Contribuindo ainda para o entendimento do Direito Educacional brasileiro

– Renato Alberto Teodoro Di Dio, ensina que o instituto legal citado é:

[...] o conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem (DI DIO, 1982; 31).

Observa-se que o Direito Educacional é uma área das Ciências Jurídicas responsável pela aplicação dos princípios jurídicos no ordenamento educacional. Concluindo as análises já referenciadas, fica evidente que tanto o Direito



Educacional quanto a Legislação Educacional trazem ínsita a característica da essencialidade que é a Educação.

2. Aspectos Constitucionais da Educação Brasileira

A Constituição Federal de 1988 consubstanciou a educação no rol dos direitos sociais. A estrutura do seu texto constitutivo apresenta uma diversidade de correntes teóricas estabelecendo que a República Federativa do Brasil seja um Estado Democrático de Direito e que tenha como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana – garantido que os cidadãos sejam inseridos em uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, o artigo 6º da Constituição Federal assegura, como direito fundamental e social, o direito à educação e posteriormente, o artigo 205 prescreve outras questões/direitos atinentes ao tema, especificando que a educação propicia o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e, também, a sua qualificação para o trabalho.

De fato, o Direito à Educação é percebido/concebido como um direito social, cuja operatividade/exequibilidade é construída mediante os esforços de vários mecanismos da sociedade, principalmente do Estado, sendo um direito de cunho prestacional (SANTOS, 2018). Vejam-se o artigo 6º e 205 da Constituição Federal:

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.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988. Grifo nosso).

A Constituição Federal de 1988 garante expressamente o direito à educação como instituto social, sendo o Estado obrigado a ofertar o acesso a todos interessados com qualidade para que os mesmos tenham uma formação para



exercerem sua cidadania na democracia brasileira. É essencial destacar a função que a 'educação com qualidade' deve desempenhar na completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, principalmente nos mecanismos de participação direta, tais como o referendo e o plebiscito. Isto porque os déficits na formação intelectual da sociedade é fator de inibição e de inserção na democracia. (MENDES, 2014). Pode-se dizer que a qualidade da educação está diretamente relacionada com o grau de desenvolvimento econômico e social do Estado, ou seja, a oferta de ensino ajuda a diminuir os índices de pobreza, pois viabiliza a formação e a capacitação das pessoas, por meio do conhecimento, desenvolvendo habilidades e competências necessárias para modificarem o contexto social em que estão inseridas (SANTOS, 2018; APPIO, 2006; MAZZUOLLI, 2006; GOTTEMS, 2012) .

Contudo, em que pese à relevância desse direito constitucionalmente assegurado, o fato é que, na prática, a população brasileira ainda encontra óbices para efetivação dessa garantia, tornando a sua concretude/operacionalidade um dos maiores desafios da atualidade (SANTOS, 2018; GOTTEMS, 2012; SANTOS, 2018; CLEVE, 2006).

Nesse contexto, percebe-se que, em muitos casos, os maiores obstáculos derivam da omissão estatal, que, para justificar tal ineficácia e ineficiência de tais demandas educacionais (vale dizer, a desídia na efetivação desse direito indispensável à dignidade da pessoa humana), o Poder Público invoca vários fatores, em especial a escassez de recursos públicos (BARCELLOS, 2007; BARROSO, 2017; ALEXY, 2010; CUNHA JUNIOR, 2009).

Desta forma, a reserva do possível não poderia – principalmente num país como o Brasil – ser compreendida como uma cláusula que sirva de obstáculo, mas, sim, como uma medida que imponha cuidado, prudência e responsabilidade na elaboração de políticas públicas. Segundo Freire Júnior (2005) ela deve ser considerada não para impedir a concretização de direitos fundamentais, mas sim,



diante do compromisso com o princípio da dignidade humana, viabilizar o melhor cumprimento das normas constitucionais.

A reserva do possível seria, portanto, o fundamento para o balizamento de implementação de políticas públicas na concretização dos direitos sociais, como uma forma de tentar adequar a realização dos direitos fundamentais à realidade fática. Entendimento esse, exposto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gratuidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico- financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (STF, Informativo nº 345).

Assim, já passados 30 anos da promulgação da Constituição, a discussão sobre a efetividade do direito social à educação revela-se relevante e pertinente, sendo a obrigação do Estado ofertá-lo (KONZEN, 2000; LIMA, 2003; LIMA JUNIOR, 2001).

Conforme prelecionam Santos (2018), lançando uma lupa analítica nos espaços educativos pode-se verificar o fracasso da educação formal e dos programas de políticas públicas: professores mal preparados e mal remunerados, com altos índices de *stress* e doenças ocupacionais (o absenteísmo salta aos patamares de uma doença crônica), ausência de bibliotecas e laboratórios de informática, livros textos com problemas sérios de conteúdo, alguns notadamente imprestáveis para uma educação de base em razão da superficialidade das abordagens, escolas insalubres, com arquitetura imprópria para atender as condições de ventilação, acessibilidade, higiene (BARUFFI, 2018; MELLO, 2009; PNUD, 2009).¹

¹ Descrição/ PNUD (2009): Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo, possua uma constituição cidadã, mas possui mais de 30 milhões de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza (“indigência”). A maioria dessas pessoas não encontram um atendimento
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Acrescenta-se, por conseguinte, outros aspectos: a desestruturação da base familiar, que se ausenta do processo de socialização primária, remetendo-a para a escola – tal fracasso resulta sempre em maiores injustiças.

Na esteira da pesquisa realizada por Baruffi (2018), dados de relatórios do Banco Mundial (WORLD BANK, 2018) informam que muitos jovens (cerca de 130 milhões em idade entre 15-24 anos) não sabem ler ou escrever. E informam ainda que o ensino médio e o seguimento no ensino superior, assim como a aquisição de competências só fazem sentido se o ensino fundamental for bem sucedido. Porém, isso ainda está longe de ser uma realidade. A partir desse quadro - que se impõe como um referencial de fundo para as possíveis análises da questão educacional no Estado brasileiro – algumas questões se colocam a partir da positivação do Direito à Educação nas diferentes Constituições Brasileiras.

3. A Educação e o Ensino em Direitos Humanos

A Educação em Direitos Humanos (EDH) é uma educação que rompe com o autoritarismo imposto pela pedagogia tradicional que apresenta uma tendência pedagógica marcada apenas pela transmissão do saber e por sobrecarregar os alunos com informações de forma impositiva, excluindo o debate em sala de aula e as análises críticas dos conteúdos ministrados. A EDH ainda é uma área do conhecimento pouco explorada nas unidades escolares e a introdução da temática no currículo escolar está em passos lentos. O seu objeto de estudo é o próprio Direito Humano, sendo um componente transversal e interdisciplinar. A EDH tem como prática a defesa da dignidade humana, a defesa dos direitos individuais e coletivos.

de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vivem em condições precárias de habitação, alimentam-se mal ou passam fome.



Uma educação voltada para os direitos dos seres humanos tem sua característica educar para que o cidadão tenha acesso ao saber, respeitando o conhecimento formal e informal. Instruindo não só a exigir os seus direitos, mas respeitar os direitos dos outros, sabendo que é importante a convivência em paz e que a educação é um processo de socialização em respeito à dignidade humana. Luiz Perez Aguierre afirma:

Educar para os direitos humanos quer dizer educar para saber que existem também “os outros”, tão legítimos quanto nós, seres sociais como nós, a quem devemos respeitar, despojando-nos de nossos preconceitos e projeções de nossos próprios fantasmas. (AGUIERRE – RBEDH. Grifo nosso).

A Educação em Direitos Humanos é tema centralizador dos princípios do ensino e da aprendizagem da educação nacional, desde o ensino infantil ao ensino superior. É a valorização da vida de forma a respeitar o outro como elemento de direito e deveres na sociedade. Ao entendimento, o artigo 3º e inciso IV da LDB inauguram uma compreensão jurídica de princípios educacionais: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância”. Nesta compreensão, o autor Carneiro (2017) colabora:

O respeito à liberdade e o apreço à tolerância são manifestações avançadas da evolução civilizatória e democrática. O ensino torna-se, assim, um veículo privilegiado de aprofundamento de uma *pedagogia dos direitos humanos* e caminho para aprendizagem de uma convivência democrática tranquila entre as pessoas. O tema liberdade retorna como princípio de organização do espaço escolar, agora, no sentido do reconhecimento e do respeito à alteridade (CARNEIRO, 2017, p. 65. Grifo nosso).

O Conselho Nacional de Educação aprovou no dia 30 de maio de 2012 a Resolução n.º 1, que estabeleceu as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, na qual apresentou a definição sobre Educação em Direitos Humanos, cita-se o artigo 2º:



Art. 2º A Educação em Direitos Humanos, um dos eixos fundamentais do direito à educação, refere-se ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidades individuais e coletivas (BRASIL, 2012, p. 1. Grifo nosso).

Para efetivação da Educação em Direitos Humanos requer o envolvimento de toda a comunidade escolar de forma efetiva, ou seja, de todos os atores envolvidos no processo educativo em uma escola, para que o espaço educativo seja formador de cidadãos que sejam ativamente participativos na sociedade atual.

A sociedade brasileira passa por um período de fragilidade das instituições democráticas e a escola é a instância fortalecedora dos valores que fundamentam a sociedade. Sendo assim, o parágrafo 9º do artigo 26 da lei n.º 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional afirma:

§ 9º Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares de que trata o caput deste artigo, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado. (BRASIL, 1996, p. 10 – grifo nosso).

De fato, a Educação em Direitos Humanos não é somente uma transmissão de conteúdos a fim de aprovar ou reprovar o aluno, mas sim de prepará-lo para a vida, com respeito ao próximo e com tolerância à diversidade. O espaço escolar tem que ser envolvido em aprendizagens reflexivas, preparando os alunos a questionarem as aflições da população perante o mundo globalizado e substanciá-los para serem agentes inclusivos de transformação social. As finalidades e a formação na Educação em Direitos Humanos foram editadas pela Resolução n.º 1/2012 do Conselho Nacional de Educação através dos artigos 3º e 4º:



Art. 3º A Educação em Direitos Humanos, com a finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social, fundamenta-se nos seguintes princípios: I - dignidade humana; II - igualdade de direitos; III - reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades; IV - laicidade do Estado; V - democracia na educação; VI - transversalidade, vivência e globalidade; e VII - sustentabilidade socioambiental. (BRASIL, 2012. Grifo nosso).

Um ensino guiado pelas diretrizes editadas pelo Conselho Nacional de Educação proporciona aos alunos uma formação na educação básica para que os mesmos futuramente possam ser agentes de fomentação da dignidade humana em vários contextos que estiverem inseridos, na vida política, econômica e nas demais adversidades do mundo social.

Para que, efetivamente, a Educação/Ensino em Direitos Humanos seja inserida como disciplina na matriz curricular das escolas como conteúdo de alguma disciplina já existente ou até mesmo ser estudada em várias áreas do currículo escolar, é necessário que os trâmites administrativos educacionais sejam observados, como a aprovação dos Conselhos de Educação dos Estados, Distrito Federal dos Municípios e a execução da proposta pelas Secretarias de Educação.

Cabe ressaltar que as primeiras versões da elaboração das propostas educacionais voltadas para os Direitos Humanos surgiram a partir da década de 1990, com o surgimento das primeiras versões do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), que foram produzidos entre os anos 1996 e 2002. Ganhou destaque a produção do PNDH-3, que diz respeito à Educação em Direitos Humanos, em que foi apresentada como eixo orientador da promoção de uma Educação em Direitos Humanos.

4. Aspectos Conclusivos

Por fim, em aspectos de uma percepção macro e legalista da educação brasileira, conclui-se que a organização administrativa da República Federativa do

Brasil, em matéria educacional, é disciplinada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – n.º 9.394/96, em que os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios organizam seus sistemas de ensino em regime de colaboração – tudo sob a proteção da Constituição Federal de 1988. Cabendo à União a função da coordenação da política nacional.

Já sob a relevância micro em caracterizar o ‘Ensinar’ os conhecimentos referentes à Educação em Direitos Humanos de forma institucionalizada nas escolas, ancora-se na plausível Resolução do Conselho Nacional de Educação n.º 1, editada no dia 30 de Maio de 2012, que estabelece as Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos. Infere-se por meio da respectiva resolução que os conteúdos concernentes aos Direitos Humanos podem ser ministrados através da *transversalidade da temática nas disciplinas* existentes no currículo escolar (interdisciplinar), ou como *conteúdo específico de disciplina já existente*, ou de *forma mista*, na combinação de uma disciplina existente e ser trabalhado transversal em outras disciplinas. Porém, cabe ao olhar crítico dos agentes educacionais compreenderem a importância da temática para formação de alunos críticos e reflexivos. O discurso de uma educação inclusiva deve estar unido à prática.

Para simbolizar a relação entre os aspetos normativos da Educação brasileira e da Educação em Direitos Humanos, traz ao texto um aporte pictórico:

FIGURA 1

Representação Pictórica do Direito à Educação





Encerra-se observando que os quatros elementos da figura pictórica são significativos para compreensão de um ensino sobre Direitos Humanos nas escolas brasileiras. Entretanto, necessário se faz observar o cumprimento do artigo 206 e inciso VII da Constituição Federal de 1988, que versam que o ensino será ministrado com base no princípio da garantia do padrão de qualidade, bem como, os princípios do ensino presentes no artigo 3º, incisos IV, IX e XI da lei 9.394/96, que textualmente garantem que o ensino será ministrado com respeito à liberdade e apreço à tolerância, com garantia de padrão de qualidade e vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Referências

AGUIERRE, Luiz Perez. **Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos.**

Educar para os Direitos Humanos: O Grande Desafio Contemporâneo. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/aguirre.htm>

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Alexy, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democráticos.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 58 ET seq., jul./set. 1999.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais.* Salvador: Jus Podivm, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARUFFI, Helder. **A Educação como Direito Fundamental: Um princípio a ser realizado.** In: *Direitos Fundamentais e cidadania.* Zulmar Fachin (coordenador). Acelino de Rodrigues Carvalho [et al.] São Paulo: Editora Método, 2008.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em agosto de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. RESOLUÇÃO Nº 1, DE 30 DE MAIO DE 2012. **Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10889-rcp001-12&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192

CARNEIRO, Moaci Alves. **LDB fácil, leitura crítico-compreensivo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, Curitiba, n. 54, p. 28-39, jan-mar. 2006.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. **Contribuição à Sistematização do Direito Educacional**. Taubaté: Imprensa Universitária/Universidade de Taubaté, 1982.

GOTTEMS. Claudienei J. **Direito fundamental à educação**. São Paulo. 2012. Acessado em: 03 de novembro de 2019. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/213/212>

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 100

MELO FILHO, Álvaro. **Direito Educacional: aspectos teóricos e práticos**. Mensagem. Revista do Conselho de Educação do Ceará. Fortaleza, nº 8, 1982-1983.

MELLO, Guiomar Namó de. **Políticas públicas de educação**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v5n13/v5n13a02.pdf>>. Acesso em 10 de agosto de



2009.

PESSÔA, E. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2003.

REALE, M. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROMÃO, J. E. Educação. In. STRECK, D.; REDIN, E.; ZITKOSKI, J. J. (orgs.) **Dicionário Paulo Freire**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008a. p. 150-152.

_____. **Pedagogias de Paulo Freire**. Revista Múltiplas Leituras, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 8-22, jul./dez. 2008b.

22

SANTOS, Josué do Nascimento. A efetividade do direito fundamental à educação no ensino médio. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19590&revista_caderno=9. Acesso em 01 de agosto de 2018.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico III e IV**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.



DESAFIOS DO TRABALHO NA MODERNIDADE LÍQUIDA

Pâmella Duarte Lopes

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB;
Oficial da Força Aérea Brasileira (FAB).

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB); professor do Mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

23

Resumo

O presente trabalho aborda o conceito de modernidade líquida defendida pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman e a influência do tema em relação ao mundo do trabalho contemporâneo. Utilizando os procedimentos bibliográfico, documental e etnometodológico, faz-se uma explanação acerca da quarta Revolução Industrial e dos impactos da tecnologia perante a classe trabalhadora, apresentando a necessidade de reinvenção do perfil do empregado, com o objetivo de que o referido colaborador não se torne sujeito obsoleto no mercado de trabalho pós-moderno. O artigo identifica as habilidades essenciais ao trabalhador contemporâneo, para que assim, haja efetividade ao direito social do trabalho na modernidade líquida.

Palavras-chave: Modernidade Líquida. Trabalho. Quarta Revolução Industrial. Tecnologia. Indústria 4.0.

Abstract

This paper addresses the concept of liquid modernity advocated by polish sociologist Zygmunt Bauman and the influence of the theme in relation to the world of contemporary work. Using the bibliographic, documentary and ethnomethodological procedures, an explanation is made about the fourth Industrial Revolution and the impacts of technology on the working class, demonstrating the need to reinvent the employee's profile so that the employee does not become an obsolete subject in the post-modern labor market. The article identifies the essential skills to the contemporary worker, so that there is effectiveness to the social right to work in net modernity.

Keywords: Liquid Modernity. Work. Fourth Industrial Revolution. Technology. Industry 4.0.

Introdução

Diariamente depara-se com novas tecnologias invadindo a sociedade contemporânea. Cada dia tem-se um novo aplicativo, uma nova plataforma, um equipamento mais avançado. Não mais se consegue viver *offline*. Com isso, as

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



relações sociais estão cada vez mais conectadas por meio da rede. Da mesma forma, as relações trabalhistas vêm sofrendo significativas evoluções devido ao novo comportamento social.

Em 2001, o sociólogo Zygmunt Bauman já tratava da liquidez nas relações humanas e das mudanças ocasionadas por essa liquidez no que diz respeito ao trabalho e a educação.

Apesar das revoluções industriais e sociais terem gerado alterações para o mundo do trabalho, o trabalhador nem sempre esteve preparado para enfrentar as repentinas evoluções impostas pela sociedade.

Portanto, justifica-se a elaboração do presente artigo pela necessidade de reinvenção do perfil do novo trabalhador de acordo com as novas tendências socialmente impostas. Razão esta que se utilizará dos procedimentos bibliográfico, documental e etnometodológico para sua elaboração. Diante disso, o artigo tem o objetivo de elencar soluções de capacitação para que esteja o trabalhador habilitado e efetivamente incluído no mercado de trabalho contemporâneo.

1.A Modernidade Líquida

1.1 Definição

Antes se abordar a definição de modernidade líquida, é necessário que se entenda o que é a modernidade sólida. A modernidade sólida surgiu em meados do século XVIII com a Revolução Industrial, e tinha como principal característica a solidez. As sociedades viviam de forma ordenada, previsível e relativamente estável, tendo a burocracia como característica primordial para o alcance de metas.

Com a descentralização do poder estatal, a criação de multinacionais, o advento da *internet* e o fluxo migratório, foram identificadas certas mudanças na sociedade. Iniciando daí a transição entre modernidade sólida e líquida.

Com as mudanças acima citadas, a modernidade líquida surgiu de modo a destruir a estabilidade e ordenação antes tida na modernidade sólida. Essa



destruição afetou diretamente o mundo do trabalho, a educação e o bem-estar social.

A modernidade líquida trouxe certa fragilidade dos laços humanos, e consequentemente flexibilização trabalhista e educacional à sociedade. A ideia geral é de que o *líquido* facilmente se *adéqua* ao espaço a qual pertence, diferentemente do sólido que para se adequar necessita de severas transformações para adaptação a novos ambientes.

Com isso, pode se definir modernidade líquida como o período em que vivemos na atualidade, repleto de incertezas, volatilidades e mudanças repentinas tanto nas leis, quanto no próprio comportamento social.

1.2 O Trabalho na modernidade líquida

Há cerca de duas décadas, Bauman estudava a questão trabalhista na modernidade líquida e alertava sobre os impactos da fluidez para o mundo do trabalho. Tanto que alegou que “o trabalho foi libertado do Panóptico, mas, o que é mais importante, o capital se livrou do peso e dos custos exorbitantes de mantê-lo” (BAUMAN, 2001, p. 141).

O panóptico, por sua vez, pode ser conceituado como um sistema de construção que permite, de determinado ponto, avistar todo o interior do edifício. Dessa forma, o sociólogo trouxe a figura da referida estrutura como um local em que as pessoas estão sendo sempre vigiadas, comparando com a estrutura empresarial da modernidade sólida.

Entende-se que os apontamentos de Bauman já previam a alteração da legislação trabalhista atual. Um dos exemplos de libertação do panóptico na modernidade líquida, citada por ele, pode ser considerado o instituto do teletrabalho, insculpido no artigo 75-B da CLT, já que não mais se exige que o trabalho seja desempenhado nas dependências do empregador, conforme a seguir

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



se vê: "art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo."

Quanto ao livramento dos custos exorbitantes com capital, Bauman se referiu tanto a economia com o capital humano, quanto com o capital estrutural presente no panóptico, e entendeu que "a arte da administração na era do capitalismo leve consiste em manter afastada a "mão-de-obra humana" ou, melhor ainda, forçá-la a sair" (BAUMAN, 2001, p. 141). Não diferente, portanto, do que hoje se vê nas estruturas empresariais mundo afora, tornando o trabalho mais fluido, gerando volatilidade e principalmente economia com a redução de empregados e supressão das estruturas empresariais físicas.

O grande problema da descorpificação do trabalho é a insegurança que afeta o trabalhador na era digital. Bauman assegura que não há mais garantias de segurança laboral, como havia na modernidade sólida. E isso se dá justamente por não mais pertencermos a uma sociedade estável. O sociólogo observa também que não há tantas habilidades que possam garantir a estabilidade laboral na modernidade líquida, como abaixo se vê:

No mundo do desemprego estrutural ninguém pode se sentir verdadeiramente seguro. Empregos seguros em empresas seguras parecem parte da nostalgia dos avós; nem há muitas habilidades e experiências que, uma vez adquiridas, garantam que o emprego será oferecido e, uma vez oferecido, será durável (BAUMAN, 2001, p. 185).

Bauman acredita que nem experiências específicas possam assegurar que o homem moderno tenha um lugar no mercado de trabalho.

Porém, acredita-se que mesmo com poucas opções, o cidadão contemporâneo pode sim, possuir um diferencial caso se reinvente perante as novas formas de trabalho.



2. A Quarta Revolução Industrial

2.1 Revolução Industrial na modernidade sólida

É inegável a relevância do estudo das revoluções industriais na modernidade sólida para que se entenda cronologicamente como chegamos à revolução tecnológica. Por essa razão, se pode dizer que “a primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor” (SCHWAB, 2019, p. 21), impulsionando a produção mecânica.

Já a segunda Revolução Industrial se deu entre os séculos XIX e XX “pelo advento da eletricidade e da linha de montagem” (SCHWAB, 2019, p. 21), fato que possibilitou a produção em massa. Por fim, a terceira revolução industrial iniciada na década de 1960 foi alcunhada de revolução do computador, “pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em mainframe (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990)” (SCHWAB, 2019, p. 21).

Após isso, a tecnologia devastou as relações laborais, iniciando daí a quarta revolução industrial.

2.2 Revolução Industrial na modernidade líquida

“Também conhecida como quarta revolução industrial, a indústria 4.0 resulta do uso integrado de tecnologias avançadas da automação, controle e tecnologia da inovação em processos de manufatura” (SAKKIS, 2017). Acerca do tema, tanto Bauman quanto Schwab possuem entendimentos semelhantes. Ambos apontam que a revolução tecnológica da modernidade líquida muda de maneira fundamental a forma de se relacionar, seja no trabalho, em casa ou na sociedade.



No entanto, apesar de Bauman defender a ideia de que poucas seriam as alternativas de adaptação do homem moderno ao trabalho contemporâneo por conta da tecnologia, Schwab alega que “o que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos” (SCHWAB, 2019, p. 21).

Em relação à diminuição do número de funcionários na realidade trabalhista atual, pode se considerar que “hoje, é possível criar uma unidade de riqueza com muito menos trabalhadores, em comparação há 10 ou 15 anos, porque os custos marginais das empresas digitais tendem a zero” (SCHWAB, 2019, p. 24). Porém, apesar das dificuldades encontradas nessa nova forma de trabalho, é necessário que o fator biológico seja adaptado para interagir com os fatores físicos e digitais, para que assim, exista maior possibilidade de efetivação do direito ao trabalho para o homem pós-moderno.

3. As habilidades do profissional 4.0

3.1. Desafios do trabalho na modernidade líquida

“Apesar do potencial impacto positivo da tecnologia no crescimento econômico, é essencial, contudo, abordar o seu possível impacto negativo, pelo menos a curto prazo, no mercado de trabalho” (SCHWAB, 2019, p. 53), por isso, entende-se incontestável que o trabalhador moderno necessite de determinadas competências para se adequar a evolução laboral.

Bauman se utiliza muito do termo “reinvenção”, logo, é necessário que para alcançar de forma efetiva o mercado de trabalho moderno, o obreiro precise se reinventar frente aos desafios a ele impostos.

Klaus Schwab, ao citar Michael Osborne, observa que um motivo relevante que possibilita a modernização, “é o fato de as empresas estarem trabalhando de

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



forma árdua para melhor definir e simplificar os empregos nos últimos anos como parte de seus esforços para terceirizar, criar off-shores e permitir o “trabalho digital” (SCHWAB, 2019, p. 59), fato que corrobora a necessidade de habilidades especiais para ocupação de função específica.

E reforça, ainda, “que os líderes precisam preparar a força de trabalho e desenvolver modelos de formação acadêmica para trabalhar com (e em colaboração) máquinas cada vez mais capazes, conectadas e inteligentes” (SCHWAB, 2019, p. 59). “Diferentes categorias de trabalho, particularmente aquelas que envolvem o trabalho mecânico repetitivo e o trabalho manual de precisão, já estão sendo automatizadas” (SCHWAB, 2019, p. 56), por essa razão, muitas categorias de trabalho vêm perdendo seu espaço no mercado moderno. Em pesquisa realizada por Carl Benedikt Frey e Michael Osborne da Universidade de Oxford, e citada por Schwab na obra A Quarta Revolução Industrial, pode-se encontrar uma lista de profissões mais e menos propensas à automação, conforme abaixo se vê:

Tabela 2
Exemplos de profissões mais e menos propensas à automação

Mais propensas	
Probabilidade	Profissão
0,99	Operadores de telemarketing
0,99	Responsável por cálculos fiscais
0,98	Avaliadores de seguros, danos automobilísticos
0,98	Árbitros, juizes e outros profissionais desportivos
0,98	Secretários jurídicos
0,97	Hosts e hostesses de restaurantes, lounges e cafês
0,97	Corretores de imóveis
0,97	Mão de obra agrícola
0,96	Secretários e assistentes administrativos, exceto os jurídicos, médicos e executivo
0,94	Entregadores e mensageiros

Menos propensas	
Probabilidade	Profissão
0,0031	Assistentes sociais de abuso de substâncias e saúde mental
0,0040	Coreógrafos
0,0042	Médicos e cirurgiões
0,0043	Psicólogos
0,0055	Gerentes de recursos humanos
0,0065	Analistas de sistemas de computador
0,0077	Antropólogos e arqueólogos
0,0100	Engenheiros marinhos e arquitetos navais
0,0130	Gerentes de vendas
0,0150	Diretores

Fonte: Carl Benedikt Frey e Michael Osborne, Universidade de Oxford, 2013.

Tal informação é relevante quando se considera a hipótese de inovar e reinventar o trabalhador moderno, principalmente se esse trabalhador pertencer ao quadro de profissões com maior propensão à automação.

Portanto, é necessário que o desafio da adaptação seja enfrentado pelo profissional que pretende manter-se no mercado, visto que a perda dos postos de trabalhos é, sem dúvida, o maior problema ser enfrentado na modernidade líquida.



3.2 As habilidades

Acerca das habilidades, não se pode olvidar que o trabalhador contemporâneo necessita de qualificação técnica para analisar dados, preparação para lidar com o mundo virtual e grande capacidade de adaptação, característica essa, marcante do conceito de modernidade líquida trazida por Bauman.

Além disso, para não se tornar obsoleto, é essencial, ainda, que o profissional 4.0 possua inteligência emocional, flexibilidade cognitiva, pensamento crítico, coordenação, criatividade e facilidade na resolução de problemas complexos.

Dessa forma, unindo as capacidades técnica e mental em prol da inovação do mundo do trabalho e a adaptação a ambientes virtuais inerentes à modernidade líquida e à quarta revolução industrial, certamente o trabalhador do presente e do futuro estará apto a ser inserido no novo mercado de trabalho, garantindo assim, que a efetividade do direito ao trabalho seja mantida.

Considerações finais

Diante do exposto, o presente artigo abordou a questão da liquidez nas relações humanas, a definição de modernidade líquida e a influência da volatilidade no mundo do trabalho, trazida pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman.

Verificou-se, ainda, a influência do capitalismo, da internet, da industrialização e da descentralização do poder estatal na evolução mundial e os grandes impactos sociais que esses fatores trouxeram para o desenvolvimento das relações laborais.

No mesmo sentido, tratou-se da quarta revolução industrial e os desafios a serem enfrentados pelo trabalhador do século XXI.



Apresentou-se lista de profissões passíveis de automação e explanação da necessidade de capacitação profissional ao sujeito pertencente à era da modernidade líquida.

Por fim, o presente artigo exemplificou habilidades técnicas e biológicas que auxiliarão o profissional contemporâneo a se adequar aos desafios impostos pela quarta revolução industrial.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 30.06.2019.
- _____. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30.06.2019.
- GERHARD, Tatiana Engel Gerhardt. SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**; coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2019.
- LIRA, Sílvia Fidalgo – **A0 relação de trabalho na era das máquinas**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-levy-salomao/coluna-do-levy-salomao-a-relacao-de-trabalho-na-era-das-maquinas-26112015>. Acesso em 30 de junho de 2019.
- SAKKIS, Ariadne - **Indústria 4.0 saltará de 1,6% para 21,8% das empresas em uma década, diz pesquisa da CNI**. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/industria-2027/noticias/industria-40-saltara-de-16-para-218-das-empresas-em-uma-decada-diz-pesquisa-da-cni>. Acesso em 01 de julho de 2019.
- SCHWAB, Klaus - **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2019.



A RETALIAÇÃO AO EMPREGADO POR LITIGÂNCIA TRABALHISTA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO

RETALATION AGAINST EMPLOYEES FOR LABOR LITIGANCE DURING THE TERM OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

Welder Rodrigues Lima

Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB. Especialista em Direito Processual pela Faculdade AVM. Especialista em Gestão Orçamentária e Financeira do Setor Público pelo Centro Universitário UDF. Bacharel em Ciências Econômicas pelo Centro Universitário UDF. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/DF. Advogado.

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP); mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); foi professor substituto da Universidade de Brasília (UnB); advogado da União; professor da Escola Superior da AGU; professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). ORCID: 0000-0001-7706-1117

Resumo

Trata-se o presente de um estudo acerca dos aspectos jurídicos que circundam as práticas retaliativas aos empregados que ajuízam ação trabalhista contra a empresa, ainda na vigência do contrato de trabalho. São apresentados dados obtidos por meio de aplicação de questionário junto a empregados do setor privado e celetistas do setor público, empregados de empresas estatais, com o intuito de se verificar a percepção do senso comum de que a Justiça do trabalho é a “justiça dos desempregados”. São realizados estudos de casos específicos, enfrentados pela Justiça do Trabalho e que ratificam o entendimento de que despedidas e quaisquer práticas retaliativas constituem-se práticas ilícitas, pois ferem o direito fundamental do livre acesso à justiça, constitui-se conduta discriminatória, contraria o princípio da garantia de indenidade e caracteriza abuso do direito de livre iniciativa. Questões culturais implicam uma interpretação deturpada por parte de gestores e empregadores sobre o ato de o empregado demandar em juízo contra a empresa, avaliando como um ato de traição o que na verdade é um direito do empregado. Conclui-se que a melhor solução seria uma mudança cultural na percepção de empregado e empregador a ensejar uma interpretação sob o aspecto social do trabalho e da livre iniciativa. Outras alternativas também são apontadas, tais como a substituição processual e a consolidação e efetivação da legislação que sustenta a garantia da indenidade, neste tocante é apresentado proposta de Projeto de Lei com vistas a criminalizar a conduta de se despedir o empregado que demande o empregador judicialmente, alterando, para tanto, a Lei .9029/95, além de vedar a despedida sem justa causa, modificando redação do caput da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).



Palavras-chave: livre iniciativa, garantia de indenidade, retaliação, despedida.

Abstract

The present study addresses legal aspects involved in retaliatory practices against employees who file a labor suit against a company during the term of the employment contract. We present data gathered by applying a questionnaire to public sector employees and private sector employees from state companies, in order to verify the widespread perception that labor justice is the "justice of the unemployed". Specific case studies were carried out in Labor Courts, ratifying the understanding that dismissals and retaliatory practices constitute illegal practices, as they violate the basic right of free access to justice, constitute discriminatory conduct, deny the anti-retaliation principle and violate the free initiative rights. Cultural issues result in misinterpretation by managers and employers of the act of suing the company, which is seen as an act of treason, when in fact it is the employee's right. It is concluded that the best solution would be a cultural change in the perception of both employees and employers to give rise to an interpretation aligned with the social aspect of work and free enterprise. Other alternatives were also indicated, such as procedural substitution and consolidation and enforcement of legislation supporting anti-retaliation rights. Regarding the latter, a proposal for a bill intended to criminalize the conduct of dismissing employees who file labor lawsuits against the employer is presented, thus changing Law No 9029/95, in addition to prohibiting termination without cause, by altering the heading of the Consolidation of Labor Law (CLT).

Keywords: free initiative, anti-retaliation rights, retaliation, dismissal.

Introdução

De acordo com o senso comum a Justiça do Trabalho é conhecida como a justiça dos desempregados, uma vez que é notório que apenas após o término da relação empregatícia é que o ex-empregado sente-se "à vontade" para demandar o ex-empregador judicialmente.

Dito de outro modo, durante a vigência do contrato de trabalho, o empregado teme estar incorrendo em um ato de quebra de confiança, deixando assim de ser digno do emprego que ocupa.

O ora relatado, aparentemente, faz parte da cultura arraigada em nossa sociedade.

Nessa esteira, o presente trabalho propõe-se a analisar dados concretos que permitam concluir, ou não, que o senso comum encontra respaldo fático e quais as possíveis causas e soluções para que o empregado possa impetrar uma ação trabalhista contra seu



atual padrão, quando diante de justificativas para tal, sem que incorra no risco de ser retaliado pelo gesto de buscar a efetividade de seus direitos.

Nesse tocante, o empregado enfrenta dificuldade de efetivação de direitos trabalhistas, pois estando ele empregado teme buscar a justiça contra seu empregador, evitando assim ser retaliado.

Conforme preceitos entabulados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), especialmente pelo contido no artigo 2º, não restam dúvidas de que o empregador detém o poder diretivo do empreendimento, estando o empregado subordinado aos poderes do empregador.

Tal poder confere ao empregador a prerrogativa de dispensar o subordinado, devendo apenas indenizá-lo na hipótese de despedida sem justa causa.

Apesar de a legislação trabalhista conferir esse poder ao empregador, também impõe limites à sua utilização, devendo cuidar para que não pratique ato que possa ser enquadrado como abuso de direito, discriminação ou assédio moral.

Ocorre que se tem observado casos em que o trabalhador após ajuizar ação trabalhista contra a empresa, ainda na vigência do contrato de trabalho, sofre retaliações, em alguns casos sendo dispensado pelo fato de ter ajuizado o processo.

Em que pese ser notório o fato de que a grande maioria dos empregados aguardarem o desligamento da empresa para então ajuizarem ação contra o ex-empregador, há casos em que ainda durante a vigência do contrato de trabalho o empregado busca assegurar direito seu junto à justiça, de modo que não são raros os casos em que são retaliados por esse fato.

Nos casos em que resta configurada a retaliação por parte do empregador, a justiça tem reconhecido a ilegalidade do ato e a configuração de dano moral.

Cuida-se do direito de indenidade, compreendido como o direito de o empregado demandar em juízo contra o empregador sem ser retaliado e provém de interpretação legal, convenções internacionais e princípios.

Observa-se que as práticas de retaliação apresentam-se também de modo velado, especialmente nas empresas públicas, valendo-se os dirigentes de métodos que visam dificultar a configuração de retaliações, sendo menos comum as demissões, isso porque



não resta pacífico a possibilidade de demissão do empregado público sem que para isso esteja presente um justo motivo.

A Lei 9.029/1995 veda a adoção de quaisquer práticas discriminatórias nas relações de trabalho, que limite o acesso à relação de trabalho ou à manutenção desta.

Nesse sentido, interromper a relação de trabalho ou direcionar tratamento diferenciado ao empregado que ajuíze ação trabalhista contra o empregador constitui-se prática discriminatória.

A Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), traz em seu artigo 5º que não se constitui motivo para o término da relação de trabalho o fato de que o empregado apresente queixa ou adote qualquer procedimento insurgente contra violações legais.

Nesse passo, o seguinte problema foi perseguido neste trabalho: em que medida as dispensas logo após ajuizada reclamatória trabalhista, perseguições (boicotes/assédio moral) dos gestores das empresas contra os empregados atentam contra a efetivação de direitos trabalhistas e o acesso à justiça?

Para tanto, partiu-se das seguintes indagações: a) há retaliação do empregador contra o empregado quando há demanda em juízo ainda na vigência do contrato de trabalho? b) o temor de retaliações é obstáculo para que empregados busquem o cumprimento de seus direitos pela via judicial? c) o senso comum considera atitude desleal o ajuizamento de ação trabalhista contra o atual empregador?

Registre-se que a pesquisa não empregou métodos estatísticos capazes de aferir a margem de erro e nem atingiu um universo pequeno de empregados, de modo que os resultados das análises aqui apresentadas se limitam ao observado na amostra empregada.

Contudo, os resultados da pesquisa podem ser um indicativo do comportamento da população total de empregados dos setores privado e público.

Importante ainda ressaltar que o termo “setor público” mencionado ao longo de todo este trabalho, refere-se exclusivamente aos empregados públicos celetistas, ou seja, aqueles empregados concursados das empresas públicas e sociedades de economia mista contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ao final, apresentam-se as conclusões obtidas com na pesquisa amostral.



DESCRIÇÃO E RESULTADOS DA PESQUISA

Entre os dias 14 de julho e 16 de outubro de 2019 foram aplicados questionários junto a empregados pelo regime celetista, dentre lotados na iniciativa privada e empregados públicos.

Ao todo foram inquiridas 90 pessoas.

As perguntas formuladas foram as seguintes:

- 1) Seu empregador é empresa privada ou estatal?
- 2) Já ajuizou ação trabalhista individual contra a atual empresa?
- 3) Se possui ação trabalhista contra a atual empresa, já sofreu alguma retaliação?
- 4) Se possui ação trabalhista individual contra o atual empregador, recebeu alguma promoção após o ajuizamento?
- 5) Caso não tenha ajuizado ação trabalhista individual contra o atual empregador, havendo motivos, ajuizaria?
- 6) em sua opinião, aquele que ajuíza ação trabalhista contra o atual empregador tem prejudicada a sua carreira na empresa?
- 7) Em sua opinião, qual o melhor momento para ajuizar uma ação trabalhista contra o empregador?
- 8) Em sua opinião, ajuizar uma ação trabalhista contra o atual empregador é um ato de deslealdade do empregado?

Os resultados da pesquisa foram os a seguir expendidos:

Resultados gerais

Pergunta 1: “Seu empregador é empresa privada ou estatal?”

33 (trinta e três) pessoas, 36% dos entrevistados, responderam ser empregados celetistas do setor privado e 58 (cinquenta e oito) pessoas, 64% dos



entrevistados, responderam ser empregados celetistas do setor público (empregados públicos);

Pergunta 2: “Já ajuizou ação trabalhista individual contra a atual empresa?”

14 (quatorze) pessoas entrevistadas, 15% delas, responderam afirmativamente e 77 (setenta e sete), 85%, responderam que negativamente.

Pergunta 3: “Se possui ação trabalhista contra a atual empresa, já sofreu alguma retaliação?”

08 (oito), 57%, responderam afirmativamente, 06 (seis), 43%, negativamente.

Pergunta 4: “Se possui ação trabalhista individual contra o atual empregador, recebeu alguma promoção após o ajuizamento?”

Nenhum dos entrevistados respondeu afirmativamente, ao passo que a totalidade daqueles que possuíam ação trabalhista, 19 (dezenove), 100% dos entrevistados, responderam negativamente.

Pergunta 5: “Caso não tenha ajuizado ação trabalhista individual contra o atual empregador, havendo motivos, ajuizaria?”

17 (dezessete), 20%, responderam que “sim, sem qualquer temor”; 28 (vinte e oito), 23%, responderam que “sim, mas teme ser retaliado”; 15 (quinze), 18%, responderam que “não, por temer retaliações”, 23 (vinte e três), 28%, responderam que “não, por outros motivos”.

Pergunta 6: “em sua opinião, aquele que ajuíza ação trabalhista contra o atual empregador tem prejudicada a sua carreira na empresa?”

82 (oitenta e dois), 88%, responderam que “sim” e 11 (onze), 12%, responderam que “não”.

Pergunta 7: “Em sua opinião, qual o melhor momento para ajuizar uma ação trabalhista contra o empregador?”



24 (vinte e quatro), 26%, das respostas foram: “No momento em que houver motivo, mesmo que na vigência do contrato de trabalho” e 67 (sessenta e sete), 74%, responderam que “Após o término da relação de emprego”.

Pergunta 8: “Em sua opinião, ajuizar uma ação trabalhista contra o atual empregador é um ato de deslealdade do empregado?”

16 (dezesesseis), 18% dos entrevistados responderam que “sim” e 75 (setenta e cinco), 82%, responderam “não”.

Verifica-se que dentre aqueles entrevistados que declaram possuir ação trabalhista contra o atual empregador, 14, a sua maioria é empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, 12, e apenas 02 são do setor privado vejamos:

Isso indica um menor temor dentre os empregados celetistas do setor público diante de retaliações, do que no grupo de empregados do setor privado. Ressalte-se, mais uma vez, que neste trabalho os empregados do setor público são apenas os celetistas, ou seja, aqueles contratados pelo regime da CLT lotados nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

O temor explicitado nas entrevistas explica-se pelo elevado número de retaliações declaradas nas entrevistas, tanto no setor público (empregados celetistas) quanto no privado, no grupo daqueles que responderam possuir ação trabalhista contra o atual empregador, vejamos:

Além disso, a totalidade daqueles que ajuizaram demanda trabalhista (empregados públicos e privados) contra o atual empregador declararam não mais ter recebido promoções.

Ressalte-se que tal conduta por parte do empregador (impedir a promoção funcional daqueles que demandem judicialmente contra empresa) também é reprimida pela jurisprudência do TST, vez que impedir o acesso à promoção funcional também caracteriza prática retaliativa.

Outro dado bastante semelhante é a percepção dos empregados de ambos os setores (empregados de empresas públicas e do setor privado) de que o momento mais adequado para se demandar judicialmente contra a empresa é após o término do contrato de trabalho, vejamos:



A percepção de deslealdade por parte daqueles que ajuízam ação contra o atual empregador também é semelhante entre os grupos de empregados públicos e privados, indicando um padrão cultural na sociedade nesse sentido.

As retaliações direcionadas aos empregados que demandam judicialmente contra empresas públicas e sociedades de economia mista, como o exemplo alhures da Caixa Econômica Federal visto no capítulo anterior (caso do empregado retaliado com destituição da função comissionada e proibição de realizar horas extras, logo após ter ajuizado reclamação trabalhista contra aquela instituição financeira), apresentam-se de modo diverso aos dos casos verificados no setor privado.

Considerações finais

Grande parte dos reclamantes junto à Justiça do Trabalho somente costuma fazê-lo após o encerramento do contrato de trabalho, pois temem que sua atitude lhe proporcione perseguições, retaliações em seu ambiente de trabalho.

A pesquisa empreendida neste trabalho demonstrou o que o senso comum percebe com certa obviedade, as respostas obtidas vieram a dar consistência à essa percepção.

As respostas a uma das perguntas do questionário empregado na elaboração deste trabalho confirma que de fato a grande maioria dos empregados aguarda o término da relação empregatícia para então reclamar eventuais direitos desrespeitados durante a execução do contrato de trabalho.

Em que pese a garantia de indenidade possibilitar ao empregado exercer o seu direito de ação sem que sofra represálias, não são raros os casos em que isso ocorre.

A legislação veda qualquer conduta retaliativa e discriminatória contra os empregados em geral, o que abrange as retaliações e punições pelo fato de o empregado pleitear judicialmente um direito.



Tal vedação fundamenta-se pelo direito ao acesso à justiça, direito consagrado constitucionalmente, bem como em convenções internacionais.

Ocorre que o combate a tais atos atentatórios ao direito de livre acesso à justiça encontra dificuldades quando os atos retaliativos são realizados de forma velada, especialmente nas empresas estatais onde as demissões devem ser acompanhadas de motivação.

As retaliações veladas se apresentam em forma de assédio moral e com a estagnação forçada da carreira do empregado, em face de critérios subjetivos de ascensão profissional, por exemplo.

As respostas aos questionários aplicados para a elaboração deste trabalho confirmam que o temor de retaliações é fator determinante para o não ajuizamento de uma ação trabalhista ainda durante a vigência do contrato de trabalho.

Confirma, ainda, que há retaliações no mínimo veladas, vez que nenhum dos respondentes que ajuizaram reclamação trabalhista receberam alguma promoção.

Observou-se, ainda, que quando o empregado tem maior percepção de segurança em relação a proteção contra a retaliação por demissão, casos dos empregados públicos, o exercício do direito de ação contra o empregador é mais significativo. Isso porque no caso dos empregados públicos vige o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) de que a dispensa do empregado público deve ser acompanhada de justo motivo.

Dentre as causas desse comportamento ilícito dos gestores e empregadores, está um fator cultural que é o de considerar o empregado litigante como um “traidor” da empresa.

A pesquisa também revelou um percentual elevado, dentre os entrevistados, em ambos os setores (privado e empregados públicos) que consideram o ajuizamento de uma ação contra o seu atual empregador um ato de traição.

O fato de grande parte dos entrevistados terem respondido que o melhor momento para o ajuizamento de uma ação trabalhista, é após o término da relação de emprego, associado ao fato de que nenhum dos entrevistados que possuem ação contra o atual empregador não ter mais sido promovido na empresa, parece tornar tal prática algo natural, tolerado na sociedade.



Já as possíveis soluções passam pela substituição processual, a permitir a identificação do empregado apenas por ocasião da liquidação da sentença, ou ainda pela efetivação da garantia de indenidade (o direito de o trabalhador demandar contra o empregado sem ser retaliado), presente na legislação brasileira de forma esparsa.

Nesse sentido, propõe-se a inclusão na Lei 9.029/95 a tipificação criminal da conduta de se retaliar o empregado que move ação judicial contra o empregador, bem como vedar, por meio de alteração do *caput* do artigo 482 da CLT a despedida sem justa causa.

Referências

ALONSO, D. Álvarez. **La garantía de indemnidad del trabajador frente a represálias empresariales**. Albacete: Bomarzo, 2005.

ALMEIDA, Eduardo Sérgio de. Garantia de indenidade do reclamante empregado, frente a represálias patronais, em face do Direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1463, 4 jul. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10095>>. Acesso em: 6 maio 2018.)

ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

BAAMONDE, M. E. Casas. Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (el derecho a la garantía de indemnidad em la jurisprudência constitucional). In: BAAMOND, M. E. Casas; LÓPEZ, Frederico Durán; villalón, Jesús Cruz (coords.). **Las transformaciones del derecho del trabajo em el marco de la constitución española**: estúdios em homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Madrid: La Ley, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

BRAVO-FERRER, M. Rodríguez-Piñero. Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represálias empresariales. In: **Derecho vivo del trabajo y constitución**: estúdios em homenagem al professor doctor Fernando Suárez González. Madrid: La Ley, 2004.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Garantia de indenidade no Brasil**: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represália patronal. São Paulo: Ltr, 2013

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.



O FIM DO *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Wilker Wagner Santos Carvalho,

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; especialização em Direito Administrativo e Constitucional pelo Instituto Mauá de Pesquisa e Educação; especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – Uniderp; graduação em Direito pela Faculdade Anhanguera de Brasília; advogado do Serviço Social do Comércio - Administração Regional do Distrito Federal - Sesc-AR/DF.

43

José Rossini Campos do Couto Corrêa

Doutorado em Teologia ThD, pela Faculdade de Teologia Antioquia Internacional (1998), em Theology, pela Antioch Christian University, em Sociologia, pela Universidade de Brasília (1987) e Doutorado e Pós-Doutorado em Direito Internacional, pela American World University (2002 e 2008). Livre Docente em Direito pela Emill Brunner World University (2015); mestrado em Ciência da Religião pelo Instituto de Ensino Superior Evangélico (1998); mestrado em Direito Canônico pela Faculdade Teológica Panamericana (1998); mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco (1982); bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE-1978) e bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP-1981); professor Titular do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB. É Membro Correspondente do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão-IHGM e da Academia Maranhense de Letras Jurídicas-AMLJ. Pertence à Associação Nacional de Escritores-ANE e é Membro Titular da Academia Brasileira de Letras-ABrL, Cadeira nº VII, da qual é Vice-Presidente. Membro Titular da Comissão Especial de Educação, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-CFOAB. Patrono da Cátedra Gonçalves Dias

RESUMO

A Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, manteve a vertente administrativa, bem como a simplicidade, a praticidade e a informalidade da justiça do trabalho preexistente. Consideradas as peculiaridades do processo trabalhista e por muitas vezes a falta de experiência judicante do operador do direito, bem como a debilidade dos sindicatos e advogados à assistência jurídica aos reclamantes, foi apropriada, necessária, útil e adequada o direito às partes de se autorrepresentarem até o final de seus processos. No seu processo evolutivo, a Justiça do Trabalho, como uma máquina jurisdicional, acompanhou as mudanças das condições sociais, econômicas, políticas e culturais do país, ao passo que teve que expandir de forma significativa tornando-se a justiça do trabalho mais técnica, complexa, formal, solene, com Tribunais a toda vista, não tendo o reclamante outra opção a não ser contratar um profissional qualificado para representá-lo. O objetivo, *a priori*, era mostrar na prática que a aplicação do *Jus Postulandi* para empregado dispensado do trabalho requeresse seus direitos pleiteando em juízo em causa própria, bem como apresentando toda a fundamentação refletida no período que laborou em determinada empresa, o que em tempo, não é uma realidade a ser contada.



Palavras-chave: *Jus Postulandi*. Justiça do Trabalho. Assistência Judiciária Gratuita. Constituição Federal. Estatuto da Advocacia e da OAB.

Resumen

La Consolidación de las leyes laborales, emitida en 1943, mantuvo el aspecto administrativo, así como la simplicidad, practicidad e informalidad de la justicia laboral preexistente. Teniendo en cuenta las peculiaridades del proceso laboral y, a menudo, la falta de experiencia judicial del operador adecuado, así como la debilidad de los sindicatos y los abogados en la prestación de asistencia jurídica a los demandantes, el derecho de las partes a representarse a sí mismos era apropiado, necesario, útil y adecuado, hasta el final de sus procesos. En su proceso evolutivo, la Justicia Laboral, como máquina jurisdiccional, siguió los cambios en las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales del país, mientras que tuvo que expandirse significativamente, haciendo que la justicia laboral sea más técnica, compleja, formal, solemne, con los tribunales a la vista, el demandante no tiene otra opción que contratar a un profesional calificado para que lo represente. El objetivo, a priori, era mostrar en la práctica que la solicitud de *Jus Postulandi* para un empleado despedido del trabajo requería sus derechos al declararse en la corte en su propio caso, así como presentar todas las razones reflejadas en el período en que trabajó en una determinada empresa, que a su debido tiempo, no es una realidad para ser contada.

Palabras clave: *Jus Postulandi*. Justicia laboral. Ayuda legal gratuita. Constitución Federal. Estatuto de Abogacía y OAB.

Introdução

A constitucionalização do *Jus Postulandi*² na justiça do trabalho tem por escopo mostrar de forma geral as questões sobre a prestação jurídica trabalhista, a quem deve prestá-la e porque deve prestá-la. Além disso, também objetiva mostrar o controverso por atingir diretamente as garantias constitucionais fundamentais de quem faz uso da justiça do trabalho, bem como afetar a classe trabalhista dos advogados³.

Considerando o disposto na Constituição Federal, esse estudo visa defender os interesses do advogado em relação ao *Jus Postulandi* na justiça do trabalho, uma vez que é privativo da atividade da advocacia o direito de postular em qualquer órgão do judiciário, sendo dele o direito de defender a ação e prestá-la com

² *Jus postulandi* é o direito que tem o cidadão de dirigir-se ao juiz, sem que sua queixa tenha um advogado como intermediário.

³ Cfr. BOMFIM, Benedito Calheiros. Revogação do *jus postulandi* na justiça do trabalho. Direito & Justiça. Correio Braziliense. Brasília/DF.2009.



dignidade e interesse de assegurar um direito de terceiro, independente se quem faz uso é o empregado ou empregador (art. 133, da CF)⁴.

O Estatuto da Advocacia e da OAB em seu art. 2º, aduz que o advogado é indispensável para à administração da justiça, visando assegurar os interesses das partes onde uma figura qualificada defenderá em juízo direitos e deveres da forma como prevê nossa legislação, ao passo que o empregado ou empregador serão beneficiados e protegidos no nosso ordenamento jurídico com uma defesa técnica e especializada.⁵

Acontece que, em muitas ocasiões na Justiça do Trabalho o empregado fica perdido no que diz respeito aos seus direitos e deveres, sendo que, por falta de conhecimento do direito, em uma audiência, por exemplo, acaba aceitando qualquer acordo independentemente se justo ou não, seja na cobrança de uma verba rescisória de direito seu (no caso do empregado), ou ainda, acaba pagando além daquilo que é devido, obtendo assim, o prejuízo (no caso do empregador).

Abordaremos, portanto, de forma geral, um breve pronunciamento histórico sobre o surgimento do Direito do Trabalho e do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho brasileira, passando por sua discussão na Constituição, na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e demais normas estabelecidas. Além de entendermos se a norma é benéfica a quem dela faz uso e finalmente vislumbrar as possibilidades ou opções que poderiam contribuir para a Justiça do Trabalho cumprir sua finalidade de tratar os desiguais de forma desigual, fazendo da justiça, justiça e de uma forma mais simples.

2. A justiça do trabalho

Antes de adentrarmos o estudo sobre o *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho, é conveniente situarmos historicamente na Justiça do Trabalho. Antigamente, o trabalho era realizado como espécie de trabalho escravo, podemos considerar duas

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. Publicada no [D.O.U. 191-A de 05/10/1988, P.1.](#)

⁵ Ver Provimento n. 97/2002 e art. 133 da Constituição Federal da República de 1988.



espécies de trabalhadores: o homem livre considerado escravo e os da sociedade que dirigiam as coisas da cidades, a estes não era dado ao trabalho, pois, cuidavam apenas dos negócios envolvidos mediante a palavras (contrato verbal).⁶ Assim, todo trabalho pesado, braçal, era feito tão somente pelos escravos que ainda assim eram recriminados por sua aparência.

Na medida em que o tempo foi passando o trabalho foi evoluindo, em Roma, por exemplo, por volta de 284 a.C., gerou uma mudança na forma de contratação da mão-de-obra, com as pessoas alugando suas energias ou resultados de trabalho em troca de pagamento. Em outro momento, surgem as chamadas corporações de ofício que atuavam de forma onde o mestre era quem determinava a técnica de determinado trabalho. Existia ainda o companheiro, que já possuía determinado conhecimento na área e recebia salário do mestre, porém, para se tornar um mestre, teria que fazer uma prova e ser aprovado, comprovando sua habilidade como mestre (REIS, 2010).

Na Revolução Francesa, no ano de 1791, ocorreu o fim das corporações de ofício, desde então, com Revolução industrial, o trabalho passou por uma grande mudança onde foi transformado em emprego, fazendo com que os trabalhadores recebessem salários em troca de seus serviços. (REIS, 2010).

Com a chegada a Revolução Industrial, o homem começou a ser substituído por máquinas passando o trabalhador a ter que aprender a manuseia os equipamentos para se manter no mercado de trabalho. A partir de então os empregadores começaram a explorar os empregados e passaram a contratar mulheres e menores com salários baixos e por um tempo maior. Com tamanha desigualdade, o Estado teve que intervir na relação de trabalho para garantir aos trabalhadores condições e melhorias na relação de emprego e na relação entre

⁶ Cfr. REIS, Luiz Fernando Araújo. Advogado. Artigo científico, publicado no Juris Way no dia 06/07/2010. Pouso Alegre – MG.



patrão e empregado, visando para tanto, o bem-estar social e condições mais benéficas (REIS, 2010).

No Brasil teve uma grande evolução na justiça do trabalho, haviam leis ordinárias que tratavam do trabalho, tais como as da organização dos sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), profissões e trabalhos das mulheres (1932), salário mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939), etc. Em 1943, com o decreto-lei nº 5.452, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que reuniu as leis esparsas existentes na época, não sendo um código. Nas Constituições de 1946 e 1967 ocorreram importantes inovações nas proteções trabalhistas tais como a participação dos trabalhadores nos lucros, o repouso semanal remunerado, o direito de greve, entre outros, porém, importante vitória para o Direito do Trabalho ocorreu com a Constituição de 1988 que do seu artigo 7 a 11 trata os direitos trabalhistas como Direitos sociais e Garantias Fundamentais.

No que se refere à Constituição de 1988, houve um avanço significativo em relação a Justiça do Trabalho do ponto de vista da criação de normas e condições mais favoráveis, neste sentido afirma o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado:

Do ponto de vista da criação de condições favoráveis à mais ampla participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas a comporem o universo normativo do país, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigente, parece claro que a nova Carta teve flagrante intenção de colocar a sociedade brasileira nesse caminho. Já em seu Preâmbulo, a Constituição fala em exercício de direitos sociais e individuais, faz menção a uma sociedade pluralista e defende a solução pacífica de conflitos. Nos Princípios fundamentais, refere-se a valores sociais livre, justa e solidária, reiterando a noção de solução pacífica de conflitos (DELGADO, 2010, p.115).

Com isso, a Justiça do Trabalho vem cada vez mais assegurar o cidadão com lei mais benéfica, a fim de priorizar o trabalho digno, honesto e justo.



3. Assistência judiciária gratuita

Podemos dizer que a forma do Estado em se prestar assistência judiciária gratuita está diretamente ligada ao acesso de cada pessoa no ingresso à justiça, sendo assim, aquele cidadão desprovido de recursos financeiros poderá movimentar uma lide e solucionar o problema.

Existem despesas no processo trabalhista que nem todos os trabalhadores possuem condições para arcar, acontece que, por força de lei, determinados trabalhadores, de acordo com sua condição financeira, são isentos do pagamento das custas processuais, isso se os mesmos receberem até 2 salários mínimos mensal, deste modo, os trabalhadores terem sua isenção de despesas e a gratuidade, no decorrer do processo (NASCIMENTO, 2011, p.225).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça – STJ⁷, “a concessão da assistência judiciária gratuita pode ocorrer a qualquer momento do processo, com efeitos não retroativos.” A Quarta Turma do STJ, com esse entendimento, cassou decisão da Justiça do Mato Grosso do Sul no que diz respeito gratuidade negada após a sentença, no entanto, a Justiça do Mato Grosso do Sul se equivocou uma vez que a concessão pode ser apreciada a qualquer momento do processo.

A assistência judiciária é sem dúvidas um direito aqueles que dela necessitam, na Constituição Federal 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” relata que: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Ainda no artigo 5º, inciso LXXIV diz que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

⁷ Superior Tribunal de Justiça – STJ - Recurso Especial n.º 904.289 - MS (2006/0257290-2).



Contudo, esse direito e garantia fundamental dar-se-á por meio da Defensoria Pública, órgão essencial para a função jurisdicional do Estado, realizando a orientação jurídica e a defesa, em graus diferentes visando a necessidade de cada um, nos termos do art. 134, caput, da Constituição Federal de 1988.

Acontece que a justiça gratuita está apenas relacionada à isenção do pagamento de despesas previstas na Lei 1060/50, uma vez que é obrigação do Estado prestá-la. Ocorre que, os benefícios da justiça gratuita também constam na Justiça do Trabalho no art. 790 da CLT, que dispõe: “nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.” No mesmo artigo, o § 3º deixa claro, *in verbis*.⁸

É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (BRASIL, art. 790, §3º CLT).

Segundo o artigo mencionado (art. 790 CLT), o empecilho ao acesso à justiça gratuita não está somente vinculado ao pagamento das custas processuais, mas também, na necessidade da parte ter em sua defesa um defensor, que na impossibilidade de pagá-lo, o Estado deverá fornecer tal proteção através das Defensorias Públicas. Acontece que na Justiça do Trabalho, em especial, o trabalhador não tem acesso e nem pode contar com o órgão especializado para tanto, sendo assim, a fim de facilitar o acesso, a lei instituiu o *Jus Postulandi* para garantir ao cidadão a autuação na Justiça do Trabalho sem custo algum, com isso, cabe lembrar que tal sujeito deverá lutar por seus direitos e como se não bastasse usar de forma técnica para sua autuação.

⁸ Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.



4. O Estatuto da OAB

Antigamente a OAB buscava formatar a indispensabilidade do advogado nas ações judiciais, no que se referia ao seu estatuto anterior de 1963, art. 68, que dizia que “no seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça”.

Entretanto, apenas atingiu a nomenclatura de indispensável com a publicação da Lei n. 8.906 de 04 de Julho de 1994⁹, o atual Estatuto da OAB, deixando claro em seu artigo primeiro.

art. 1 – São atividades privativas da advocacia:

I- a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais.

II- as atividades de consultoria, assessoria e direções jurídicas.

Adiante, no mesmo artigo, em seu §2º diz que “os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados”. Com isso, toda atividade apresentada por pessoa jurídica tem que necessariamente ser postulada por advogado, sendo este o único detentor para essa obrigação.

O Estatuto da Lei de n. 8.906 procurou afastar a não autuação da participação do advogado para postular diante de determinado órgão do Poder Judiciário, constando nas decisões dos tribunais, após o advento da Constituição Federal de 1988. O Advogado poderá postular a qualquer órgão do Poder Judiciário segundo o art. 92 da Constituição, com redação da EC. nº 45/2004 (LÔBO, 2011, p.28).

A saber, art. 92 da CF/1988:

I- o Supremo Tribunal Federal;

⁹ Lei n. 8.906/1994 (Lei Ordinária). Dispões sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Art. 1º.



- I.A- o Conselho Nacional de Justiça;
- II- o Superior Tribunal de Justiça;
- III- os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV- os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V- os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI- os Tribunais e Juízes Militares;
- VII- os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Neste sentido não pode haver qualquer exceção, no que consiste o art. 133 da Constituição, salvo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que como se sabe não é órgão jurisdicional. A norma do art. 1º do Estatuto explicita e regulamenta o art. 133 da CF, que admite de forma direta a postulação das partes em certos órgãos do judiciário (LÔBO, 2011, p. 28/29).

5. A indispensabilidade do advogado e Súmula 425 do TST

O princípio da indisponibilidade não foi redigido na Constituição como favor compreendido ao advogado ou para reserva de mercado profissional. No ordenamento brasileiro, são três os figurantes indispensáveis à justiça: o advogado, o juiz e o promotor, sendo que, o primeiro postula, o segundo julga e o terceiro fiscaliza a aplicação da lei. Neste sentido, cada uma desempenha seu papel de acordo com sua prerrogativa, não havendo entre si qualquer tipo de hierarquia. Segundo Lôbo, pode-se dizer que metaforicamente, que o juiz simboliza o Estado, o promotor a lei e o advogado o povo, todos os demais são auxiliares ou coadjuvantes (LÔBO, 2011, p.40).

Para Bemfica (1983, p. 80): "O advogado é um profissional importante. Sem ele, diga-se que não há justiça; sem justiça, diga-se que não há direito; sem direito, diga-se que não há Estado". No Art. 133 da CF, "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos a manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Neste sentido, o advogado apenas conseguiu seu



pleno reconhecimento e da importância que tem sua postulação na justiça com a Constituição de 1988, em que relata seu art. 133 de sua tão esperada indispensabilidade. Ocorre que com essa afirmação e garantia da indisponibilidade, também expressa no Estatuto da OAB, trouxe uma grande discussão no que se refere a Justiça do Trabalho, pois no art. 1º, foi diretamente contra o art. 791 da CLT, que por sua vez, garante aos empregados e empregadores o direito de postularem em juízo sem a presença de um procurador judicial, por meio do *jus postulandi*. (BEMFICA, 1983).

Descreve o Art. 791 da CLT: “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”, entretanto, esta discussão foi retratada pela jurisprudência que manteve o art. 791 da CLT garantindo o *Jus Postulandi*.

Cabe lembrar que, o *Jus Postulandi* é restrito, não podendo a parte impetrar recursos contra o TST, exemplo: recurso de revista, é também indispensável a postulação do advogado nos recursos extraordinários contra o STF e não alcançam as ações rescisórias e ações cautelares com base na súmula 425 do TST (FIGUEIREDO 2012, p. 491).

Vejamos súmula 425 do TST:

O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Dessa forma, no tocante a limitação da súmula em epígrafe, fica a parte obrigada a apresentar-se em juízo junto a um advogado, o qual irá representá-la, postulando a cerca de um procedimento cabível referente às exceções, sendo o advogado indispensável à administração na Justiça do Trabalho.



6. O *jus postulandi* - conceito e características

O *Jus Postulandi* segundo Martins (2008, p. 26): “é o direito que a pessoa tem de ingressar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado”.

Segundo Nascimento, a CLT em seu Art. 791 permitiu que os empregados e empregadores entrassem com suas reclamações pessoalmente e acompanha-las até o final. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 em seu Art. 133, declarou que é obrigatória a postulação a presença do advogado no processos judiciais e com isso trouxe a discussão do *Jus Postulandi* (NASCIMENTO, 2011, p.222).

Com base no processo do trabalho, as partes em si, tanto o empregado como o empregador, podem ajuizar uma ação independentemente de auxílio de um advogado, assim como apresenta o Art. 791 da CLT: “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final” e, em concordância, descreve o Art. 839 da CLT: “a reclamação poderá se apresentar: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe; b) por intermédio das Procuradorias Regionais da Justiça do Trabalho”. Essas possibilidades ficam restritas no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo suas exceções (MARTINS, 2008, p.26).

A garantia dos artigos acima citados foi de certa forma questionada quando promulgada a Constituição Federal de 1988 em seu Art. 133 que diz: “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. A questão era que se o advogado é indispensável para a postulação em juízo, então seria inconstitucional o artigo 791 da CLT, não sendo o mesmo recepcionado pela nova Constituição, entretanto, a jurisprudência do TST é pacífica em dizer que o *Jus Postulandi* foi sim



recepcionado pela Constituição, de forma que o art. 133 da CF não coloca a disposição da assistência judiciária aos advogados (NASCIMENTO, 2011, p.222).

A Emenda Constitucional – EC de 45, visa a responsabilidade da Justiça do Trabalho, que passa a responder as controvérsias das relações do trabalho no que diz respeito ao art. 114 da CF:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

- I- as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- I - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
- III- as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV- os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V- os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
- VI- as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII- as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII- a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX- outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Esse dispositivo inicia uma nova discussão em relação ao *Jus Postulandi*, uma vez que tal mudança aumenta a complexidade de uma relação jurídica, fazendo assim necessário o auxílio de advogado (SCHIAVI, P. 256).

7. A revogação do *jus postulandi*

A postulação é o ato de pedir ou exigir a manutenção jurisdicional do Estado, o que de fato exige qualificação técnica. A ação promovida pelo advogado ocorre privativamente em nome de seu cliente, sendo historicamente exercida pela advocacia. O advogado tem o monopólio da assistência e da representação da parte em juízo, neste caso, ninguém poderá exercer a advocacia sem a assistência de um

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



advogado, a quem compete o exercício do *Jus postulandi*. Com isso, são nulos de pleno direito os atos processuais praticados que, privativos do advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória (LÔBO, 2011, p.28).

Dessa forma, o STF (1994) no AR 1354 AgR/BA – BAHIA, que fez a distinção entre *Jus Postulandi* e direito de petição assegurado à generalidade das pessoas, que não inclui aquele, vejamos:

E M E N T A: AÇÃO RESCISÓRIA - AJUIZAMENTO - AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA - SENTENÇA DE MÉRITO - INEXISTÊNCIA - PEDIDO NÃO CONHECIDO - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DIREITO DE PETIÇÃO E A QUESTÃO DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA. - Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de Advogado, a quem compete nos termos da lei, o exercício do *jus postulandi*. A exigência de capacidade postulatória constitui indeclinável pressuposto processual de natureza subjetiva, essencial à válida formação da relação jurídico-processual. São nulos de pleno direito os atos processuais, que, privativos de Advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória. - O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, a). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado - que não dispõe de capacidade postulatória - ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros. Precedentes. AÇÃO RESCISÓRIA E DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. - Não cabe ação rescisória contra decisão proferida por Ministro-Relator, quando esta - por não haver apreciado o mérito do pedido - apresenta-se desvestida de conteúdo sentencial. Precedentes”.

Partindo do pressuposto que um empregado fora demitido por justa causa, sendo alegado que violou um segredo da empresa, no que corresponde o art. 482, “g” da CLT, o mesmo postula fazendo uso do *Jus Postulandi*, contra a justa causa que definitivamente não existiu. A grande questão se encontra no fato do agente empregado provar a inexistência da justa causa, saberia ele, o empregado, como fazer e produzir tal prova? Saberia ele dizer quem tem o ônus da prova? Ainda, como o empregado faria o pré-questionamento para que eventualmente e se necessário



for seja enviado recurso e discutidas as alegações no Tribunal Regional do Trabalho - TRT? Saberíamos quais seriam os prazos e momentos corretos para produzir as provas e todas as alegações que devem ser feitas tanto por ele quanto pela parte contrária?

São questões que, principalmente, tratar-se de valores pessoais bem como influenciam para o sustento próprio ou da família do trabalhador. A justiça deve ser feita da forma mais justa e acertada possível, pois não conseguindo provar o que claramente se pede ou perdendo algum prazo, ficaria sua lide comprometida, deixando, portanto, de receber aquilo que é devido.

Sendo assim, cabe lembrar que o *Jus Postulandi* caracteriza uma forma de benefício para o agente que dele utilizar, entretanto, o mau uso deste poderá acarretar graves problemas no que diz respeito aos seus direitos e obrigações para com a Justiça do Trabalho, neste sentido, o advogado é o profissional qualificado para defender a quem dele e de seus serviços precisarem, garantidos assim, para cada cidadão, direitos e deveres cumpridos.

Diante dessas informações e transformações não mais se pode prescindir da assistência de advogado na Justiça do Trabalho, e a manutenção do *jus postulandi*, que visava a proteger as partes, mais precisamente o trabalhador, tornou-se inútil e prejudicial aos interesses deste, incapaz de compreender e, muito menos, se mover dentro desse sistema judicial e processual (BOMFIM, p. 15). Diante dessa assertiva, não é mais possível que operadores jurídicos, conscientemente ou de boa-fé, continuem a defender a dispensabilidade do advogado na Justiça do Trabalho.

O corresponsável pelo art. 791 da CLT, Ministro Arnaldo Sussekund, reconhece a indispensabilidade de advogado e honorários na Justiça do Trabalho, quando de seu trabalho desenvolvido junto à Comissão da OAB/RJ, criada especificamente para estudar o assunto (BOMFIM, p. 16). Ora, se o próprio cocriador do *jus postulandi*, aclamado de sensibilidade social e probidade intelectual, reformula seu entendimento e pugna por sua revogação, será admissível que operadores jurídicos ainda possam, com isenção e sem outro propósito, sustentar o contrário?



O *jus postulandi*, considerado sua missão histórica, deve desaparecer por já ter cumprido sua destinação. Consciente das mudanças sociais e econômicas operadas com o longo decurso de tempo, a conclusão é pela necessidade de atualizar nesse particular a legislação trabalhista, revogando o art. 791 da CLT que grita por seu fim, adequando-o às exigências da realidade atual.

Considerações finais

57

Cabe acentuar, que a previsão constitucional do direito de petição não basta, por si só, para conferir capacidade postulatória a qualquer pessoa. O entendimento jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito da extensão e abrangência do direito de petição, tal como previsto no art. 5º, XXXIV, "a", da Carta Política.

É importante esclarecer que não é possível, com base no direito de petição, postular em Juízo sem qualquer restrição, interpretando o sentido e o alcance do direito de petição conferido à generalidade das pessoas pela Constituição da República.

Não sendo advogado o peticionário, não tem capacidade postulatória. Ninguém pode postular em juízo sem a assistência de Advogado. A este compete, ordinariamente, nos termos da lei, o exercício *do jus postulandi*.

Senso assim, e tendo em consideração as razões expostas, esperamos que os atos processuais privativos de Advogado, quando praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória, sejam nulos de pleno direito, pelo TST, consoante previa o antigo Estatuto da OAB (art. 76) e, hoje, dispõe o art. 4º, "caput", da Lei nº 8.906/94. Essa tem sido, no tema, a orientação do Supremo Tribunal Federal (RTJ 117/1018).

Referências

BOMFIM, Benedito Calheiros. Revogação do jus postulandi na justiça do trabalho. Direito & Justiça. **Correio Braziliense**. Brasília/DF.2009.



BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa Do Brasil** - 1988. Publicada no [D.O.U. 191-A de 05/10/1988, P.1.](#)

_____. **Provimento OAB nº 97 de 23/04/2002** do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho** – Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

REIS, Luiz Fernando Araújo. **Advogado**. Artigo científico, publicado no Juris Way no dia 06/07/2010. Pouso Alegre – MG.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Processo do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, De acordo com a Lei n. 11.902/2009. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEMFICA, Francisco Vani. **O Juiz. O Promotor. O Advogado**. Seus poderes e deveres. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Teoria Unificada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 11 ed. Ltr, 2016.



PERSONAL TRAINER, VÍTIMA DO CAPITALISMO EXACERBADO OU COPARTICIPADOR DOS ABUSOS CONTRA A SAÚDE DO CONSUMIDOR?

Alexandre José Nunes Basto

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro
Universitário IESB; especialista em Administração e Marketing Esportivo e em
Fisiologia e Cinesiologia da Atividade Física e Saúde (UGF).

Paulo José Leite Farias

Pós-doutor pela Universidade de Boston (EUA); doutor em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco; mestre em Direito pela Universidade de
Brasília (UnB); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB;
promotor de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Resumo: O estudo exploratório descritivo tange sobre as taxas aplicadas ao *personal trainer*, "taxa de *personal*", e no que se concerne aos direitos do consumidor. Elenca a discussão dos abusos cometidos via tais cobranças. Busca a analogia no que tange o direito de consumidor de saúde. Eleva a construção do juízo moral e as novas configurações que se relacionam ao assunto, perante aos profissionais e suas respectivas entidades representativas. Descortina a perspectiva das normas que amparam os direitos do consumidor e as possíveis questões que venham a sustentar ou não tal cobrança, e conseqüentemente o vínculo da mesma para o devido acesso do *personal trainer*, um complexo contexto que acaba por envolver a tríplice relação: academia, *personal trainer* e aluno/consumidor/cliente. Estende a discussão sob o prisma do teor argumentativo comparável ao que sustenta o livre exercício e acesso dos médicos aos hospitais particulares. Por fim, referência as últimas decisões da justiça nas instâncias superiores, no que tange ao conflito de princípios análogos ao tema em questão.

Palavras-chave: Academias. Taxa de *Personal*. Direitos. Princípios.

Abstract: The descriptive exploratory study concerns the fees applied to the personal trainer, "personal fee", and about consumer rights. It lists the discussion of the abuses suffered via such charges. It seeks an analogy regarding the right of health consumers. It raises the construction of moral judgment and the new configurations that are related to the subject, before the professionals and their respective representative entities. It reveals the perspective of the norms that support the rights of the consumer and the possible issues that may or may not support such charge, and consequently the link of the same to the proper access of the personal trainer, a complex context that ends up involving the triple relation: academy, personal trainer and consumer/client. It extends the discussion from the perspective of argumentative content comparable to that which supports the free



exercise and access of doctors to private hospitals. Finally, it refers to the last decisions of justice in the higher courts, regarding the conflict of principles analogous to the subject in question.

Keywords: Fitness Academies; Personal Rate. Rights; Principles

Introdução

O estudo tem o intuito de investigar e elucidar o acesso restrito e/ou vinculado às taxas aplicadas ao *personal trainer*, prática comum aplicada por academias de musculação, empresas do ramo *fitness*. Tal cobrança é conhecida como “taxa de *personal*”, sendo assim, se vincula ao livre exercício profissional do *personal trainer* adentro das entidades particulares, academias.

Para tanto, será necessário percorrer no que se refere aos atores envolvidos; seus respectivos enquadramentos normativos, atuação deles para com a sociedade e os nexos que alimentam a tríplice-relação firmada entre: academia, *personal trainer* e aluno/consumidor/cliente.

Vale antecipar que, o Profissional de Educação Física é prestador de serviços de forma exclusiva, que desenvolve atendimento individual, realiza a devida supervisão/orientação/atendimento com foco personalizado, a qual gera tal nomenclatura: *personal trainer*, fruto neológico já formalizado e conhecido popularmente.

O presente artigo visa desvelar a discussão coligada às normas que defendem as partes envolvidas e comparar com o livre exercício profissional dos médicos, pois, tal classe, retrata situação análoga à presente discussão levantada.

O foco em questão se atém no direito que tange à saúde e a vida do consumidor contratante dos serviços prestados pelos dois atores envolvidos em cena, dessa forma, o intuito é aclarar taxa cobrada pela academia ao *personal trainer* e que acaba por ser repassada à parte mais vulnerável dessa tríplice relação, o consumidor. Tal custo se soma com os demais já relacionados aos serviços da academia, pois o aluno já encontra-se devidamente matriculado na academia e assíduo com as mensalidades, dessa forma, possui o direito de acesso à academia, usufruto dos aparelhos e a devida orientação dos serviços profissionais ofertados, porém, mesmo na conjuntura dos serviços profissionais disponibilizados, acaba por contratar diretamente os serviços do *personal trainer*.

Nesse contexto, é necessário analisar o impacto da taxa de *personal* no que diz respeito aos direitos do consumidor. Há de se buscar a perspectiva a partir de normas positivadas e o possível conflito de princípios, como intuito de alimentar o embasamento do juízo moral em vista e que acaba por envolver

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



a taxa de *personal* e o acesso ao *personal trainer*. Uma perspectiva que ganha nova configuração, fomentada sob a luz da justiça, em suas respectivas instâncias superiores, para com nexos em análogo devidamente remediado.

1. As normas correm, a favor ou contra?

Sendo entendido que, haja o devido enquadramento formal da academia e do *personal trainer* de acordo com o Estado, consequentemente, ambos possuem a mesma atividade, função social, para com a saúde da sociedade; e a prática das discutíveis cobranças praticadas ao *personal trainer*, versadas como de “taxa de *personal*”; é necessário descortinar a perspectiva das normas que amparam os direitos do consumidor e as possíveis questões que venham a sustentar ou não tal cobrança. Resta analisar o vínculo da taxa no que se refere ao devido acesso do *personal trainer* nos entes particulares, academias, um complexo contexto que acaba por envolver, a taxa de *personal* à tríplice relação: academia, *personal trainer* e aluno/consumidor/cliente.

1.1 Academias cansam as normas para respirar através das taxas

Perante o cenário nacional, república democrática de direitos, é necessário percorrer a respeito de normas que tangem a perspectiva da ordem econômica, pois, nesse contexto, será possível desvelar a analogia entre as partes envolvidas, aos olhos da Carta Magna de 1988, a qual se alicerça na dignidade da pessoa humana e da justiça social, em seu art. 170, *in verbis*:

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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;



VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988, p. 59)

É de suma importância pontuar que, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio de sua Comissão Nacional de Classificação (CONCLA), tais entes, academia e *personal trainer*, estão sob a mesma função social, qual seja, a prestação de serviços em condicionamento físico,¹⁰ não sendo cabível o entendimento de fuga ou abuso da personalidade jurídica, o desvio da finalidade original da atividade empresarial de forma dolosa, que tenha como finalidade lesar seus credores, alunos/clientes/consumidores. (CONCLA, 2019). Em vista disso, é necessário destacar o risco da atividade sem a devida contraprestação, o que acaba por envolver ativos que possam adentrar à empresa de forma escusa e não declarada, atinente aos devidos tributos, já que, atividades não equivalentes à real prestação de serviço, estão limitadas a serem discriminadas de forma clara. No presente contexto, refere-se à taxa de *personal*, discriminação que necessita ser atrelada ao fisco, mesmo defronte as tantas nomenclaturas isomorfas, as quais a substituem – comissão, sublocação, aluguel –, para tanto cita-se o art. nº 50 do Código Civil Brasileiro:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de

¹⁰ Conforme a Comissão Nacional de Classificação - CONCLA, entidade criada em 1994, a qual define a Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE, ambos os entes se encontram na seção “R”, atividades de: artes, cultura, esporte e recreação, e também ocupam a mesma classe e código, 9313-1/00. Pontuo a importância da respectiva nota explicativa “- as atividades de condicionamento físico (fitness), tais como: ginástica, musculação, yoga, pilates, alongamento corporal, anti-ginástica, etc., realizadas em academias, **centros de saúde física** e outros locais especializados”, a fim de esclarecer que adentram a prestação de serviços em saúde conforme trecho grifado. (Grifo nosso).



certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019). (BRASIL, 2002, p. 3).

É necessário ressaltar que, atividades empresariais desatinadas e temerárias à saúde e à segurança do cliente e do profissional, comumente fomentadas no lucro a qualquer custo e na proficuidade sem o real mérito, são obras do capitalismo exasperado que acabam por gerar vieses ilícitos com suas respectivas consequências, conforme expõe o Código Civil, em seus arts. nºs 186, 187 e 927, abaixo:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 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. (BRASIL, 2002, p. 10).

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002, p. 40).

Fica explicitado que as leis procuram garantir o respeito à ordem econômica, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, portanto, buscam preservar o interesse público, afim de não sujeitar os indivíduos a perdas ou ganhos injustificados.

1.2 O consumidor não suporta sobrecarga e nem sobretaxação

Vis-à-vis ao cenário exposto, deve-se, por agora, elencar os possíveis excessos que tangem a parte mais frágil dessa trílice relação, o consumidor, por conseguinte é oportuno citar o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que em seu art. 4º, enfatiza o respeito à dignidade, a saúde e a segurança do consumidor, que busca a melhoria da qualidade de vida, sendo também reconhecida a vulnerabilidade do mesmo ante ao mercado de consumo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, 1990, p. 1).

No que abrange a responsabilidade de tais entes prestadores de serviços, academia e *personal trainer*, os quais atuam diretamente na promoção da saúde diante aos direitos básicos de seus consumidores, o Código do Consumidor, em seu art. 6º, esclarece:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;



II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012). (BRASIL, 1990, p.1).

No que se refere a forma como é aplicada a cobrança da taxa de *personal*, seja de forma direta ou indireta, é plausível afirmar que, em ambos os casos acaba por afetar economicamente o consumidor que já é usufrutuário pagante da academia, ou seja, possíveis abusos que se estendem desde a falta de esclarecimentos contratuais, cobrança indevida, sobretaxação e “venda casada”; o que facilita ainda mais tal prática com o intermédio do *personal trainer*, que acaba por repassar a taxa ao consumidor, através da inclusão do custo nos respectivos serviços cobrados, e de forma ingênua acaba por mitigar a responsabilidade da academia, que se abstém de esclarecer tais custos em seus respectivos termos de adesão, tais como das redes de academias: *Smart Fit*, *Self It*, *Blue Fit*, *Body Tech* e *Runner*, disponíveis em seus sítios na rede mundial de computadores.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. nº 42, parágrafo único, expõe: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.". (BRASIL, 2019, p. 10).

Contudo, a academia não poupa os esclarecimentos contratuais ao consumidor, que tangem as restrições de acesso do *personal trainer*. Porém, é identificado que as questões vinculadas ao acesso, e não aos custos, relativos a este profissional, são tratadas, em maior parte, em documentos paralelos ao termo



de adesão, sendo, tais documentos, denominados como *norma de utilização* e/ou *regulamento interno*, como exemplo do segmento das academias *low-cost*, que ofertam seus respectivos serviços por valores que variam entre R\$ 60,00 a R\$ 100,00, na mensalidade. (ITO, 2019). Tal postura pode ser identificada em três grandes redes *low-cost*: a rede *Smart Fit* (2019), permite a atuação de *personal trainers* contratados pelos clientes dos serviços, desde que devidamente *cadastrados* junto à empresa; a rede de academias *Self It* (2019, p. 3), segue o mesmo padrão de permissão “desde que o profissional seja previamente *cadastrado* junto à Self It” (Grifo nosso); e a rede *Blue Fit* (2019, p. 1) expõe, em primeira página, a proibição da prática de atividades relacionadas aos serviços de *personal trainer* aos funcionários ou usuários/frequentedores: “Executar ou desenvolver atividades que estejam relacionadas ou que caracterizem a função de Personal Trainer” e a posteriori, página subsequente do mesmo documento, esclarece a relação de *locação de espaço* entre as partes, academia e *personal trainer*.

A Bluefit poderá permitir a atuação de personal trainers contratados diretamente pelos usuários, mediante recebimento e análise do currículo do profissional, recebimento de cópia da inscrição atualizada junto ao Conselho Regional de Educação Física - CREF e assinatura de contrato de locação de espaço para atuação nas dependências da Bluefit. (BLUEFIT, 2019, p.2). (Grifo nosso).

Ainda no que se refere ao acesso do *personal trainer* nas redes de academias, vale expor as configurações adotadas pelos entes que não fazem parte do segmento *low-cost*, sendo assim, cita-se o contrato da rede *Body Tech* (2019, p.4), que também exhibe relação de *locação de espaço*:

A relação entre o CLIENTE e o personal trainer se dá de forma direta e sem a intermediação da ACADEMIA, uma vez que a relação entre CLIENTE e personal trainer ocorre por meio de uma contratação particular de prestação de serviço, e a ACADEMIA simplesmente loca o espaço e as suas instalações ao personal trainer, não havendo



qualquer relação de hierarquia e subordinação entre estes. (Grifo nosso).

A rede *Runner*, no item 8 do seu Regulamento Interno, limita a escolha do aluno aos serviços prestados pelos professores da equipe “RUNNER PERSONAL” devidamente cadastrados e credenciados, prática que, em tese, pode impedir a liberdade de escolha do consumidor e vincular a venda de um serviço ao outro:

Somente será permitida a execução da atividade de “personal training” (treinamento particular) no interior da ACADEMIA quando forem ministradas por professores da equipe RUNNER PERSONAL devidamente cadastrados e credenciados pela DIRETORIA TÉCNICA da ACADEMIA. É vedada a prática de “personal trainer” quando se tratar de qualquer outra situação diferente da determinada nesta cláusula, como por exemplo: usuário ministrar treino para outro usuário; professor treinar com usuário fora do horário de trabalho; ou qualquer outro tipo de instrução que caracterize treinamento particular (RUNNER, 2019, p. 2).

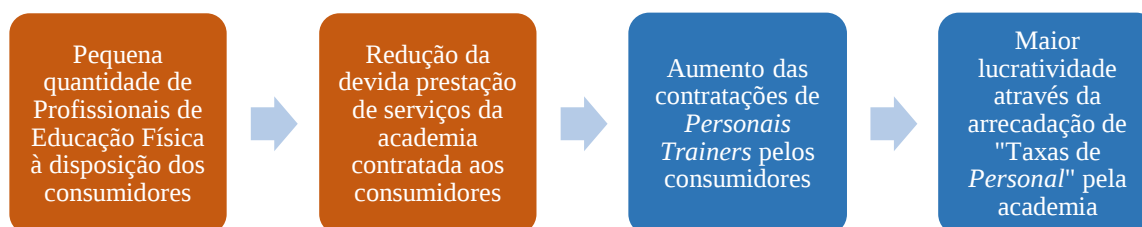
No teor exposto, é possível identificar dentro dos teores contratuais firmados entre os entes aluno/cliente/consumidor e academia, os seguintes pontos:

- 1) Em todos os documentos há ausência de esclarecimento acerca de possíveis custos que tange em específico a taxa de *personal* e que serão repassados ao consumidor, caso ele opte em contratar o serviço de *personal trainer*;
- 2) Os contratos que citam a necessidade de cadastro do *personal trainer*, o consumidor tem em risco a devida liberdade no poder de escolha do *personal trainer* que melhor lhe atende, pois identifica-se restrições que tratam da necessidade do crivo empresarial em relação ao profissional a ser cadastrado, contudo, tais critérios não são devidamente explanados ao aluno;
- 3) No que tange à locação do espaço, tal ponto deve ser devidamente aprofundado para obtenção de maior clareza dessa relação contratual, academia e *personal trainer*; no que toca a extensão da atividade empresarial da academia e a forma como tais ativos são declarados;
- 4) Não obstante, os documentos firmados entre academia e aluno, termo de adesão, apresentam pelo menos três “serviços” ofertados: acesso ao ambiente, utilização de aparelhos e prestação de serviços profissionais; porém, não é informado a configuração dessa prestação de serviços profissionais, não há esclarecimentos relativos ao quantitativo de profissionais à disposição, quantidade de abordagens ao aluno durante a sua presença na academia e nem mesmo sobre a discriminação de qual o tipo de atendimento profissional será

prestado; personalizado, coletivo, via aplicativo, prescrições de treinos pré-prontos, etc.

Tal fato, cobrança da taxa de *personal*, gera maior rusga quando vinculada às academias seguidoras do modelo *low-cost*, pois ofertam uma pequena quantidade de profissionais à disposição de seus clientes. De acordo com o Conselho Federal de Educação Física (2009, p. 01), tal ação banaliza a necessidade de Profissionais de Educação Física, dessa maneira reduz a devida orientação/supervisão ao consumidor, situação que coloca em risco a saúde deste, nota-se a importância, em vista às suas respectivas necessidades, de forma forçosa acaba por contratar a precisada orientação de *personal trainer*, levando a academia a conquista de maior arrecadação através das taxas cobradas aos *personais*.

Figura 1 – *Modus operandi* para uma maior arrecadação através da "Taxas de *Personal*":



Elaboração dos próprios autores

Tal temerosa situação ultraja o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor, por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua função e riscos. (BRASIL, 1990, p. 11).

Fica evidente que, o *personal trainer* e a academia possuem relações diretas na prestação de serviços para com aqueles que buscam maior qualidade de vida através da promoção da saúde, ou seja, tais prestadores não fogem das obrigações que se estendem desde a devida informação à real prestação de serviços, o que faz valer o aprofundar sob a égide das normas que referenciam os direitos dos consumidores de saúde.

1.3 O consumo em saúde vai além

No que tence a necessidade de se aprofundar ao assunto saúde, é de grande valia buscar uma analogia do presente cenário diante das normas que contemplam os direitos do consumidor de saúde, mesmo que os prestadores de serviços



citados, não se enquadrem no contexto da iniciativa privada parceira do Sistema Único de Saúde - SUS, e que se dá em caráter complementar conforme norma.

Contudo, é necessário pontuar que a Lei nº 8.080/90 dispõe acerca das condições para a *promoção*, a proteção e/ou a recuperação da saúde, ou seja, trata de um direito fundamental do ser humano, que se estabelece em condições de forma universal e igualitária, no presente contexto pela vida digna e que está acima das relações de mercado, a fim de garantir condições de *bem-estar físico*, mental e social, sendo que:

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado (BRASIL, 1990, p.1).

Sem qualquer discriminação nas diversas atuações que contemplem a saúde, as mesmas são enraizadas em princípios e que valoram o exercício de uma prática fomentada na ética e acima das relações de mercado, conforme roga a Lei 8.080/90 e que elenca em seus arts. 2º e 3º, o direito dos seres humanos:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990, p.1).



Sob os aspectos até aqui vistos, há de se entender a necessidade da devida assistência à pessoa humana, bem como, resta identificar as demais normas infraconstitucionais paralelas e que também venham tocar os direitos do consumidor de saúde. Todavia, vale citar a Lei nº 12.864/2013 a qual inclui a atividade física como fator condicionante e determinante da saúde. (BRASIL, 2013). Cabível, também, elencar a portaria nº 1.820/2009 do Ministério da Saúde, que em seu art. 5º, *in verbis*, dispõe a acerca dos direitos e deveres dos usuários de saúde, e que eleva a liberdade do consumidor de saúde:

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe: IX - a liberdade, em qualquer fase do tratamento, de procurar segunda opinião ou parecer de outro profissional ou serviço sobre seu estado de saúde ou sobre procedimentos recomendados; (BRASIL, 2009, p. 1).

O ato de cercear ou sobretaxar o consumidor de saúde, de modo a obrigá-lo a pagar a taxa de *personal*, de forma direta ou indireta, ou limite a livre escolha, forçando-o a uma oferta restrita ou vinculada ao quadro de profissionais que lá já estão cadastrados e não suprem a necessidade em questão, viola a liberdade daquele que busca o serviço, tratamento de sua saúde, seja em qualquer momento de seu interesse e/ou adversidade: sedentarismo, obesidade, ansiedade, depressão, condicionamento... um rol de condições que incluem muitas doenças da modernidade, segundo Lamarca (2019) ou mesmo a simples manutenção da saúde por uma vida mais digna.

Consequentemente, é de suma importância elencar as normas relativas à correlação da saúde e do consumidor, assim cita-se a Constituição Cidadã, a qual legitima a saúde como um direito de todos e dever do Estado em seu art. nº 196:



Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, p. 77).

Portanto, não é frenesi citar possível violação à saúde, direito fundamental do consumidor que sofre o abuso, mesmo sendo a parte que abusa de direito privado, pois conforme o Min. Gilmar Mendes, tal fato afronta a Constituição:

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. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (STF, 2006, p. 64).

Coroando a percepção supracitada, a qual correlaciona o direito fundamental à entidade privada, cita-se Sarlet (2007, p. 399):

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre os particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais[...]

Entretanto, segundo o próprio Sarlet (2007, p. 405), a aplicação dos direitos fundamentais deve ganhar grande percepção no que se refere ao caso concreto, o princípio, a existência de norma e de como ela se dispões:

[...] na esteira da melhor doutrina, é a inexistência de soluções uniformes nesta seara, já que a eficácia direta ou indireta apenas pode ser aferida à luz do caso concreto, dependendo, em princípio, da existência de uma norma de direito privado e da forma como está dispõe sobre as relações entre particulares.

Em síntese, a doutrina busca, então, atribuir o equilíbrio, frutuoso da análise dedutiva correlacional, porém é explicitado que, a eficácia é medida perante a análise



do caso concreto e da existência de uma norma específica que dispõe sobre o fato arrolado entre os envolvidos.

1.4 Todo cuidado com a saúde, ainda é pouco

É preciso esclarecer que, de acordo com o Decreto-lei nº 6.839/80, ambos os entes, pessoas jurídicas, academia e *personal trainer*, possuem a obrigação de se registrarem nas entidades fiscalizadoras do exercício das profissões, ou seja, estão sob luz do sistema CONFEF/CREFs - Conselho Federal de Educação Física/Conselhos Regionais de Educação Física, autarquias possuidoras da capacidade de intervenção via ações normativas e fiscalizadoras, com o intuito de defender a sociedade, representar a profissão de Educação Física e prover o equilíbrio na tríplice relação, a qual envolve empresa, consumidor e profissional, autarquia sob a égide da Lei nº 9696/98. (CONFEF, 2018). À vista disso, a entidade tem a obrigação de zelar pela devida prestação de serviços, defender a sociedade, conforme disponível nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art.1º do seu estatuto:

§ 2º - Tem o Sistema CONFEF/CREFs poder delegado pela União para normatizar, orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício das atividades próprias dos Profissionais de Educação Física e das pessoas jurídicas, cuja finalidade básica seja a prestação de serviços nas áreas das atividades físicas, desportivas e similares.

§ 3º - O Sistema CONFEF/CREFs registra os Profissionais de Educação Física e as pessoas jurídicas prestadoras de serviços na área da atividade física e desportivas e similares.

§ 4º - O Sistema CONFEF/CREFs regula, regulamenta, fiscaliza e orienta o exercício profissional, além de defender os interesses da sociedade em relação aos serviços prestados pelo Profissional de Educação Física e pelas pessoas jurídicas nas áreas de atividades físicas, desportivas e similares. (CONFEF, 2010, p.1).

Segundo o Presidente do Conselho Federal de Educação Física, desde 1998, professor Jorge Steinhilber, o qual cita, na apresentação da obra “Dimensionamento da Intervenção Profissional em Educação Física”, alicerces baseados em princípios e valores universais para o devido exercício do Profissional de Educação Física:

As intervenções profissionais devem estar alicerçadas nesses princípios e nos valores considerados universais, e de alguma forma anunciados por Immanuel Kant, sem que os mesmos se afastem de



nosso pensamento, das nossas práticas e de nossas reflexões
(STEINHILBER, 2017).

Seguindo a referência ética no que tange o dever fundamental do exercício profissional, SILVA *et al*/(2010, p. 48) citam a responsabilidade social no que envolve a saúde do beneficiário:

O dever fundamental da preservação da saúde dos beneficiários implica responsabilidade social do profissional de Educação Física, cabendo-lhe assegurar uma intervenção segura, competente e atualizada, livre de danos decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência, utilizando para isso todo conhecimento, habilidade e experiência proporcionada pela sua formação acadêmica inicial e continuada. (Grifo nosso) – SILVA et al, 2010, p. 48).

Nesse diapasão, é necessário pontuar que o profissional que comete infração ética, transfigura-se em infrator e está sujeito às penalidades previstas conforme a gravidade do ato.

Assim, conforme às definições apresentadas no preâmbulo do instrumento regulador do exercício da profissão, Código de Ética do Profissional de Educação Física, fica clara a busca pela correlação normativa com a devida intervenção profissional, o viés que une o poderio cognitivo à aplicabilidade prática de forma benéfica:

Este Código propõe normatizar a articulação das dimensões técnica e social com a dimensão ética, de forma a garantir, no desempenho do Profissional de Educação Física, a união de conhecimento científico e atitude, referendando a necessidade de um saber e de um saber fazer que venham a efetivar-se como um saber bem e um saber fazer bem. (CONFEEF, 2015, p.1).

Fica evidente que, o comprometimento ético do Profissional de Educação Física; no que tange ao exercício em meio a tríplice relação: empresa, profissional e aluno/cliente/consumidor, é pleno para com uma sociedade pautada na ética do trabalho, e tal fato está elencado no artigo 5º do Código de Ética do Profissional; a relação dos preceitos legais e éticos e os princípios bioéticos serão



colocados acima de qualquer outro compromisso, principalmente do de natureza corporativista.

Art. 5º - São diretrizes para a atuação dos órgãos integrantes do Sistema CONFEF/CREFs e para o desempenho da atividade profissional em Educação Física:

I - comprometimento com a preservação da saúde do indivíduo e da coletividade, e com o desenvolvimento físico, intelectual, cultural e social do beneficiário de sua ação;

II - aperfeiçoamento técnico, científico, ético e moral dos Profissionais registrados no Sistema CONFEF/CREFs;

III - transparência em suas ações e decisões, garantida por meio do pleno acesso dos beneficiários e destinatários às informações relacionadas ao exercício de sua competência legal e regimental;

IV - autonomia no exercício da profissão, respeitados os preceitos legais e éticos e os princípios da bioética;

V - priorização do compromisso ético para com a sociedade, cujo interesse será colocado acima de qualquer outro, sobretudo do de natureza corporativista;

VI - integração com o trabalho de profissionais de outras áreas, baseada no respeito, na liberdade e independência profissional de cada um e na defesa do interesse e do bem-estar dos seus beneficiários (CONFEF, 2015, p.1).

Na perspectiva do Código de Ética, a cobrança via repasse da taxa de *personal* ao consumidor, pode-se entender como indevida, com o objetivo de gerar possível responsabilização ao profissional, no que concerne à busca de remuneração por situações alheias ou escusas, assim, que não decorram exclusivamente de seus serviços, ou seja, auferir proventos que estão à margem da atuação profissional e que venham a garantir vantagem financeira à terceiros, como dispõe o art. 7º e incisos, a seguir dispostos:

Art. 7º - No desempenho das suas funções é vedado ao Profissional de Educação Física:

II - auferir proventos que não decorram exclusivamente da prática correta e honesta de sua atividade profissional;

VI - prejudicar, culposa ou dolosamente, interesse a ele confiado;

IX - aproveitar-se das situações decorrentes do relacionamento com seus beneficiários para obter, indevidamente, vantagem de natureza física, emocional, financeira ou qualquer outra;

X – incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;



XII - vincular o seu nome e/ou registro a atividades de cunho manifestamente duvidoso. (Grifo nosso). (CONFEEF, 2015, p. 3).

A partir dessa compreensão, fica evidente que, aquele que no exercício de sua função se valer da prática de embolsar rendimentos extrínsecos ao exercício pautado na ética profissional, alcança vantagem financeira indevida, e por conseguinte e de forma inequívoca, assume a responsabilidade sobre o detrimento causado ao consumidor.

2 Construindo o juízo moral, reflexão em busca do caminho correto

No intuito de buscar a referida zetética e os princípios dogmáticos que contemplem um possível remédio ao enredo, é possível identificar ações pela conquista de normas que findem a taxa de *personal* e promovam o livre acesso do *personal trainer*, mas, para tanto, é necessário discorrer em relação ao juízo moral e o nexos do atual problema.

Conforme Filgueiras (2008), o juízo moral é construído a partir da configuração social, ou seja, os interlocutores produzem uma reflexão conjunta da ordem político-social, gerando acordos normativos que regem defronte as probabilidades comportamentais. O comportamento do indivíduo é observado sob o viés do juízo moral e das normas estabelecidas, para assim ser julgado e consecutivamente ajuizar um julgamento relativo ao limiar que rege à demarcação do que é corrupção e honestidade, para assim, a ação se enquadrar em uma dessas naturezas.

A criticidade sobre o juízo moral do livre acesso do *personal trainer* e da taxa de *personal*, no Distrito Federal, se deu por volta de 2012, sendo uma luta aguerrida e encabeçada formalmente pelo Sindicato dos Profissionais de Educação Física do Distrito Federal, SINPEF-DF, fundado no dia 12 do mês de maio do ano de 2012.

As entidades representativas profissionais são fundamentais no desempenho que alicerça e fortalece os direitos e interesses classistas, como exemplo, o pioneiro movimento ocorrido em Brasília-DF suscitou o Projeto de Lei nº 1795/2014, tal projeto de lei distrital ganhou atenção em diversas localidades em nível nacional, em



consequência do esforço e após tantas discussões, emendas e substitutivo, tal projeto de lei foi aprovado pelas comissões e no primeiro turno da Câmara Legislativa Distrital, contudo encontra-se engavetado, sem perspectiva de aprovação em segundo turno. (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Hoje, já é possível identificar mais de 40 projetos de leis tramitando em diversas casas legislativas do Brasil e 12 leis sancionadas, sendo que as primeiras sancionadas, em nível de capital foram: a Lei nº 4.682/2015, da Câmara Municipal de Aracaju e em nível de estadual, a Lei nº 10.774/2016 do Estado da Paraíba, conquistas geradas a partir da proliferação do juízo moral dos profissionais para com a sociedade, fruto encabeçado pelas entidades laborais locais imbuídas no contexto em discussão, sendo ainda mais específico a Associação Sergipana de *Personal Trainer*, hoje, Associação Brasileira de *Personal Trainers* (ABPT) no Estado de Sergipe e a Associação Paraibana de *Personal Trainers* (ASPPET), lideradas respectivamente por seus Presidentes, na época das conquistas, Prof.^a Tauana Cândido e **Prof.** Cristhófenes Lucena Rolim.

Em vista dessa ação citada no parágrafo anterior, a qual se sustenta na união e solidariedade dos Profissionais de Educação Física, os quais estão alicerçadas sob a bioética, pelo devido auto reconhecimento profissional, sujeito de direito, diante da real função social e pela devida promoção de saúde em respeito à dignidade da pessoa humana, pode-se entender que houve uma devida reformulação de juízo relativa a privação do acesso às academias e o dispor contra o abuso econômico e social, instaurado via taxa de *personal*, que fragiliza a saúde e os direitos do consumidor, uma ação que se encaixa ao pensamento de um dos grandes nomes da escola de Frankfurt, Axel Honneth, que expõe:

[...] um acontecimento coletivo capaz de fundar relações espontâneas de interesse solidário para além dos limites sociais [...]. Na experiência partilhada de grandes fardos e privações, origina-se uma nova estrutura de valores que permite aos sujeitos estimarem-se mutuamente por realizações e capacidades que antes não tinham importância social (HONNETH, 2003, p. 209-210).



Em vista da citação supracitada, observa-se a importância da união e solidariedade, no contexto em discussão, dos Profissionais de Educação Física, os quais estão alicerçados sob a bioética, pelo devido auto reconhecimento profissional, sujeito de direito, diante da real função social e pela devida promoção de saúde em respeito à dignidade da pessoa humana.

3 O duelo de princípios, portas abertas ou fechadas?

Essa parte do estudo consagra uma das grandes discussões da Educação Física. Entre os interlocutores que se confrontam, estão, o empresário, proprietário de academia, e o *personal trainer*.

Perante à ausência de norma específica, e que trate o tema em nível nacional, tal confronto ganha amplitude em meio às discussões que se alimentam de princípios, os quais entram em conflito, impasse a ser desvelado em meio aos embates que se referem aos projetos de leis que tramitam na Câmara Federal.

Tendo a perspectiva do duelo de princípios, na possível afronta no que tange o direito de propriedade privada *versus* os direitos que tocam a liberdade profissional, à dignidade, à proteção à saúde e à vida e em vista do que já foi apresentado, ou seja, que ambos interlocutores desempenham a mesma função social, às atividades empresariais das partes envolvidas servem ao consumidor com a promoção da saúde e da melhoria da qualidade de vida, por meio dos serviços prestados em condicionamento físico, sendo que, o nexo causal se concerne no interesse do direito do consumidor e que foca no devido acompanhamento individual, ou seja, supervisionado por um *personal trainer* e sem que sofra abusos no que concerne os direitos conquistados.

Conforme dito, a ausência de norma positivada que trata do assunto em abrangência nacional e para impetrar a devida norma, é necessário alcançar a percepção relativa aos limites dos direitos fundamentais, para que assim, não haja excessos diante os princípios que entram em colisão e consequentemente possíveis abusos, "*le droit cesse où l'abus commence*", conforme citado por Silva (2006, p. 37), *apud* PLANIOL; RIPERT, 1926, p. 298).



Para Alexy (1993), os princípios são normas que estabelecem relação entre as possibilidades fáticas e jurídicas já existentes, se ambas forem ideais, e para que haja o devido juízo que venha prover a ideia da norma regulativa, deve-se realizar a análise sob a luz da máxima da proporcionalidade, e suas respectivas parcialidades: adequação, necessidade e proporcionalidade.

A primor, é oportuno apresentar um dos tantos projetos de que tramitam pelas casas legislativas do Brasil, porém de impacto federal, ou seja, caso sancionado abrangerá todo território nacional, o primeiro projeto a ganhar discussão em audiência pública em nível nacional, se remete ao Projeto de Lei nº 2885/2015, o qual tramita na Câmara Federal juntamente com mais quatro projetos de leis apensados e que buscam tratar a mesma temática, porém, com algumas peculiaridades que devem ganhar observância em estudos futuros: [PL 7492/2017](#); [PL 10297/2018](#); [PL 2488/2019](#); [PL 2664/2019](#). (BRASIL, 2015).

É válido expor que, a percepção dualista acerca do assunto, é uma forma democrática que embasa construtivamente o juízo moral e a respectiva configuração normativa sobre o tema.

No que alimenta o posicionamento contrário ao tema, cito o ex-nadador olímpico, que atualmente é detentor da notoriedade perante os empresários do ramo, o mesmo ocupa o cargo de Presidente da Associação Brasileira de Academias (ACAD), Senhor Gustavo Borges, que expôs à revista Educação Física a percepção de que tal projeto de lei é inconstitucional, pois afronta à livre iniciativa privada, o direito de propriedade privada, as relações de consumo e a livre concorrência. Assim, segundo Borges (2016, p. 33):

Falo em nome da Associação Brasileira de Academias (ACAD Brasil), que é contra o PL 2885/2015. Esse posicionamento é baseado no fato de que este projeto de lei é inconstitucional e fere os princípios da livre iniciativa, da propriedade privada, das relações de consumo, e da livre concorrência. Além de poder trazer consequências desastrosas para os negócios das academias, abalando também o trabalho dos Personal Trainers e afetando o consumo por parte dos clientes das academias. O Profissional de Educação Física que trabalha como Personal Trainer é um empresário e não um



empregado. Ele define quem quer atender, quanto cobrar e onde trabalhar. Quando atua em uma academia, ele está explorando comercialmente aquele espaço para auferir o seu lucro, portanto é justo que pague pelo uso e manutenção do local escolhido. O empresário personal training tem opções gratuitas, baratas e caras de locais para desenvolver o seu trabalho. Igualmente, os empresários donos das academias devem ter preservado os seus direitos de escolher com quem deseja fazer seus negócios, quem pode ou não usar as suas instalações e qual preço praticar.

Em uma perspectiva de prisma contrário aos pontos alavancados pelo Senhor Gustavo Borges, apresenta-se a base do teor argumentativo análogo à situação apresentada e que sustenta o livre exercício dos médicos, classe que também atua em prol da saúde e da vida e a qual já se deparou com tal discussão de princípios, na presença da norma infraconstitucional que possibilita internar e dar assistência ao paciente, mesmo que o médico não faça parte do corpo clínico da entidade em questão, ou seja, o livre acesso sem maiores custos abusivos no respeito da devida função social daqueles tratam da saúde e da vida da sociedade.

A fim de reforçar que tais distintos profissionais, médicos e profissionais de Educação Física, laboram de forma paralela e em prol da saúde e da vida e em vista ao enquadramento normativo, o qual autentica os mesmos como profissionais de saúde com nível superior (BRASIL, 1998), sendo que atua na recuperação da saúde do paciente e o outro na promoção da saúde do aluno, para tanto, ambos necessitam dar segurança ao consumidor e ter ampla liberdade profissional para, assim, exercer suas respectivas funções sociais em prol da vida e da dignidade; ato que não se restringe ao abstratíssimo romântico, mas que é de fato literal e efetivo quando vinculado intimamente à saúde, à felicidade e a vida da sociedade, fundamentados em valores morais, com a pretensão de não corroborar com o corporativismo que sustenta o viés econômico avassalador que se esforça em cegar os direitos fundamentais, logo é necessário buscar a "eficácia das normas constitucionais" (SILVA, 2006).



Sendo o conflito já explicitado, é cogente tratar do mesmo. Para tanto, se faz necessário percorrer acerca hermenêutica das normas que fundamentam a liberdade do ato médico, logo, cita-se a Resolução CFM nº 1.231/86, a qual esclarece que, o profissional, parte ou não do corpo clínico da entidade, é possuidor do direito de internar e dar assistência aos seus pacientes, independente da intensidade da ação, urgência, uma forma impedir o cerceamento do exercício e o monopólio profissional por parte de alguns grupos médicos:

- 1 - A todo médico é assegurado o direito de internar e assistir seus pacientes em hospital público ou privado, ainda que não faça parte de seu Corpo Clínico, ficando sujeitos, nesta situação, o médico e o paciente às normas administrativas e técnicas do Hospital.
- 2 - O Regimento Interno do Corpo Clínico dos Hospitais deverá explicitamente que o médico não integrante do seu Corpo Clínico possa promover as internações necessárias nestes estabelecimentos hospitalares. (CFM, 1986, p.1).

Em 2007, o Código de ética Médica instituiu, em seu art. nº 25, como um dos direitos da classe, “Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição”. (CREMESP, 2007, p. 9).

Para confirmar o acinte, em 2003, a ex-Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), Senhora Márcia *Rosa de Araújo*, *através de seu parecer*, justificou a necessidade das portas abertas em prol da inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade e à segurança, sob a égide Constitucional. Dessa maneira, de acordo com Araújo (2003, p.1).

Neste pequeno espaço cabe-nos interpretar o artigo 25 do Código de Ética Médica à luz da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º enuncia:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)



XIII - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Sob essa ótica, o médico não pode, com a justificativa de não pertencer ao Corpo Clínico da entidade, ser impedido de ter acesso ao hospital de cuja infra-estrutura necessita. Esta, mesmo sendo propriedade privada, não tem competência legal para deixar de cumprir o seu papel social, haja vista ser o local apropriado para que o médico exerça seu mister e onde o paciente terá garantido o seu direito ao pleno atendimento.

Resumindo sua mensagem, podemos dizer que o presente artigo trata do direito de o paciente ter sanado ou minimizado o seu sofrimento e de seu médico de confiança ter livre acesso aos meios necessários ao tratamento do mesmo, tendo garantido o livre exercício profissional. Sendo assim, de forma mais abrangente - com base no artigo 5º da Constituição Federal -, deve ser enfatizada e colocada, acima do direito à propriedade, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade e à segurança, mormente nas localidades onde haja somente um hospital em condições de funcionamento. Tal direito concernente ao médico obviamente não o exime de submeter-se às normas técnicas do hospital, por não pertencer ao seu Corpo Clínico, estando exposto às punições administrativas por violação das mesmas, bem como por condutas antiéticas.

Por sua vez, o Regimento Interno do Corpo Clínico dos hospitais deve claramente explicitar que o médico não-integrante de seu Corpo Clínico pode efetuar as internações porventura necessárias. Entendemos, portanto, que o artigo 25 do CEM é um meio eficaz para combater a concorrência desleal e garantir à comunidade melhores condições de acesso aos níveis técnicos de atendimento, prevenindo também desvios éticos.

Finalmente, o ato de impedir que o médico interne seu paciente em hospitais privados, com ou sem caráter filantrópico, além de ser medida inconstitucional, caracteriza flagrante infração ao Código de Ética Médica.



Em tempos atuais, a norma das portas abertas se consolida com a Resolução CFM nº 2.217/2018 - Código de Ética Médica, que em seu Capítulo II se refere aos Direitos dos Médicos, sendo mais específico, o inciso VI:

Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição (CFM, 2018, p. 5).

Portanto, a partir das referências supracitadas, busca-se construir a analogia correlacional para fundamentar o devido livre acesso do *Personal Trainer* às academias e entidades similares, mesmo que não faça parte do corpo de colaboradores do ente.

4 Portas abertas para a saúde

Do exposto, a respeito das normativas infraconstitucionais, é possível encontrar, clara defesa para com a saúde e vida do consumidor, cidadão, e que se consolida na argumentação frente a primazia constitucional, entendimento que se encontra acima dos interesses privados e econômicos, com objetivo de dar acuidade aos princípios que elevam a saúde e a vida contra a economia voraz que sustenta a concorrência desleal, no intuito de garantir à sociedade condições dignas para optar por melhores níveis técnicos de atendimento e na prevenção de afrontas éticas.

No que concerne as colocações acima, é de extrema importância verificar o conflito que se refere ao livre acesso para o devido exercício profissional *versus* a propriedade privada sob a luz da Justiça em suas respectivas instâncias superiores. Para tanto, cita-se o Recurso Extraordinário Especial nº 27039, São Paulo, relator: Min. Nilson Naves, Superior Tribunal de Justiça, o qual, em sua decisão aponta que o direito do



médico, em internar e dar assistência, mesmo que não seja parte do corpo clínico da entidade, não ofende o direito de propriedade privada:

MEDICO. DIREITO DE INTERNAR E ASSISTIR SEUS PACIENTES. COD. DE ETICA MEDICA APROVADO PELA RESOLUÇÃO CFM N. 1.246/88, ART. 25.
DIREITO DE PROPRIEDADE. COD. CIVIL, ART. 524. DECISÃO QUE RECONHECEU O DIREITO DO MEDICO, CONSUBSTANCIADO NA RESOLUÇÃO, DE "INTERNAR E ASSISTIR SEUS PACIENTES EM HOSPITAIS PRIVADOS COM OU SEM CARATER FILANTROPICO, AINDA QUE NÃO FAÇA PARTE DO SEU CORPO CLINICO, RESPEITADOS AS NORMAS TECNICAS DA INSTITUIÇÃO", NÃO OFENDEU O DIREITO DE PROPRIEDADE, ESTABELECIDO O ART. 524 DO COD. CIVIL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, OU DIREITO DO PROPRIETARIO SUJEITO A LIMITAÇÕES. CONSTITUIÇÃO, ART. 5. - XXIII. 2. E LIVRE O EXERCICIO DE QUAL TRABALHO. A SAUDE E DIREITO DE TODOS. CONSTITUIÇÃO ARTS. 5. - XIII E 196. 3. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1993, p. 268).

Sob a ótica do relator Min. Roberto Barroso, Supremo Tribunal Federal, o qual negou o suprimimento de Recurso Extraordinário nº 768627, Espírito Santo, em que a parte apelante argumentava que o art. nº 25 do Código de Ética Médica ofendia o direito da propriedade privada:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. 1) exceção de res iudicata. Ações. tríplex identidade. CPC, art. 301, § 2º. 2) art. 25 do Código de Ética Médica. ofensa ao inc. II, do art. 170, da CF/88. Inexistência. observância da função social da propriedade. Recurso improvido. 1. Para ser acolhida a exceção de res iudicata, haverá de concorrer, entre as duas ações, a tríplex identidade de partes, pedido e causa de pedir (CPC, art. 301, § 2º). 2. A norma inserta no art. 25 do Código de Ética Médica, estatui como direito dos médicos a internação e assistência dos seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não façam parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição. Deste reconhecimento, ao contrário do asseverado pela Apelante, não se infere qualquer ofensa ao inc. II, do art. 170, da CF/88, vez que o referido dispositivo deve ser interpretado em consonância com a norma inserida no subsequente inc. III, consagrador da necessidade de observância da função social da propriedade. Recurso improvido." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da



Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, XXXVI, XIII; e 170 da Constituição. Aduz que “os acordos judiciais e/ou contratos, quando firmados por pessoas capazes e atendidos os requisitos da lei, são considerados atos jurídicos e acabados, e, por conseguinte, qualquer tentativa de desrespeitar este ato fere a Carta magna”. O recurso não pode ser provido, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário interposto para uma nova apreciação dos fatos e do seu enquadramento à legislação processual que disciplina, de forma específica, o instituto da coisa julgada e seus limites objetivos. Nesse sentido, veja-se a ementa do RE 575.974-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Ayres Britto: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONTROVÉRSIA REFERENTE AOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. AFRONTA AO INCISO XXXVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO REFLEXA. SÚMULA 279/STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS INCISOS XXXV, LIV E LV DO ART. 5º E AO INCISO IX DO ART. 93 DA MAGNA CARTA. INSUBSISTÊNCIA. 1. A discussão em torno dos limites objetivos da coisa julgada pertence ao plano infraconstitucional. Precedentes. 2. Incidência da Súmula 279/STF. 3. Ofensa às garantias constitucionais do processo, se existente, ocorreria de modo reflexo ou indireto. 4. O acórdão está devidamente fundamentado, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. 5. Agravo regimental desprovido.” Ademais, para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, necessária seria a interpretação da legislação infraconstitucional pertinente e a análise das cláusulas contratuais, procedimentos inviáveis em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 454/STF. Diante do exposto, com base no art. 557, caput, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 03 de agosto de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator. (BRASIL, 2015, p. 254).

A partir do exposto, fica evidente o embasamento jurídico oriundo de instâncias superiores, que aclaram a primazia das portas abertas e em benefício do consumidor e do profissional.

Considerações finais;

Sob a égide das normas que protegem a parte mais vulnerável dessa relação triangular, ou seja, o consumidor, pode-se afirmar que, há indícios suficientes para se levantar os devidos questionamentos críticos construtivos que tangem à cobrança da taxa de *personal*.



Sendo avassaladora a quantidade de normas, as quais protegem o consumidor, o qual retifica-se, ator mais vulnerável e menos esclarecido dessa relação, pois não possui a devida informação relativa à cobrança, ou mesmo, sobre os seus respectivos direitos, um completo estado de submissão à ignorância estimulada por escusa intenção empresarial, o que acaba por forçar o consumidor a arcar com os valores cobrados pela empresa, mas por meio de repasse via *personal trainer*.

Sob a análise contratual das empresas é possível identificar diversas variações relativas ao acesso a *personal trainer*, porém, ausência de esclarecimentos em relação a taxa de *personal*, talvez com o intuito de desacreditar qualquer perspectiva de abusos contra o consumidor, sejam eles: venda casada, venda condicionada, exigir vantagem excessiva, recusa da real prestação de serviços, prevalência da fraqueza ou ignorância do consumidor, sobretaxação; e assim forçar o entendimento no que afeta, de forma restrita, ao acesso do *personal trainer* às academias, clara pretensão de ludibriar o consumidor com termos que visam substituir a nomenclatura taxa de *personal*, por cadastro ou locação, permitido apenas ao corpo de profissionais da entidade configurando-se como formas que venham a desfocar o impacto direto ao consumo e uma forma de driblar o mesmo e dividir a responsabilidade com o *personal trainer*.

Diante aos diversos projetos de leis e normas sancionadas, e as quais já estão vigentes, no trato do fim da taxa de *personal* e do livre acesso do *personal trainer*, é possível afirmar que há grande debate sobre o assunto, sendo veiculado também pelo sistema CONFEF/CREFs, portanto, o tema está sendo descortinado, a fim de dar maior conhecimento público, não dando oportunidade às partes prestadoras de relatar desconhecimento de causa.



No contexto que busca a análise de princípios doutrinários, universalidade, integralidade e equidade que valoram o exercício de uma prática fomentada na ética, acima das relações de mercado ou mesmo restrita a pessoas naturais ou jurídicas, fica nítido que o ambiente empresarial não pode se perder defronte a função empresarial e deve-se adequar aos direitos de seus consumidores.

Quando o tema, é devido comparar a situação mais debatida e alicerçada por direito infraconstitucional, caso relativo aos direitos dos médicos, sob a luz das instâncias superiores, é possível aclarar o limite da tríplice relação sustentada por princípios que estão fomentados constitucionalmente, e que desvelam os abusos praticados contra os direitos dos profissionais e dos consumidores.

Diante deste desafio temático que envolve o ator, *personal trainer*, é cabível afirmar que o mesmo é parte envolvida e intermedia tal situação, portanto, cabe a devida responsabilidade sobre o impacto do tema em questão, destarte, não se pode passar por desinformado e nem se abster frente ao panorama que ganha publicidade ao olhos do profissional.

Contudo, o objeto que se refere a tal cobrança ainda encontra-se ofuscado aos olhos dos consumidores, o que recai em maior obrigação aos ombros do profissional e de suas respectivas entidades representativas, para que, assim, haja o devido equilíbrio dessa relação, no intuito de esclarecer que, se faz necessária a devida intervenção normativa do sistema CONFEF/CREFs, em busca da solução e em prol do interesse da sociedade. Conforme o exemplo ocorrido na área médica, sendo a normativa do Conselho Federal de Medicina, um remédio eficaz, efetivo e eficiente, o qual foi devidamente interpretado pela justiça, em suas instâncias superiores, e referendou o iluminar que se estende para demais questões análogas.



Porém há uma outra luz, a qual aponta o caminho correto devido à ausência de ação do sistema CONFEF/CREFs, tal lamparina está nas mãos das entidades representativas e de seus respectivos profissionais, os quais devem se empenhar no processo de esclarecimentos à sociedade e nas ações em prol da norma positivada via casas legislativas, a qual porá fim à excitação econômica vexante, devassa e acrítica, que custa não só valores vinculados às taxas de *personal*, mas também dará efetividade aos direitos e a dignidade dos envolvidos.

Por fim, é possível preconizar, a partir da perspectiva do presente estudo que, a tal taxa de *personal* é mais que uma cobrança ao *personal trainer*, a qual limita o livre exercício profissional do mesmo, ela se trata de ação abusiva contra o consumidor e que extirpa a dignidade de ambos, consumidor e profissional, uma afronta à saúde da sociedade, com o claro intuito de promover a inanição dos direitos fundamentais em prol do capitalismo exacerbado.

Referências

ACADEMIA BLUE FIT. **Normas de Utilização**. Blue Fit, 2018. Disponível em: <<https://bluefit.com.br/storage/app/uploads/public/5aa/29d/e4a/5aa29de4a7159000242172.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

ACADEMIA BLUE FIT. **Termo de Adesão**. Blue Fit, 2018. Disponível em: <<https://bluefit.com.br/storage/app/uploads/public/5ab/195/566/5ab195566d439304244672.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

ACADEMIA BODYTECH. **Contrato de prestação de serviços para prática de atividades físicas por adesão**. Academia Body Tech, 2013. Disponível em: <<https://terms.bodytech.company/terms/ITAIM/ITAIM.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

ACADAMIA IT SELF. **Regulamento interno** – Selfit academias. Self It, 2017. Disponível em: <http://cdn.selfitacademias.com.br/Normas_de_Utilizacao.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2019.



ACADAMIA IT SELF. **Termo de adesão plano blue**. Self It, 2018. Disponível em:

<http://cdn.selfitacademias.com.br/TERMO_DE_ADESAO_PLANO_BLUE.pdf>.

Acesso em: 02 de julho de 2019.

ACADEMIA RUNNER. **Plano Básico Unidade**. Academia Runner, 2018. Disponível em:

<<https://novosite.runner.com.br/storage/app/uploads/public/5aa/ada/814/5aaada81489c6181089025.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

ACADEMIA RUNNER. **Regulamento interno da academia**. Academia Runner, 2018. Disponível em:

<<https://novosite.runner.com.br/storage/app/uploads/public/5aa/acb/c0a/5aaacbc0a58ce965516297.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

ACADEMIA SMART FIT. **Termo de adesão**. Smart Fit, 2019. Disponível em:

<<https://www.smartfit.com.br/attachments/9b3e1a578d75d62d33c2c78c318eb27d126b8036/store/02209d8f03b84f56556e2a84e0e5295461f35af54436158361d65fa9d565/file.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

ACADEMIA SMART FIT. **Normas de utilização** Smart Fit. Smart Fit, 2019.

Disponível em: <<https://www.smartfit.com.br/contract/br/normas.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

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

<<http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>>. Acesso em: 12 de julho de 2019.

ARAÚJO, Márcia Rosa de. **Livre acesso para os médicos**. Rio de Janeiro: CFM, 2013. Disponível em: <

http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20083&catid=46:artigos&Itemid=18>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PERSONAL TRAINER EM SERGIPE - **ABPT**. Aracaju: Facebook. Disponível em: <

<https://www.facebook.com/AssociacaoSergipanadePersonalTrainer/>>. Acesso em: 21 de julho de 2019.

ASSOCIAÇÃO PARAIBANA DE PERSONAL TRAINERS - **ASPPET**. João Pessoa:

Usuário do Facebook. Disponível em: < <https://www.facebook.com/ASPPETPB/>>.

Acesso em: 17 de julho de 2019.

BORGES, Gustavo. Taxa para Personal Trainer em debate - Projeto de lei

2885/2015 prevê punições para academias que cobrarem taxa do personal de



aluno regularmente matriculado representantes se posicionam. Rio de Janeiro: CONFEF. **Rev. Educação Física (Dig.)** [online]. 2016, n.62, p.33. Disponível em: <http://www.confef.org.br/extra/revistaef/arquivos/2016/N62_DEZEMBRO/16_TAXA_PERSONAL_TRAINER_DEBATE.pdf>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

BRASIL. CÂMARA FEDERAL. **Projeto de Lei nº 7492/2017**. Acrescenta ao Art. 3º - A à Lei nº 9.696, de 1º de setembro de 1998, para dispor sobre o acesso do profissional de educação física a academias de ginástica ou estabelecimentos similares para acompanhamento e orientação de aluno regularmente matriculado, bem como a nulidade de cláusulas contratuais que imponham pagamento de contraprestação para o exercício da atividade. Brasília: Câmara Federal, 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2131285>>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. CÂMARA FEDERAL. **Projeto de Lei nº 10297/2018**. Veda a cobrança em academias de ginástica e similares de valores adicionais de clientes/beneficiários ou profissionais de educação física autônomos (personal trainers), nas hipóteses que especifica. Brasília: Câmara Federal, 2018 Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2176340>>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. CÂMARA FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2488/2019**. Assegura o acesso dos profissionais de educação física autônomo (personal trainer) às academias de ginásticas e similares para o acompanhamento de seus clientes/beneficiários e dá outras providências. Brasília: Câmara Federal, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2199135>>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. CÂMARA FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2664/2019**. Assegura acesso livre e sem taxas de Profissionais de Educação Físicas às dependências de quaisquer academias ginásticas e estabelecimentos do gênero. Brasília: Câmara Federal, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200410>>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. CÂMARA FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2885/2015**. Assegura a acesso, independente da cobrança de qualquer valor, de educadores físicos a estabelecimentos de prática de exercício físico para acompanhar seus alunos. Brasília: Câmara Federal, 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1703883>>. Acesso em: 31 de maio de 2019.



BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.820** de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos dos consumidores de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2009 Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 17 de outubro de 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução nº 287** de 08 de outubro de 1998. Brasília: Conselho Nacional de Saúde, 1998. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1998/res0287_08_10_1998.html>. Acesso em: 17 de outubro de 2018.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto-lei nº 6.839**, de 30 de outubro de 1980. Dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões. Brasília: Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6839.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Brasília: Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2002. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >. Acesso em: 8 de julho de 2019.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei n.º 12.864, de 24 de setembro de 2013**. Altera o caput do art. 3º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluindo a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde. Brasília: Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12864.htm>. Acesso em: 17 de outubro de 2018.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 8 de julho de 2019.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei n.º 8.080, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 de outubro de 2018.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9696/98**, de 1º de setembro de 1998. Dispõe sobre a regulamentação da Profissão de Educação Física e cria os



respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física. Brasília: Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9696.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 de julho de 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp: 27039 SP 1992/0022713-9**, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data do julgamento: 08/11/1993, T3 – TERCEIRA TURMA, Data da publicação: DJ 07.02.1994, p. 1171, JBCC vol. 174, p. 301 LEXSTJ, vol. 58, p.129, RSTJ vol. 59, p. 268 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NILSON+NAVES%22%29.MIN.&processo=27039&data=%40DTDE+%3E%3D+19931108&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE: 768627 ES - ESPÍRITO SANTO**, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/08/2015, Data de Publicação: DJe-155 07/08/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4455936>>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário** 201.819-9. Relator Ministro Gilmar Mendes, relatora originária. Min. Ellen Gracie, Brasília, 27 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 14 de novembro de 2018.

CÂMARA MUNICIPAL DE ARACAJU. **LEI Nº 4.682/2015**. Assegura aos profissionais de Educação Física, denominados “personal trainer”, o acesso às academias de ginástica de Aracaju para o acompanhamento de seus clientes e dá outras providências. Aracaju: CAM, 2015. Disponível em: <<https://www.drgonzaga.com.br/single-post/2017/09/04/Teste-2>>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - **CFM. Resolução CFM nº 1.231/86**. Brasília: CFM, 1986. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1986/1231_1986.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2019.



CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - **CFM. Resolução CFM nº 2.217/2018.**

Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2018. p.5. Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>.

Acesso em: 08 de julho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFEEF. **Alerta Risco à Saúde.**

Proposta de uma rede de academias coloca em risco a saúde dos usuários. Rio de Janeiro: CONFEEF, 2009. Disponível em:

<http://www.confef.org.br/extra/revistaef/arquivos/2009/N34_DEZEMBRO/11_ALERTA_RISCO_A_SAUDE.PDF>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA – CONFEEF. **Dimensionamento ético da intervenção profissional em educação física.** Rio de Janeiro: CONFEEF, 2017.

Disponível em:

<https://www.listasconfef.org.br/arquivos/publicacoes/dimensionamento_etico_a_ngelo.pdf>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA – CONFEEF. **Estatuto do Conselho**

Federal de Educação Física. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Educação Física-

CONFEEF, 2010. Disponível em: <<http://www.confef.org.br/confef/conteudo/471>>.

Acesso em: 16 de outubro de 2018.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA – CONFEEF. **Resolução CONFEEF nº**

307/2015. Dispõe sobre o Código de Ética dos Profissionais de Educação Física registrados no Sistema CONFEEF/CREFs. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Educação Física-CONFEEF. Disponível em:

<<https://www.confef.org.br/confef/resolucoes/381>>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA – CONFEEF. **Sítio oficial. Rio de**

Janeiro: CONFEEF, 2010. Disponível em:

<<http://www.confef.org.br/confef/conteudo/471>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP.

Código de Ética Médica: e textos legais sobre ética em medicina. 2 ed. São Paulo: CREMESP, 2007. Disponível em:

<http://itarget.com.br/newclients/sbpt.org.br/2011/downloads/temp/Cod_Etica_Med_Cremesp_2007.pdf> Acesso em: 08 de julho de 2019.

DISTRITO FEDERAL. CÂMARA LEGISLATIVA. **Projeto de Lei 1995/2014.** Assegura

o acesso dos Profissionais de Educação Física Personal Trainer às academias de Ginástica do Distrito Federal, para o acompanhamento de seus clientes e dá outras providências. Brasília: CLDF, 2014. Disponível em:



<<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!1795!2014!visualizar.action>>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

FILGUEIRAS, F. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

HONNETH, A. **Luta pelo reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Rio de Janeiro: Editora 34. 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS - **IBGE**. **Busca on line da Classificação Nacional de Atividades Empresariais**. IBGE, Comissão Nacional de Classificação – CONCLA. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <<https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=classe&tipo=cnae&versao=10&classe=93131>>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

ITO, Carol. O fenômeno das academias *low-cost* botou muita gente pra suar. O povo comemora, os professores de educação física se preocupam e a *Trip* investiga como não se quebrar nem no banco nem na esteira. **Revista Trip**. São Paulo: UOL-TRIP, 2019. Disponível em: <<https://revistatrip.uol.com.br/trip/o-phenomeno-das-academias-low-cost-a-trip-investiga-como-nao-se-quebrar-nem-no-banco-nem-na-esteira>>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

LAMARCA, B. R. C. **Regulamentação**: a “luta” das lutas. In: VARGAS, Ângelo (org.). Aspectos jurídicos da intervenção do profissional de educação física, Rio de Janeiro: CONFEF, 2014. p.21-22. Disponível em: <<http://cev.org.br/arquivo/biblioteca/4039105.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

PARAÍBA. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DA PARAÍBA. Lei nº 10774 de 10/11/2016. **Concede aos Profissionais de Educação Física que prestam serviços como Personal Trainer particulares, acesso livre às academias de ginástica, clubes, hotéis e similares, e dá outras providências**. João Pessoa: ALPB, 2016. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=331462>>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Francisco Martins da (org.); AZEVEDO, Luciene Ferreira; OLIVEIRA, Antônio César Cabral de; LIMA, Jorge Roberto Perroux de; MIRANDA, Marcelo Ferreira. **Recomendações sobre condutas e procedimentos do profissional de educação física na atenção básica à saúde**. Rio de Janeiro: CONFEF, 2010. Disponível em:



<https://www.listasconfef.org.br/arquivos/publicacoes/Livro_Recomendacoes.pdf
>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

SILVA, Virgílio Afonso. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, pp. 23/51. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 08 de julho de 2019.



ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO ALICERCE DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE VISANDO PRIORIDADE NA LISTA DE ESPERA POR LEITOS EM UTI

Thaís Cristina Martins Araújo

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário
Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

Rossini Campos do Couto Correa

Doutorado em Teologia ThD, pela Faculdade de Teologia Antioquia Internacional (1998), em Theology, pela Antioch Christian University, em Sociologia, pela Universidade de Brasília (1987) e Doutorado e Pós-Doutorado em Direito Internacional, pela American World University (2002 e 2008). Livre Docente em Direito pela Emill Brunner World University (2015); mestrado em Ciência da Religião pelo Instituto de Ensino Superior Evangélico (1998); mestrado em Direito Canônico pela Faculdade Teológica Panamericana (1998); mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco (1982); bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE-1978) e bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP-1981); professor Titular do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB. É Membro Correspondente do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão-IHGM e da Academia Maranhense de Letras Jurídicas-AMLJ. Pertence à Associação Nacional de Escritores-ANE e é Membro Titular da Academia Brasiliense de Letras-ABrL, Cadeira nº VII, da qual é Vice-Presidente. Membro Titular da Comissão Especial de Educação, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-CFOAB. Patrono da Cátedra Gonçalves Dias

Resumo

O Direito à Saúde enquanto um Direito Social estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal, deve ter uma especial atenção por parte do Estado, ante a necessidade de implementação de políticas públicas para sua concretização. Entretanto, a realidade ainda é uma prestação dos serviços de saúde insuficiente para cumprir com o acesso universal idealizado pela magna carta. Com isso, crescente tem sido a busca pelo poder Judiciário como um mecanismo capaz de compelir o Estado a concretizar as previsões legais, no entanto, por se tratar de uma questão sensível, necessária é a observação dos critérios utilizados pelos juízes ao sentenciar concessão prioritária de leitos em Unidades de Terapia Intensiva, haja vista, a clara interferência numa área alheia ao conhecimento do magistrado, e que a medicina tratou de formular critérios objetivos como meio capaz de tentar solucionar a questão, podendo o juiz em suas decisões, ao observar exclusivamente o caso concreto do autor da demanda, acabar por descumprir com outros princípios de status constitucional, a exemplo, da isonomia.

Palavra-chave: Direito à Saúde; judicialização; prioridade médica; critério das decisões; Unidades de Terapia Intensiva; Central de Regulação de Internação Hospitalar.



Abstract

The Right to Health as a Social Right established in article 6 of the Federal Constitution, must have special attention on the part of the State, given the need to implement public policies for its implementation. However, the reality is still an insufficient provision of health services to comply with the universal access idealized by the magna carta. With this, the search for the Judiciary power has been growing as a mechanism capable of compelling the State to materialize the legal predictions, however, as it is a sensitive issue, it is necessary to observe the criteria used by the judges when awarding priority concession of beds in Intensive Care Units, given the clear interference in an area outside the knowledge of the magistrate, and that medicine tried to formulate objective criteria as a means capable of trying to resolve the issue, the judge being able to make decisions, observing exclusively the specific case of the plaintiff, failing to comply with other principles of constitutional status, such as isonomy.

Keyword: Right to Health; judicialization; medical priority; decision criterion; Intensive Care Units; Hospital Admission Regulation Center.

Introdução

O Direito à Saúde deve ser assegurado a todos e devidamente tutelado pelo Estado, conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 196. Nesse dispositivo é estabelecido como um Direito, que deve ser assegurado pelo Estado ante a implementação de políticas públicas, sempre visando a promoção de uma garantia universal e igualitária.

Diante de um cenário de Unidades de Terapia Intensiva (UTI) lotadas, em razão da insuficiência de leitos para atender à demanda populacional, crescente é a judicialização na saúde como forma de tentar assegurar ao paciente/autor acesso prioritário aos leitos das Unidades de Terapia Intensiva.

Na tentativa de assegurar um Direito constitucionalmente previsto, tem o Judiciário emitido inúmeras decisões no sentido de atender aos pedidos dos usuários da rede pública de saúde, que reivindicam por leitos nas Unidades de Terapia Intensiva.

Importante ponderar que nem todos os pacientes intentam conquistar a referida tutela, quer por falta de informação, quer por descrença pessoal, com pedido judicial, sendo pertinente a análise de: se o Poder Judiciário, em suas



decisões, tem por meio de critérios técnicos adotados pela Central de Regulação de Internação Hospitalar (CRIH), responsável por designar a prioridade dos pacientes baseada num conjunto de critérios médicos que estabelecem um ordenamento e, conseqüente, concessão prioritária do leito de UTI, ou se tem considerado unicamente a necessidade do autor da demanda.

Assim, na tentativa de assegurar o Direito à Saúde, tem o Judiciário com as suas decisões interferido diretamente na área de atuação da Central de Regulação de Internação Hospitalar, devendo, para tanto, ser questionado se tem sido observado não só o quadro específico do paciente que intentou com pedido judicial, mas se tem adotado um olhar amplo quanto às diretrizes de prioridades traçadas pela CRIH, sob pena das concessões de leitos sentenciados pelo Poder Judiciário colidir frontalmente com o princípio da isonomia, por desprezar o Direito daquele que a ele não recorreu.

1. Formação dos direitos sociais

O Projeto de Estado Social está diretamente ligado à relação entre o Estado e a Sociedade enunciados na Introdução dos Direitos Sociais que representam uma nova abordagem para a compreensão e enfrentamento da questão social, sendo incorporados às conquistas dos direitos civis e políticos, que tiveram suas defesas a partir dos séculos XVII e XVIII, durante os movimentos de luta contra o absolutismo. Durante o processo houve luta das classes burguesas contra o poder do Estado representado pelos Reis numa tentativa de aquisição de direitos civis, que tivessem por objetivo limitar o poder Real e do Estado (COUTO, 2008, p. 33).

Marshall cientista social inglês, a partir da realidade de seu país, formulou diferentes tipos de direito de cidadania e verificou em seus três elementos constituintes, ressaltando que esta separação foi decorrente da evolução histórica diferente que cada um destes elementos integrantes atravessou no caso inglês,



sendo as instituições públicas como responsáveis garantidoras de sua vigência assim como relação de correspondência direta com seu surgimento. São estes elementos: o civil, o político e o elemento social (GIOVANELLA, ESCOREL, LOBATO, 2012, p. 26).

A conquista dos direitos civis surgiram no século XVIII, na Europa Ocidental em condições históricas específicas que garantiram a todos os homens (e de modo mais concreto à classe burguesa) a capacidade jurídica de lutar por direitos que garantiriam a liberdade individual. Marshall ressalta de forma correta que não se tratava de possuir este direito de forma automática e passiva, mas que havia condições e possibilidade de alcançá-los sendo os tribunais de justiça as instituições que estavam mais associadas aos direitos civis naquele cenário. (MASTRODI, AVELAR, 2017, OLIVEIRA)

Segundo Marshall, os direitos políticos surgiram, por volta do século XIX, a partir da consolidação dos direitos civis sendo este fator, de acordo com o autor, fundamental para a participação política na Inglaterra. A partir daí o direito político favoreceu a ampliação e criação de novos direitos civis e permitiram que eles fossem ampliados para um contingente maior de pessoas, reparando antigas falhas no entendimento da cidadania, que era a falta do componente democrático – representados e correspondidos a partir deste momento histórico pelo parlamento e os conselhos de governos local (MASTRODI, AVELAR, OLIVEIRA, 2017).

O século XX foi considerado por Marshall como o período de formação dos direitos sociais pois que se realizam na prática ao alcance de um mínimo de bem-estar social e a consolidação destes direitos, somente seria alcançada quando os cidadãos tivessem acesso a este mínimo (MASTRODI, AVELAR, 2017).

Deste modo, o direito a um mínimo de bem-estar seja econômico, segurança ou até mesmo o direito de participar na herança social, levando uma



vida de ser civilizado de acordo com padrões que prevalecem naquela sociedade, constituem em seu conjunto o elemento social sendo, o sistema educacional e serviços sociais as instituições que melhor representam esses direitos (OLIVEIRA).

Convém salientar que a conquista dos direitos não tem evolução linear no tempo nem nos diferentes países, e deste modo a cronologia como fator estático poderá ser sempre questionada. Entretanto, Norberto Bobbio reconhece a importância de Marshall por ele ter atribuído vínculo entre os direitos na sociedade e a cidadania (COUTO, 2008, p. 33 e 34).

No campo do direito é possível classificar estes três elementos em gerações, com o objetivo de melhorar sua compreensão, de acordo com a terminologia de Pisón (1989), Bobbio (1992), Coutinho (2000) e Diaz (1989). Por esta classificação direitos civis e políticos são considerados de primeira geração sendo exercidos pelos homens de forma individual opondo-se à intermediação do Estado para seu exercício, pois o homem tendo como fundamento a ideia de liberdade, que deve ser o titular dos direitos civis, carecendo exercer este direito contra o poder do Estado e no caso dos direitos políticos exercer o direito como meio de intervenção nas ações do Estado (COUTO, 2008, p. 34 e 35).

Os direitos sociais, classificados como sendo de segunda geração, são exercidos pelos homens e da intervenção do Estado que é seu provedor. O cumprimento dos direitos sociais são buscados no âmbito das ações do Estado, devendo entretanto, esta busca ser individual. A ideia de igualdade alicerça a busca de uma meta a ser alcançada, no enfrentamento das desigualdades sociais (COUTO, 2008, p. 35).

De acordo com Bobbio os direitos econômicos, sociais e culturais (denominados em conjunto como direitos sociais ou de segunda geração), tiveram origem com especulações filosóficas de alguns homens iluminados; houve sua positivação em documentos de alcance nacional como a Declaração de Direitos da



Virgínia, na América do Norte em 1776 e posteriormente em documentos de abrangência internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948 (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 759).

Direitos civis, políticos e sociais são distintos, mas intimamente ligados entre si de acordo com Norberto Bobbio que afirma, que sucessivas gerações de direitos são especificações de um núcleo originário de conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e se revelam progressivamente quando a sociedade toma consciência da fórmula inicial, que por sua composição genérica e abstrata, não mais atende às necessidades do homem concreto que neste ponto exige tratamento diferenciado para que se tornem efetivos, pois singulares são seus detentores dos direitos (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 758).

Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas. E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor, um grupo de indivíduos de outro grupo [...] (COUTINHO, 1992, p. 71).

No Estado Social de Direito os Direitos Sociais e liberdades positivas são elementos obrigatórios e cujo objetivo é melhorar as condições dos mais desfavorecidos e a finalidade é a de tornar realidade, a igualdade social (PAULO, ALEXANDRINO, 2010, p. 233).

Portanto, textos normativos não efetivamente aplicados foram objeto de crítica por Marshall, pois se tornam elementos políticos de uma previsão futura pouco efetiva em termos práticos, tendo em vista o Estado nunca ser capaz de implementar os direitos estabelecidos no direito positivo (MASTRODI, AVELAR, 2017).



[...] verificamos que a legislação, ao invés de ser o fator decisivo que faça com que a política entre em efeito imediato, adquire, cada vez mais, o caráter de uma declaração de política que, segundo se espera, entrará em vigor algum dia. As Faculdades dos Condados e os Centros de Saúde nos vêm à mente imediatamente. O ritmo de progresso depende da magnitude dos recursos nacionais e da distribuição destes entre as reivindicações competitivas. Nem pode o Estado facilmente prever qual será o custo do cumprimento de suas obrigações, pois à medida que o padrão que se espera dos serviços aumenta – como deve acontecer inevitavelmente numa sociedade progressista – as obrigações se tornam cada vez mais pesadas. O alvo está se movendo para frente e pode ser que o Estado nunca o atinja. Segue-se que os direitos individuais devem estar subordinados nos planos nacionais. (MARSHALL, 1967, p. 96).

A democracia e a competição eleitoral como parte do ajuste para o exercício do poder, propiciaram transformações sociais e econômicas entre os séculos XVI e XVIII, mudanças estas que fundamentaram a sociedade capitalista que se baseia em princípios que promovem e aumentam a desigualdade. Esta desigualdade e também exploração na esfera econômica são partes componentes da organização da produção capitalista, promovendo a desigualdade como condição para sua continuidade e existência. Deste modo, existe uma constante contradição com fatores políticos e econômicos pois na composição do Estado Moderno, deveria existir indivíduos iguais e livres que por livre vontade estabeleceriam relações de troca protegidos pelo poder político exercido em nome de todos sem que houvesse distinção entre os contemplados, e este poder político seria legitimado por estes mesmos cidadãos (GIOVANELLA, ESCOREL, LOBATO, 2012, p. 27).

Ao longo do processo de dominação burguesa, a cidadania surge como uma possibilidade tendo em vista que o status jurídico de igualdade é uma necessidade para que o mercado estabeleça um crescente desenvolvimento das relações de troca necessárias para sua auto sustentação e crescimento pleno (GIOVANELLA, ESCOREL, LOBATO, 2012, p. 28).



Importante salientar que o acesso às leis e ao sistema jurídico formal constituem formas de garantias para os direitos sociais existentes no arcabouço legal. A dificuldade de acesso àquele sistema garantidor por parte da população sem recursos para ingressar no Sistema Judiciário em busca de seus direitos, reforça percepção de que as leis existem em grande quantidade, mas são pouco efetivas, pois não tem seu real cumprimento (COUTO, 2008, p. 56).

A construção dos direitos no Brasil segundo José Murilo de Carvalho mostra trajetória diversa e inversa daquela apresentada por Mashall na Inglaterra, onde direitos sociais após sua efetivação favoreceram a consolidação dos direitos civis e políticos. Em uma sociedade dependente, com economia baseada na mão de obra escrava com as relações sociais com limites impostos apenas no campo privado, tais fatores refletem diretamente os traços que constituem o direito em terreno no qual “o poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas”. (COUTO, 2008, p. 92) (CARVALHO, 2007, p. 21).

Uma das razões para nossas dificuldades pode ter a ver com a natureza do percurso que descrevemos. A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expressão do direito de voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça pra baixo (CARVALHO, 2007, p. 219 e 220).

José Murilo considera que a grande propriedade baseada no trabalho escravo não era ambiente favorável à formação de cidadãos por fatores diversos dentre os quais: escravos não possuíam direitos civis básicos tais como a integridade física, liberdade, e em casos extremos sequer à própria vida, sendo considerados propriedades do senhor e equiparados a animais. Havia uma parcela



da população que era livre, mas desprovida de condições essenciais para o exercício dos direitos civis pois não tinham acesso à educação assim como, viviam em condições de dependência em relação aos grandes proprietários para funções básicas como moradia, acesso ao trabalho, defesa contra eventuais arbítrios do governo bem como de outros grandes proprietários (CARVALHO, 2007, p. 21).

Fatores que interferem e prejudicam na busca pelos direitos por parcela significativa da população estão relacionados à baixa instrução (fator que faz com que desconheçam seus direitos), condições para fazer valer os direitos perante à justiça pois, o acesso é limitado a uma pequena parcela da população devido a fatores como alto custo para se contratar um bom advogado mantendo fora do alcance do Judiciário uma grande parcela da população. A assistência gratuita prestada pelos defensores públicos como um dever Constitucional do Estado se apresenta na prática em número insuficiente para suprir a imensa demanda. Em 1823 José Bonifácio em uma representação à Assembléia Constituinte afirmou em uma citação lembrada por Murilo : “[...] a escravidão era um câncer que corroía nossa vida cívica e impedia a construção da nação. A desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática” (CARVALHO, 2007, p. 214, 215 e 229).

José Murilo manteve sua postura otimista, ressaltando que a sobrevivência da democracia brasileira, assim como seu tempo de duração possibilitarão as correções necessárias dos mecanismos políticos que irão por sua vez consolidá-la (CARVALHO, 2007, p. 224).

A noção dos deveres, intrínseca à verdadeira concepção de cidadania, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda está em falta nessa relação Estado e Cidadão. Coerente seria que fosse exercida uma relação com papéis e determinações de reciprocidade na qual caberia aos agentes do Estado a promoção do interesse público e aos cidadãos o dever de participar deste



processo. Isto somente se tornará possível com investimento em educação, fator que melhor explica e influencia no comportamento das pessoas diante do seu papel de exercer seus direitos civis e políticos, com reflexo direto na concretização dos direitos sociais (CARVALHO).

2. Saúde: direito social fundamental

104

A Constituição Federal, tratou de estabelecer no artigo 6º, em seu rol exemplificativo, quais são os Direitos Sociais que devem ser respeitados e protegidos pelo Estado enumerando entre eles: o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, dentre outros, como se identifica com a leitura do dispositivo (PUCCINELLI, 2013, p. 383): “art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Resta salientar que a própria Constituição em seu artigo 1º, inciso III estabelece ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos para construção do Estado Democrático de Direito bem como, no artigo 4º tratou o poder constituinte de fixar, a necessidade da primazia dos Direitos Humanos (WOLFGANG, TIMM, 2013, p. 238).

No artigo 5º ainda em seu *caput*, foi destacada a igualdade de todos perante a lei, bem como o Direito à vida, enquanto aquele que não pode ser violado, complementado pela previsão de ser ele munido do status de cláusula pétrea, conforme, se estipula o artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, impossibilitando qualquer proposta realizada no sentido de abolir os direitos e garantias individuais (WOLFGANG, TIMM, 2013, p. 239).

Do estabelecimento do Direito à vida e o resguardo da dignidade da pessoa humana, perpassa a atenção ao Direito à Saúde enquanto Direito Social

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



(WOLFGANG, TIMM, 2013, p. 239), conforme preceitua o autor Dirley da Cunha Júnior, em sua obra Curso de Direito Constitucional:

O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante a Constituição brasileira dispôs que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, *garantido* mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua *promoção, proteção e recuperação* (art. 196). Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor *vida humana*, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 727/728).

Como pode ser observado os direitos sociais não têm sua abordagem restrita ao artigo 6º da Constituição Federal, sendo ele trabalhado em outros dispositivos da Magna Carta de forma mais aprofundada, é o caso do Direito à Saúde, contemplado também, no Capítulo II, Seção II, artigo 196 e seguintes (DEZEN JUNIOR, 2011, p. 94).

Indubitável é, que para assegurar a real existência do direito social à saúde, necessário é o investimento em hospitais públicos e postos de saúde, como meio capaz de possibilitar o fornecimento de vagas para atender à demanda populacional, oferta de medicamentos como forma de assegurar tratamento adequado aos pacientes, investimento no aprimoramento do conhecimento dos profissionais da área para garantir a qualidade na prestação do serviço, manutenção e maior promoção de políticas públicas para divulgação das formas de prevenção de inúmeras doenças, dentre outras medidas devem ser investidas e incentivadas pelo Estado (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 729).

Sendo assim, o Direito à Saúde é aquele que deve ser garantido a todos e cuja promoção necessita da intervenção Estatal, por meio da implementação de políticas públicas efetivas que garantam a sua melhoria. É incontestável que a efetivação dos direitos sociais não ocorre de forma imediata, mas está atrelada a

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



um desenvolvimento paulatino que parte necessariamente, de um processo evolutivo (VASCONCELOS, 2019, p. 294).

Entretanto, estando a administração para a promoção dos direitos sociais limitada aos recursos econômicos, devem ser sopesados três elementos essenciais: a necessidade, a possibilidade econômica e a efetividade na aplicação do recurso dispendido para prestação do serviço, obedecendo assim ao princípio da reserva do possível, conjugando a norma à realidade fática (NASCIMENTO, 2017).

Ademais, pode o Estado ser responsabilizado em razão da previsão do artigo 37, §6º, da Constituição Federal por atitudes comissivas e omissivas. “Na doutrina, ilustres juristas entendem que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo”, acentua Sergio Cavalieri Filho. Não sendo pertinente, portanto, utilizar do argumento de ausência de dotação orçamentária quando tenha tido a administração exercido um mal gerenciamento da verba pública. Ao Estado cabe, para afastar a sua responsabilização comprovar a ausência da ação omissiva ou a quebra do vínculo de causalidade entre a ação e o evento que veio a causar dano ou mesmo, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, excludentes de responsabilidade capazes de desonerá-lo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 299 e 301).

Portanto, embora seja reconhecida a limitação na atuação do Poder Público, pautada na alegação da reserva do possível, para garantia de direitos tidos como fundamentais, está o Estado absolutamente vinculado a ser responsável por proporcionar categoricamente a realização desses direitos bem como, vinculado à promoção do mínimo essencial constitucionalmente estabelecido (BAHIA *et al*, 2014).



3. Judicialização como forma de garantir acesso prioritário aos leitos de UTI

Na tentativa de assegurar não serem os dispositivos constitucionais meras previsões políticas, crescente tem sido a intervenção do Poder Judiciário no sentido de utilizar as suas decisões como meio para obrigar o Estado a cumprir com as determinações legalmente estipuladas e a ele direcionadas, com sua atenção especialmente voltada para garantir que seja devidamente estabelecido o Direito à Saúde enquanto direito social que deve ser prestado a todos, de forma universal e igualitária, obedecendo assim, a previsão do art. 196 da Constituição Federal (BARROSO).

A efetividade dos Direitos Sociais está condicionada a um trabalho competente do Poder Legislativo e Executivo, anexo à implementação de políticas públicas, amparado pelo Poder Judiciário que quando provocado defende, a efetividade desses direitos (QUINTAS, 2016).

Muito embora, é absolutamente necessário ultrapassar a percepção de que o poder judiciário é o meio capaz de sanar as questões deficitárias que assolam a prestação de todo o serviço público de saúde (LIMA, 2017).

Deve-se ter sempre como foco, o estabelecimento do Judiciário como o último meio a ser recorrido, entretanto, é claro ser ele a opção final para tentar assegurar os direitos sociais que acabam sendo desrespeitados por desvio ou ações omissivas realizadas, principalmente, pelo Poder Executivo (PEDRON, DUARTE NETO, 2018).

Entretanto, a judicialização da saúde é delicada, tendo em vista as decisões emitidas pelos magistrados, possibilitarem situações de desequilíbrio quando acabam por priorizar aquele que detém a decisão judicial favorável em detrimento dos demais, que sequer tem informação ou mesmo possibilidade de acesso ao Judiciário. Também deve ser posto, o problema para cumprimento das decisões emitidas pelo Poder Judiciário, enquanto fator que interfere no planejamento e na

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



gestão dos recursos públicos e inclusive, pode ser meio apto à prática de corrupção (LIMA, 2017).

Ademais, ainda é grande a busca pelo acesso prioritário à leitos em Unidade de Terapia Intensiva por intervenção do poder judiciário, o que reflete o quadro grave de insuficiência ou baixa qualidade de infraestrutura dos leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTI), dos Hospitais Públicos que integram o Sistema Único de Saúde. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

O Conselho Federal de Medicina analisando o quadro crítico quanto ao fornecimento de leito em Unidades de Terapia Intensiva, obteve no ano de 2018 a constatação de que tendo como base apenas UTIs localizadas em hospitais públicos, somente 466 dos 5.570 municípios brasileiros, tem o exercício de Medicina Intensiva, conforme trecho da pesquisa:

Os leitos de Unidade de Terapia intensiva (UTI) em estabelecimentos públicos, conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS) ou particulares estão disponíveis em somente 532 dos 5.570 municípios brasileiros. Se considerados apenas os leitos de medicina intensiva da rede pública, apenas 466 destes municípios oferecem tratamento em Medicina Intensiva no País. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Não obstante, o judiciário não pode se transformar no meio natural para que seja garantido à população acesso aos leitos das Unidades de Terapia Intensiva ou mesmo, fórmula para outras necessidades, que enquanto direitos sociais, devem ser protegidos e garantidos pelo Estado. A ruptura deve ocorrer, por exemplo, tendo em vista, a promoção de um direito à saúde de qualidade relacionada ao desenvolvimento econômico, redução burocrática, investimento na qualificação dos profissionais, sem que isso signifique, ao cidadão, seu direito a recorrer ao judiciário tolhido, mas um meio efetivo para proporcionar maior “autonomia ao sistema público de saúde” (LIMA, 2017).



2. Necessidade de critérios adequados para admissão de paciente em Unidades de Terapia Intensiva (UTI)

Diante da realidade Brasileira de insuficiência de leitos em Unidades de Terapia Intensiva para atender ao número de pacientes, foi indispensável para disponibilizar um acesso adequado e pautado na isonomia, a determinação pela medicina de critérios objetivos, estabelecendo como norte, a análise detalhada da necessidade do paciente, assim como, a observação da taxa de probabilidade daquele paciente conseguir evoluir positivamente quando submetido ao tratamento (GUIMARÃES, ORLANDO, FALCÃO, 2008, p. 39).

Muito embora, tenha a Constituição Federal de 1988 assegurado o direito à todos de poder recorrer ao Judiciário para pleitear que sejam os direitos sociais por ela previstos efetivamente implementados, existem óbices intransponíveis, como a limitação de verba destinada à efetivação desses direitos (TAIAR, 2009).

Observando a restrição orçamentária e a necessidade de estipulação de critérios objetivos para o encaminhamento dos pacientes às Unidades de Terapia Intensiva, tratou o Conselho Federal de Medicina de editar no ano de 2016 a resolução 2.156, como forma de direcionar os médicos nessa atribuição, para tanto é necessária a atenção ao artigo 6º da referida resolução:

Art. 6º A priorização de admissão na unidade de tratamento intensivo (UTI) deve respeitar os seguintes critérios:

§ 1º – Prioridade 1: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

§ 2º – Prioridade 2: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

§ 3º – Prioridade 3: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica.



§ 4o – Prioridade 4: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, mas com limitação de intervenção terapêutica.

§ 5o – Prioridade 5: Pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação. Em geral, esses pacientes não são apropriados para admissão na UTI (exceto se forem potenciais doadores de órgãos). No entanto, seu ingresso pode ser justificado em caráter excepcional, considerando as peculiaridades do caso e condicionado ao critério do médico intensivista.

Portanto, a recomendação segundo critérios objetivos, observa a insuficiência de leitos para contemplar à todos. Tendo como base, a análise da efetividade do tratamento em UTI para alteração positiva do quadro clínico apresentado pelo paciente (GUIMARÃES, ORLANDO, FALCÃO, 2008, p. 39). Acentuando, inclusive, o artigo 6º, §5º, da Resolução 2.156 do CFM, não ser preconizado para ocupação de leitos em Unidades Terapia Intensiva, aqueles que são considerados “em fase de terminalidade ou moribundos”, o que salienta não ser o quadro clínico grave ou gravíssimo fator determinante para encaminhamento dos pacientes.

Para que sejam os pacientes devidamente encaminhados e que seja garantido tratamento igualitário, foi criada a Central de Regulação de Internação Hospitalar, formada por médicos, possuindo cada regional um corpo técnico específico em sua composição. Essa central por meio de um sistema computadorizado, organiza os pacientes em grau de prioridade, obedecendo as estipulações do Conselho Federal de Medicina. Havendo abertura de vaga em UTI, os pacientes são devidamente encaminhados para as Unidades Públicas de Saúde, no âmbito do Distrito Federal, nomeada de SES, Secretaria de Saúde do Distrito Federal (GOMES).

Logo, uma decisão judicial deferindo pedido de prioridade à pacientes que se encontram na lista de espera para ter acesso à leito em Unidade de Terapia Intensiva, acaba por interferir na atuação da Central de Regulação de Internação



Hospitalar, responsável por estabelecer segundo critérios objetivos, a ordem dos pacientes que necessitam ser encaminhados aos leitos dessas unidades. Sendo imprescindível ao julgador para fundamentação da sua decisão, fazer uma análise minuciosa, obedecendo aos critérios dispostos na medicina, com atenção à realidade fática, para que as suas deliberações não sejam meramente dulcificantes e ainda acabem por provocar um tratamento desigual, atropelando o Poder Judiciário, os Direitos daquele que a ele não recorreu (LIMA, 2017).

Considerações finais

Assistência à Saúde, um Direito Social estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal, exige do Estado medidas concretas para sua implementação. Entretanto, a prestação dos serviços nessa área ainda tem sido deficitária, resultando em um grande número de ações judiciais pleiteando dentre outros direitos, o fornecimento de leitos em Unidades de Terapia Intensiva (UTI).

Imprescindível, portanto, é voltar a atenção ao cenário de UTIs com vagas insuficientes para as demandas atuais encontradas nos Hospitais Públicos, e em razão da insuficiência de leitos para atender à demanda populacional, a ocorrência de crescente judicialização na saúde como uma forma de assegurar por medida impositiva ao Executivo e em favor do paciente/autor acesso prioritário aos leitos das Unidades de Terapia Intensiva.

Em razão desse aumento no número de demandas, grande tem sido a interferência do Poder Judiciário na seara médica, sendo pertinente avaliar se tem sido observado nas decisões proferidas o respeito aos critérios técnicos adotados pela Central de Regulação de Internação Hospitalar (CRIH), responsável por designar a prioridade dos pacientes baseada num conjunto de critérios médicos para concessão de leitos em Unidades de Terapia Intensiva, ou se as sentenças têm se baseado exclusivamente na análise das necessidades do autor: portanto, a análise de um caso e direito individual em detrimento do coletivo. Uma vez que, o Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



estudo de um caso individualizado realizado pelo Judiciário, na tentativa de garantir direito social fundamental, pode acabar por colidir frontalmente com o princípio da isonomia, também constitucionalmente tutelado, haja vista que nem todos os pacientes protocolam pedido judicial para concessão de leitos em UTI.

O direito à saúde enquanto um direito social necessita impreterivelmente, de sentenças responsáveis que envolvam a matéria, tendo uma visão ampla e consciente, a ponto de não se ater ao quadro específico do paciente que intentou um pedido judicial, haja vista que agindo dessa forma, estaria o Poder Judiciário deixando de ser o último meio para a efetivação do serviço público de saúde e favorecendo que a ausência de informação, diretamente atrelada a fatores educacionais e fatores econômicos, sejam mecanismo favorecedores de um tratamento que acaba por colidir frontalmente com o princípio da isonomia, tornando as decisões incompatíveis com os fundamentos da Magna Carta.

Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco *et al.* Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. 07/2014. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, p. 127-141, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507418>.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, tradução de Carlos Nelson Coutinho, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil o longo caminho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



CARVALHO, José Murilo de. **O conceito de cidadania e sua importância para o Brasil**. Disponível em: <https://docs.academicoo.com/user/luiznegro/o-conceito-de-cidadania-e-sua-importancia-para-o-brasil.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Menos de 10% dos municípios brasileiros possuem leito de UTI**. 12 de Setembro de 2018.
https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27828:2018-09-04-19-31-41&catid=3.

COUTO, Berenice Rojas. **O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: podivm, 2010.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Constituição federal esquematizada**. 2. ed. Brasília: Vestcon, 2011.

GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012, p. 26.

GOMES, Celi. **Central de Regulação controla consultas, exames e leitos de UTI**. Secretaria de Saúde do Distrito Federal. GDF. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/central-de-regulacao-facilita-agendamento-de-consultas-e-exames/>.

GUIMARÃES, Hélio Penna, ORLANDO, José Maria da Costa e FALCÃO, Luiz Fernando dos Reis. **Guia Prático de UTI**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2008.

LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want. Repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. 10/2017. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536852>.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 96. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/999642/mod_resource/content/1/MARSHALL%20-%20H.%20Cidadania-Classe-Social-e-Status.pdf.



MASTRODI, Josué, AVELAR Ana Emília Cunha. **O conceito de cidadania a partir da obra de T. H. Marshall**: conquista e concessão. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17(33): 3-27, jul.-dez. 2017. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/viewFile/3451/2072>. Acesso em: 26 fev. 2020.

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

NASCIMENTO, Ana Franco do. Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível. 12 fev. 2017. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>.

OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. **A Cidadania é para todos. Direitos, deveres e solidariedade**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/a-cidadania-e-para-todos.direitos-deveres-e>. Acesso em: 26 fev. 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud e DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. 04/2018. **Revista de informação legislativa**, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/552751>.

PUCCINELLI, André. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. 01/2016. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/519997>.

TAIAR, Rogério. A efetividade dos direitos humanos e a cláusula da reserva do possível. 04/2009. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 182, p. 41-50, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194914>.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WOLFGANG, Ingo e TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



BIOÉTICA, DIREITO E DIGNIDADE

Nara Rejane Moraes da Rocha

Doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA); mestra em Ciência Jurídica (UNIVALI/SC) e em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad (Alicante/Espanha); pesquisadora do Grupo Jean Monnet de Integração Europeia (Bruxelas) e do Grupo Principiologia, Constitucionalismo, Regulação e Juridicidade; coautora da obra Temas contemporâneos de direito latino-americano (2018).

115

Resumo

Este trabalho aborda principalmente a reprodução assistida e a dignidade da pessoa humana no que concerne a Bioética e ao Biodireito, notadamente no que tange a legislação brasileira.

Palavras-chave: Bioética; Biodireito; Dignidade da Pessoa Humana.

Resumen

Este documento se ocupa principalmente de la reproducción asistida, y la dignidad humana en relación con la bioética y Bioderecho, especialmente con respecto a la legislación brasileña.

Palabras clave: Bioética; Bioderecho; La dignidad de la persona humana.

Sumário. Introdução. Introdução. 1. Conceitos operacionais relevantes 1.1 Bioética. 1.2 Biodireito. 1.3 Reprodução assistida. 1.3.1 Cessão temporária de útero, também conhecida por “barriga de aluguel”, “mãe de aluguel”, “mãe hospedeira”, “maternidade de substituição”. 1.3.2 Doação temporária de útero= “barriga de aluguel” no Brasil. 2. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e legislações correlacionadas à reprodução assistida. 2.1 Princípios gerais das técnicas de reprodução assistida. 2.1.1 Processo internacional de guarda de filho que mãe de aluguel não quis entregar o bebê. 2.2 Legislação brasileira acerca da doação temporária de útero - Resolução CFM nº 1.957/2010. 2.3 Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. 2.4 Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. 2.4.1 Direito a tratamento com fertilização custeado pelo governo¹¹ - REsp 1617970. Bioética, dignidade da pessoa humana e Projeto de Lei 4.892/2012.. 3.1 Dignidade da Pessoa Humana. 3.2 Paternidade em seara de Direito Civil. 3.3 A repercussão geral da paternidade responsável à luz do Recurso Especial 898.060 de Santa Catarina. 3.4 Projeto de Lei n. 4. 892 de 19 de dezembro de 2012. 4. Conclusão. 5. Referências.

Introdução

Inicialmente apresenta-se a reprodução assistida como tema de relevância,

¹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Rio de Janeiro deverá custear tratamento com fertilização in vitro.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Rio-de-Janeiro-dever%C3%A1-custear-tratamento-com-fertiliza%C3%A7%C3%A3o-in-vitro>. [Acesso em 23-09-2016].



por não ter legislação que ampare os filhos de doares ao direito de buscarem sua origem genética. Em caso de edição de lei que permita o conhecimento da origem genética, atrairia os direitos sucessórios? E ainda, neste questionamento tem o doador o direito ao sigilo de sua doação?

Assim, trata-se da origem genética de filhos de doadores, assim como, os conceitos operacionais de Bioética, Biodireito e temas correlacionados.

Aclara-se objetivamente as legislações brasileiras relacionadas a reprodução assistida e a dignidade da pessoa humana, dentre outras.

Evidencia-se que o projeto de lei que trata do tema da reprodução assistida não teve andamento justamente por sofrer pressões para que não seja possibilidade a identidade do doador para que não se tenha efeitos sucessórios ou até mesmo de pensão alimentícia.

1 Conceitos operacionais relevantes

Apresenta-se os conceitos de Bioética, Biodireito e Dignidade Humana por ser importante na compreensão da análise sobre a reprodução assistida e omissão legislativa quanto a possibilidade de identificar o doador do material genético.

1.1 Bioética

É uma ética aplicada, chamada também de “ética prática”, cuja finalidade está em “dar conta” dos conflitos e controvérsias morais implicados pelas práticas no âmbito das Ciências da Vida e da Saúde do ponto de vista de algum sistema de valores (chamado também de “ética”).

A ética da vida compreende: *Bio*=vida e ética. Assim, poder-se-ia dividir a Bioética em dois grandes ramos: Macro bioética e Micro bioética. A macro bioética



seria a ética que visa o bem da vida em sentido amplo encontra-se direcionada ao macrossistema da vida, e estaria diretamente ligada ao meio ambiente e ao Direito Ambiental. A micro bioética, inserida no objeto da bioética. Seria a ética da vida humana, como um modelo de conduta que procurasse trazer o bem à humanidade, e, ao mesmo tempo, a cada um dos indivíduos componentes da humanidade.

Notoriamente, os avanços médico-científico-tecnológicos têm-se utilizado os termos "bioética" e "biodireito" relacionando-os a proteção da vida humana, principalmente com o intuito de proteger todos os seres humanos que estejam diretas, ou indiretamente, envolvidos em experimentos científicos.

1.2 Biodireito

É o conjunto de leis positivas que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bióticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação assim como, sobre a necessidade de ampliação ou restrição de legislação adequada.

1.3 Reprodução assistida

Segundo Genival Veloso de França, a reprodução humana assistida é o

...conjunto de procedimentos tendentes a contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada (FRANÇA, 2001, p. 225)

1.3.1 Cessão temporária de útero, também conhecida por "barriga de aluguel", "mãe de aluguel", "mãe hospedeira", "maternidade de substituição".



É a cessão de útero para a gestante de filho concebido pelo material genético de terceiro. Este terceiro em alguns países é denominado contratante, e assim, a criança gerada deverá ser entregue logo após o nascimento, assumindo a mãe que alugou, a condição de mãe, possibilitando assim uma mãe ou pai de conceber um filho biológico fora de ventre biológico.

1.3.2 Doação temporária de útero= “barriga de aluguel” no Brasil.

A doação temporária de útero é permitida na Europa e proibida no Brasil. Aclara-se que no Brasil pode ser feita, desde que a doadora do útero tenha um grau de parentesco até 4º grau, como avó, mãe, filha, tia ou prima, assim como, a fecundação dos gametas do casal para esse fim, só pode ocorrer caso exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética. Segundo os especialistas, qualquer caso deve ser avaliado e acompanhado por uma clínica de reprodução assistida.

2. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e legislações correlacionadas à reprodução assistida

A Constituição brasileira trata a dignidade da pessoa humana em seu duplo significado, ora como princípio fundamental, ora como princípio geral.

No preâmbulo, da Constituição brasileira está firmado o Estado Democrático de Direito, como forma de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais.

Posteriormente, no artigo 1º, incisos. I e II e no artigo 170, *caput*, verifica-se a incumbência da ordem econômica em assegurar a todos uma existência digna.



No artigo 226, §7º, o texto constitucional trata da família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

No bojo do artigo 6º da Constituição Federal, encontra-se o mínimo que cada indivíduo necessita: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, sendo assim, são direitos ligados a dignidade da pessoa humana

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, concluímos que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens”¹².

Se comparado o texto ao da Constituição brasileira de 1988 que optou por “todos são iguais perante a lei [...]”, verifica-se que a diferença se encontra na expressão “todos”. No texto da ONU o significado está entendido como: “[...] significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade e dignidade e direitos”.

A família é importante instrumento da realização da maternidade no Brasil, pois ela que se dispõe a suprir a necessidade de um útero para uma vida ser desenvolvida.

2.1 Princípios gerais das técnicas de reprodução assistida

No Brasil as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de

¹² FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Versão em português. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. [Acesso em 23-09-2016].
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

As condições da utilização das técnicas de RA podem ser utilizadas, porém, deve existir probabilidade efetiva de sucesso e ainda, que, não coloque a paciente em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

No que concerne ao consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

Cabe salientar que as informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Ressalta-se que as técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Segundo as normas brasileiras, está vedada a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana. Ocorre que, o número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

Por fim, em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.



2.1.1 Processo internacional de guarda de filho que mãe de aluguel não quis entregar o bebê.

Um casal gay ganha guarda da filha após briga com mãe de aluguel na Justiça. A criança nasceu em janeiro de 2015 de barriga de aluguel na Tailândia. Os pais tiveram que esperar mais de 1 ano para conseguir deixar o país asiático.

Gordon Lake e seu marido, o espanhol Manuel Valero, conseguiram na Justiça a guarda da filha Carmen.

O americano Gordon Lake e seu marido, o espanhol Manuel Valero, venceram a disputa na Justiça da Tailândia pela guarda da filha, que havia nascido em janeiro do ano passado de uma barriga de aluguel.

A briga começou depois que a mãe de aluguel, a tailandesa Patidta Kusonsrang, se recusou a assinar os documentos necessários após o nascimento do bebê chamada Carmen. Sem os papéis, o casal não pôde deixar o país asiático com a criança.

Ressalta-se que a Tailândia proíbe que estrangeiros recorram a barriga de aluguel, todavia, isto se deu por conta de o casal acusado de abandonar bebê com Down.

Os dois homens, que vivem na Espanha, passaram mais de um ano em Bangcoc lutando pela guarda da menina. Uma decisão da Justiça tailandesa deu a guarda ao casal. O país asiático sempre foi um destino popular de casais estrangeiros que buscavam mulheres para serem barrigas de aluguel. Ocorre que, após um casal australiano abandonar um bebê gerado no país por ter nascido com síndrome de Down, a lei foi alterada.

Em fevereiro de 2015, o governo tailandês aprovou uma lei proibindo casais estrangeiros de contratar barrigas de aluguel no país. Mas, no julgamento,



a defesa do casal Gordon Lake e Manuel Valero sustentou que a filha tinha nascido antes de a lei entrar em vigor.

2.2 Legislação brasileira acerca da doação temporária de útero - Resolução CFM nº 1.957/2010¹³

122

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de Reprodução Assistida para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Contudo, cita-se o caso ocorrido no Paraná, o qual no processo principal o Ministério Público alegou que houve negociação de uma gravidez, e requereu a anulação do registro de paternidade e ainda, que o menor fosse encaminhado a um abrigo para que participasse de processos de adoções.

A família recorreu em face da decisão do TJ/PR, e o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luís Felipe Salomão, deu parecer favorável e concedeu a guarda da criança aos pais que a registraram.

Ressalta-se que nesta lide tratou-se de atos em que o pai que no intuito de constituir família com filhos, vendo sua esposa impossibilitada de tê-los, procurou uma prostituta para que a mesma gerasse o bebê, todavia os custos dessa relação seriam todos de responsabilidade dos futuros pais.

¹³ Portal Médico. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. [Acesso em 23-09-2016].

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Ocorre que, após o nascimento da criança, a prostituta não mais teria vínculos e a criança seria de registro dos futuros pais. Portanto, o ministro Salomão garantiu a proteção à criança, para que psíquica e emocionalmente não se propagassem violações.

No caso em questão é um grande problema, em por um lado a mãe biológica e por outro a mãe afetiva, mas mesmo que a atitude do pai tenha sido inadequada, pois legalmente poderia regularmente se inscrever nos cadastros de adoção, ainda assim tal atitude não poderia prejudicar o interesse do menor de maneira devastadora.

2.3 Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Esta lei regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”, e ainda trata o Estado como provedor, de recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, o qual estabelece proibição de qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Ocorre que, o planejamento familiar como parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde, e assim as mulheres que por problemas de saúde não tenho condições de gerar uma vida tem o atendimento nos órgãos públicos de Saúde no Brasil.

Ressalta-se que as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde brasileiro, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras, a assistência



à concepção e contracepção.

A legislação firma que é dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

2.4 Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

A lei 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Ressalta-se que no cerne do artigo 2º da referida lei a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Assim tem o Estado de garantir a saúde em que, consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

2.4.1 Direito a tratamento com fertilização custeado pelo governo¹⁴ - REsp 1617970¹⁵

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão

¹⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Rio de Janeiro deverá custear tratamento com fertilização in vitro**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Rio-de-Janeiro-dever%C3%A1-custear-tratamento-com-fertiliza%C3%A7%C3%A3o-in-vitro>. [Acesso em 23-09-2016].

¹⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1617970**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>..[Acesso em 23-09-2016].



de segunda instância que condenou o Estado do Rio de Janeiro a custear, em rede pública ou privada, tratamento com fertilização *in vitro* a mulher que apresenta dificuldades para engravidar e não tem condições financeiras de arcar com o procedimento. A decisão foi unânime.

No pedido inicial, a mulher de 35 anos, moradora de Mesquita (RJ), narrou que possuía endometriose profunda, além de obstrução das trompas, motivos pelos quais não conseguia ter filhos de forma natural. Em 2011, ela realizou cirurgia bem-sucedida para controle das enfermidades e, após o procedimento, recebeu a indicação de tratamento por meio de fertilização *in vitro*.

Sem condições financeiras para custear o tratamento, estimado em R\$ 12 mil, buscou o Sistema Único de Saúde (SUS) para fazer a fertilização, mas foi informada de que apenas um hospital, localizado em Campos dos Goytacazes (RJ), realizava o procedimento recomendado.

Durante consulta no hospital indicado, ela recebeu a notícia de que o tratamento gratuito era restrito a moradores de Campos dos Goytacazes, em razão de convênio estabelecido entre a prefeitura e o centro médico.

3. Bioética, dignidade da pessoa humana e Projeto de Lei n. 4. 892 de 19 de dezembro de 2012

A bioética, conforme Roberto Andorno (1997) deve estar inserida na dignidade da pessoa humana, pois ocorreram inúmeras violações ao ser humano, sob o pretexto do interesse científico.

Ricardo D. Rabinovich-Berkman ensina que o conhecimento do passado aparece como:

[...] afición ya em remotismos documentos escritos. [...] La experiencia com pueblos que en los siglos XIX y XX no empleaban la escritura, muestra que los relatos históricos formaban una parte impostantissima de los paquetes culturales que se iban transmitiendo de una generación a outra.



[...].RABINOVICH-BERKMAN, 2016, p.29.

Cita-se um relato histórico importantíssimo na Bioética, elaborado no período da Segunda Guerra Mundial, pois, diversas experiências foram praticadas pelos japoneses e nazistas alemães, tais como a infestação de prisioneiros com doenças para testar vacinas e a esterilização e amputação de membros.

Ricardo Rabinovich-Berkman cita que nos anos de 1869 o primo de Darwin, Francisco Galton seguindo as ideias da obra sobre a origem das espécies escreveu Genio hereditário, livro que falava sobre a conveniência de o Estado intervir na melhora das raças humanas.

[...] desde fines del siglo XIX aparecieron leyes em Europa y América influenciadas por estas ideas, que eran compartidas fogosamente por muchos intelectuales de renombre y, entre ellos, cantidad de juristas. Esta tendencia se hizo más flertes en las primeras décadas del siglo XX y desembocó en las normas eugenésicas y racistas de la Alemanha nazi, sobre todo desde 1935. Los principios de este “derecho biológico”, pues, no habían de buscarse dentro del terreno jurídico, sino del de la biologia (concretamente, em las escuelas eugenésicas herederas de Darwin y Galton)”. RABINOVICH-BERKMAN, 2013, pp. 26-7.

E assim, a desconfiança sobre tais pesquisas serem preconceituosas e excludentes, pois não se tratava de famílias com problemas para ter filhos, mas em intervenção do Estado para que se buscasse a técnica médica para selecionar a vida a ser gerada.

Todavia, a ética na pesquisa, evidencia a necessidade de priorizar a dignidade humana e de buscar a regulamentação criando limites da pesquisa em seres humanos.

Historicamente, como resposta aos horrores praticados na Segunda Guerra, foi instituído em 1947, pelo Tribunal de Nuremberg, o julgamento de vinte e três criminosos de guerra nazistas, dentre os quais, vinte médicos ligados à experimentação em seres humanos.

O Código de Nuremberg, estabeleceu as diretrizes gerais para pesquisa em seres humanos. A doutrina destaca como principais conquistas do código o



reconhecimento do direito do sujeito de pesquisa em retirar-se do experimento e de ser devidamente informados de todas as consequências deste, assim como, a necessidade de estudos prévios sobre a importância da pesquisa e os seus riscos, além da comprovação da capacidade dos pesquisadores.

3.1 Dignidade da Pessoa Humana

127

O amparo constitucional da dignidade da pessoa humana é importante ferramenta em proteção a violações diversas.

O Direito Civil traz em seu bojo epistemológico o direito à vida, do nascer e do morrer, e ainda, de quem é pessoa, de sua filiação, valores existenciais, relações patrimoniais, direitos (isto é, dos direitos que concernem à pessoa), deveres e responsabilidades. Portanto, falar em Direito é falar fundamentalmente em pessoa e em relação - o modo como se estabelecem as relações entre as pessoas (individual ou coletivamente consideradas), e as relações das pessoas com as coisas, bens materiais e imateriais.

Note-se que na reprodução assistida podem surgir direitos, como por exemplo se há direito do embrião. E o que é embrião como bem ressalta Roberto Andorno (1999).

A Constituição da República Brasileira em termos de Direitos Humanos e Acordos Internacionais é regida pelo artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁶

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Art. 5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.



Roberto Andorno ensina que “respeito” e “dignidade” da pessoa humana são instrumentos diferentes, pois respeito é consequência da dignidade. E, ainda, que dignidade se concretiza por meio dos Direitos Humanos.

No que concerne as práticas biomédicas se vinculam diretamente com os direitos humanos fundamentais.

3.2 Paternidade em seara de Direito Civil

Conforme o artigo 1597, do Código Civil:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. BRASIL, lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

É necessária a análise do artigo supracitado por conta de que não se pode restringir a discussão do termo da paternidade somente em paternidade biológica ou sócio afetiva, pois, no Brasil surge uma terceira modalidade, que é a paternidade jurídica ou presumida, oriunda do estudo dos incisos III a V do artigo 1597 do Código Civil.

De acordo com Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), cujo art. 27 é categórico ao afirmar que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Ressalta-se que, a Lei 8.560/92, trouxe a averiguação oficiosa da paternidade, assim como, às formas de reconhecimento voluntário e judicial da



paternidade. E, como forma de reconhecimento judicial, e ainda o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação de investigação de paternidade.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu garantia constitucional à pesquisa genética, nos termos do art. 225, § 1.º inciso II que se deve “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.”

O Brasil ainda se encaminha para aplicação do Direito em seara genética com legislações ainda não completas no enfrentamento da dignidade humana do direito a saber a origem genética como no caso de doares.

Todavia, há um projeto de lei que precisa ter continuidade para enfim dizer quais os direitos reais e consequências de filhos de doadores.

3.3 A repercussão geral da paternidade responsável à luz do Recurso Extraordinário 898.060 de Santa Catarina

O ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, relator do recurso extraordinário n. 898.060 de Santa Catarina em tema de repercussão geral sobre paternidade responsável, aclara que no artigo 226 no seu parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 a finalidade é o respeito à dignidade humana, assim como, a busca para felicidade.

O relator expõe entendimento sobre vínculos de filiação construídos pela relação afetiva ou biológica devem ser atribuídos no melhor interesse do descende.

Apesar da repercussão geral da paternidade responsável, não há menção em paternidade quanto ao doador de material genético e compreende-se que este não é o tema do recurso, porém, em seara de pesquisa busca-se a possibilidade de tal abordagem em temas semelhantes, o que não correu neste recurso.

Extrai-se do acórdão do RE n. 898060/SC o item 11 com a seguinte redação:

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para



fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

Ao final a decisão em acórdão publicado em 29 de setembro de 2016, o qual a Ministra Carmem Lúcia era a presidente do STF, extrai-se o seguinte resultado da repercussão:

130

RE 898060 / SC Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 622 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. Prosseguindo, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Brasília, 29 de setembro de 2016. LUIZ FUX - RELATOR Documento assinado digitalmente

Observa-se o final que trata da filiação biológica ou socioafetiva terá os efeitos jurídicos próprios. Assim, confirma-se o medo da regulamentação da reprodução assistida quanto aos efeitos sucessórios como por exemplo.

3.4 Projeto de Lei n. 4. 892 de 19 de dezembro de 2012

O Projeto de Lei 4.892/2012 institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

A última movimentação do projeto ocorreu em maio de 2017 o qual foi estabelecido que deveria ser apensada disposição para acrescentar ao parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.



Analisa-se o direito a reprodução assistida com reflexos na vida que surgirá desta relação familiar, como um reflexo financeiro de grande importância a dar celeridade ao projeto de lei que poderia ser o instrumento legal que permitisse aos filhos buscarem suas identidades, assim como, os adotados, com a possibilidade de direitos sucessórios.

Considerações finais

Ressalta-se que a questão fundamental da bioética está em respeito as pessoas envolvidas. E, quando se aborda respeito é o todo, ou seja, a vida e o direito de reproduzir.

Neste trabalho aborda-se os conceitos operacionais sobre Bioética, Dignidade da Pessoa Humana, Reprodução Assistida e legislações, o qual trouxe aclaramento sobre o tema no Brasil.

Em relação a reprodução assistida com necessidade da barriga de aluguel, a essência problemática da Bioética está na vida da mãe, que cede o útero para o desenvolvimento da gestação, da vida do bebê e da vida dos pais do bebê, e do bebê, pois todos os envolvidos vivem aspectos emocionais que por vezes pode ser imprevisível e aí surgir o problema principal entre a mãe biológica e a mãe que gerou, ou ainda da mãe que doou material genético e da mãe que esperou seu bebê afetivamente.

Assim, a complexidade é notória, principalmente quando ocorre uma remuneração financeira, pela gestação de aluguel. E isto pode ocorrer por necessidade econômica, porém aí reside o perigo do despreparo emocional, e possíveis brigas pela guarda da criança.

Aclara-se que no Brasil é contra lei a venda de barriga temporária por meio de aluguel.



Contudo, no Brasil o bem-estar da criança é primordial e assim o magistrado deverá julgar conforme o melhor para criança.

Cabe lembrar que as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de Reprodução Assistida para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

Assim, tem requisitos legais, o qual, as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Ressalta-se que se verificou a proibição expressa da doação temporária do útero, em caráter lucrativo ou comercial.

A reprodução assistida é uma necessidade da sociedade, da humanidade, porém deve ser utilizada com toda ética possível que o caso exige, e assim como o respeito à dignidade humana, porque nestes casos o emocional de várias pessoas e do bebê podem ser afetados.

Identifica-se que o andamento o Projeto de Lei deverá provocar o enfrentamento de possível alteração no Código Civil, especificamente no parágrafo único ao art. 1.798 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.

Ressalta-se ainda que a discussão sobre a problemática da criança nascida de reprodução assistida e o seu direito a identidade não se esgota aqui, por conta da possibilidade dos efeitos no âmbito das relações sociais e civis que se encontram em andamento na Câmara Legislativa brasileira.



O Biodireito irá certamente evoluir para construção de uma bioética com segurança médica e jurídica, assim como cumprindo as garantias fundamentais da pessoa humana.

Referências

133

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidade de la persona**. Madrid: editora Tecnos, 1999.

_____. **La bioéthique et la dignité de la personne**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. [Acesso em 25-04-2020].

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. [Acesso em 25-04-2020].

_____. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. [Acesso em 23-04-2020].

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. - Código Civil brasileiro**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>..[Acesso em 23-4-2020].

_____. **Projeto de Lei n. 4. 892 de 19 de dezembro de 2012**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012>

_____. Superior Tribunal de Justiça -STJ. **Recurso Especial n. 1617970**. Disponível em;

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>..[Acesso em 17-12-2019].

_____. Superior Tribunal Federal -STF. **Recurso Extraordinário n. 898.060 Santa Catarina**. Disponível em;



<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>
..[Acesso em 17-04-2020].

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**). Versão em português. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. [Acesso em 23-09-2020].

134

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. D. **Manual de história del Derecho**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Buenos Aires, Astrea, 2016.

_____. **Princípios generales del Derecho latino-americano. 2ª reimpressão**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Buenos Aires, Astrea, 2013.

Portal Médico. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>.
[Acesso em 16-12-2019].

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Notícias: Rio de Janeiro deverá custear tratamento com fertilização in vitro**. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Rio-de-Janeiro-dever%C3%A1-custear-tratamento-com-fertiliza%C3%A7%C3%A3o-in-vitro>. [Acesso em 17-12-2019].



INSTRUMENTOS DA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E DA JUSTIÇA

Elaine Cristina Abrantes dos Santos

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios no Centro Universitário IESB.

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB); professor do Mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

135

Resumo: Trazemos alguns elementos neste trabalho destacando a necessidade de uma reflexão acerca da importância do ensino do direito nas escolas de educação básica para construção e efetivação da cidadania. Uma análise do sistema educacional no Brasil, no que tange aos objetivos constitucionais elencados. Propõe-se a inserção da disciplina de conhecimentos de direito, desde à educação elementar, inclusive passando por todos os outros níveis educacionais, para que os educandos tenham noções de direito, resgatando a cidadania pela educação, dotando indivíduos com capacidade de transformarem a sua realidade em um mundo melhor, com Dignidade Humana.

Palavra-chave: Noções básicas de direito. Educação. Cidadania. Dignidade Humana.

We bring some elements in this work highlighting the need for a reflection on the importance of teaching law in basic education schools for construction and effectiveness of citizenship. An analysis of the educational system in Brazil, regarding the constitutional objectives listed. It is proposed to insert the discipline of knowledge of law, from elementary education, including passing through all other levels of education, so that students have notions of law, rescuing citizenship through education, providing individuals with the capacity to transform their reality in a better world, with Human Dignity.

Keywords: Basics of law. Education. Citizenship. Human Dignity

Introdução

Iniciamos uma reflexão acerca da essencialidade do ensino do direito nas escolas de educação básica para construção e efetivação da cidadania.



Todo ser humano tem direito à educação. A educação no Brasil é gratuita e pelo menos nos graus elementares é obrigatória. A educação será orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos.

Educação como um direito humano fundamental é essencial para o exercício de todos os outros direitos humanos. A educação promove liberdade individual e contribui definitivamente para o empoderamento mais amplo do educando, para o bem-estar e o desenvolvimento, garantindo que estejam equipadas para entender e reivindicar seus direitos ao longo da vida.

A educação por ser um direito fundamental, está vinculada ao princípio da dignidade humana. O direito é o meio a se chegar à justiça, com isso, nada mais justo que o cidadão possa aprender desde já nas escolas regulares seus direitos e deveres perante o Estado e a sociedade.

2. Dever do Estado

Toda pessoa natural tem direito a educação, devendo o Estado e a família cumprir essa tarefa, nesse caso em tela, fica-se diante de uma solidariedade (responsabilidade mútua) em que ambos cumprem a função de educar.

O acesso às informações jurídicas é uma prerrogativa básica dos Direitos Humanos, sendo a educação elencada na nossa Magna Carta no rol dos direitos sociais. Esses direitos são direitos fundamentais de segunda geração, elencados na Constituição Federal em seu artigo 6º caput, 205 à 214 da CF/88.

Neste sentido, o artigo 205 da Constituição Federal/88 estabelece que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 2012, p. 84).



No âmbito da legislação infraconstitucional a Lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, Lei nº 9.394/1996, de 20/12/2016, dispõe precisamente no seu art. 2º que a educação é dever da família e do Estado, com inspiração principiológica na liberdade com o fito de desenvolver o educando e prepará-lo para o exercício da cidadania e para o trabalho. *Verbis*:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

O direito social à educação é assim visto por Muniz (2002, p. 91-92): “Se a educação é considerada pela Constituição como direito fundamental, então seu caráter também é absoluto, intangível, cujo respeito impõe-se aos governantes com imperativo categórico, independente de abundância ou não de recursos”.

3. Noções básicas de direito

No Brasil, podemos dizer que o acesso a informação fora do ambiente escolar é baixíssimo, pois a prática da leitura é mínima, se comparada aos países desenvolvidos. Nesse sentido, entendemos que a escola é o espaço privilegiado para que sejam conhecidos esses direitos, e isso deve ser feito desde as primeiras séries, visto que muitos são os jovens que abandonam as escolas em busca de sustento caminhando a passos largos para a marginalidade.

Ter acesso às informações jurídicas é de vital necessidade para o cidadão, porque para o exercício da cidadania é de suma importância que este tenha, pelo menos, noções de Direitos Humanos, noções de Direitos Fundamentais e noções de Cidadania, pois sem tais informações ele não será capaz de desenvolver-se como cidadão de direitos e deveres perante o Estado e a sociedade.



Levar o ensinamento básico do Direito aos alunos do ensino regular é uma forma de garantia da justiça, dada a importância do cidadão na democracia, levando em consideração o contexto atual e o papel do cidadão na sociedade, seria extremamente relevante, coerente e adequado incluir noções básicas de direito na grade curricular de ensino.

4. Educação para alcançar a cidadania

Podemos afirmar que ser cidadão é ter direitos e deveres. Sobre cidadania o dicionário de língua portuguesa Larousse afirma ser “qualidade de cidadão”, “qualidade de uma pessoa que possui, em uma determinada comunidade, política, o conjunto de direitos civis e políticos”.

A educação é um bem, entre outros, que deve estar acessível a todos, de modo a tornar possíveis as condições ao exercício da cidadania plena, uma vez que, quando não exercido, viola os princípios constitucionais, como o da igualdade, que serve para proporcionar a todos os cidadãos iguais condições de vida e mesma posição perante o Estado democrático “a escola, de fato, institui a cidadania” (ARROYO, 1995, p. 74).

Segundo Freire (1981), não há educação fora das sociedades humanas e não há homem no vazio. Para o autor, a principal função da educação é seu caráter libertador, e ensinar, para ele, seria, fundamentalmente, educar para a liberdade, a “educação para o homem-sujeito” (1981, p. 36). Ele entendia a educação não como uma dependência social, mas voltada para a liberdade e à autonomia.



5. Direito nas escolas

O ensino do Direito nas escolas, por mais que seja necessário e interessante o tema, a maioria das escolas brasileiras, públicas ou privadas, ainda não amalletaram nenhum conteúdo jurídico na sua grade. Mas existem vários projetos pioneiros inseridos em escolas de alguns estados brasileiros, como na Escola Professor Darcy Amâncio, no município de Mirassol- SP, que encabeçaram o projeto “A justiça vai à escola”, onde são lecionadas noções básicas de direito constitucional, do trabalho e do consumidor e do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA) as aulas são ministradas a cada 15 dias por quartanistas de direito do Centro Universitário de Rio Preto (Unirp).

Outro projeto de grande validação é o idealizado pelo advogado Felipe Costa Rodrigues Neves, fundador e presidente do “Projeto Constituição nas escolas”, que hoje abrange três estados brasileiros: DF, SP E RJ. O Projeto iniciou em 2014, quando Felipe sensibilizou-se com a carência de professores na rede pública e voluntariou-se em contribuir, ensinando aos alunos de uma escola pública matérias relacionadas ao Direito. Felipe, após, um breve levantamento do conhecimento que os alunos tinham sobre a Constituição Federal, pode perceber a realidade:

- Apenas 4% dos alunos conhecem mais de 10 artigos da Constituição Federal;
- 83% dos alunos não sabem quantos artigos tem a Constituição Federal;
- 91% dos alunos não sabem o que são cláusulas pétreas;
- mais de 70% dos alunos não sabem o que é uma PEC.



Tramita no Congresso nacional o projeto de Lei do Romário (PSB-RJ) que inclui a disciplina Constitucional no currículo escolar do ensino básico (PLS 70/2015), validando a importância do ensino jurídico na educação regular, para a formação de cidadãos conscientes dos seus deveres e obrigações, como bem avalia Romário:

Ao completar 16 anos, o jovem brasileiro tem a faculdade de tirar seu título de eleitor e exercer seu direito de cidadão, que é escolher seu representante político por meio do voto, iniciando sua participação ativa nos assuntos da sociedade. É fundamental que eles entendam os impactos desse voto”, avaliou Romário.

Considerações finais

A partir deste levantamento constata-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 3º estatui como objetivos fundamentais da República Federativa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da promoção do bem de todos, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades, dentre outros. No entanto, estes objetivos não foram concretizados, haja vista haver a necessidade de se conscientizar a população acerca das noções básicas de cidadania e ainda dos direitos que lhes são formalmente conferidos pelos diplomas legais, mas que muitas vezes encontram-se adormecidos nos códigos e leis sem que se tenha conhecimentos de sua existência, inviabilizando o efetivo acesso a justiça.

O sistema educacional brasileiro não cumpri plenamente os objetivos constitucionais à educação, produzindo uma formação incompleta dos estudantes os quais concluem os estudos desconhecendo algumas noções básicas de Direito e as normas jurídicas essenciais à vida em sociedade o que, consequentemente, obsta o acesso à justiça e inviabiliza a construção de uma sociedade justa.



A instrução jurídica, mesmo que num nível básico, seria imprescindível para o exercício da cidadania, para nortear as mais diversas condutas de ordem prática, já que o direito faz parte da vida de todo o cidadão. Também contribuiria para o crescimento intelectual e humanístico dos estudantes, ampliando o conhecimento de direitos e incentivando a luta pela justiça.

As informações jurídicas deveriam ser repassadas desde logo, nas escolas públicas e privadas de ensino fundamental e de ensino médio, para um melhor exercício da cidadania. Em longo prazo, a de se ter uma formação cultural jurídica, da qual é de suma importância para um país que busca crescimentos em escalas internacionais.

Inclusive, o papel do Estado, como educador, tem uma importância social relevante, pois por meio do ensino, o indivíduo qualifica-se no mercado de trabalho, alcançando melhores salários e galgando degraus na escala da sociedade, deixando de viver à sua margem, e, ao tomar consciência de seus direitos e deveres, consolida-se como um verdadeiro cidadão brasileiro.

Referências

SENADO APROVA ENSINO DA CONSTITUIÇÃO NAS ESCOLAS. Disponível em: < <https://romario.org/noticias/senado-aprova-ensino-da-constituicao-nas-escolas/>>. Acesso em 30.06.2019.

CONSTITUIÇÃO NAS ESCOLAS. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br> > Constituição na Escola/>. Acesso em 30.06.2019.

ARROYO, Miguel G. Educação e exclusão da cidadania. In: BUFFA, Ester et al. **Educação e cidadania**: Quem Educa o cidadão? 5. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

BRASIL. A Constituição do Brasil 1988: comparada com a Constituição de 1967 e comentada. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.

FREIRE. Paulo. Ação Cultural para a liberdade. In: Paz e Terra. 5. ed. São Paulo, 1981.

MUNIZ, Regina Maria F. **O Direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



O MODELO DE FINANCIAMENTO SINDICAL BRASILEIRO CONSTITUI ENTRAVE PARA A REPRESENTATIVIDADE DOS SINDICATOS?

Professores responsáveis

Prof. Dr. Alexandre Agra Belmonte
Prof. Dr. José Rossini Campos do Couto Corrêa.

Mestrandos integrantes da pesquisa

Bruno Sampaio
Denis Lopes Franco
James Augusto Siqueira.
Donizetti Alessandro Costa Ferreira
Wilker Wagner Santos Carvalho

142

Lançada anteriormente à reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) que extinguiu a contribuição sindical obrigatória, mas iniciada em 2018, a pesquisa teve por fim investigar se o modelo de financiamento sindical brasileiro constitui entrave para a representatividade dos sindicatos.

Um das constatações verificadas na pesquisa foi a de que a reforma trabalhista privilegiou a autonomia privada coletiva, para o ajuste sindical das condições de trabalho negociadas para aplicação às relações individuais.

Os acordos e convenções coletivas são, por excelência, instrumentos de flexibilização das condições de trabalho estabelecidas em lei. Servem para a prevenção e solução, por auto composição, dos conflitos coletivos de trabalho.

Quando é feito um ajuste coletivo de condições de trabalho diferentes das previstas em lei, a norma legal permanece vigente para regular as relações individuais entre empregados e empregadores. No entanto, quanto às matérias que constam de um acordo ou convenção coletiva, a CLT tem efeito paralisante para as categorias profissionais e econômicas envolvidas, porque a normatividade legal é substituída pela produzida pela autonomia da vontade privada coletiva.

Constatou-se também na pesquisa que problemas conjunturais econômicos, locais, regionais ou nacionais; dificuldades financeiras



setoriais ou de certas empresas, em particular; e, condições peculiares de trabalho numa empresa ou em determinado setor produtivo, são os fatores que levam os trabalhadores a optarem por acordos e convenções coletivas que diferem das normas individuais que os protegem, inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Outro ponto de constatação no exame da lei e da jurisprudência foi o de que elas sempre foram firmes e coerentes em posicionamentos destinados a admitir ajustes transitórios, mediante contrapartidas compensatórias, visando superar problemas econômicos do país, do mercado ou de certos setores, bem como dificuldades financeiras episódicas de determinadas empresas, principalmente para a manutenção dos empregos.

Todavia, verificou-se que quanto os ajustes de adequação às condições de trabalho numa empresa ou em determinado setor produtivo, antes da reforma a doutrina não se entendia sobre as matérias que podiam ou não ser negociadas. Era errante.

Podiam ser colhidas posições sustentando que qualquer negociação era admissível; outras, de que os direitos trabalhistas seriam em geral indisponíveis, pelo que somente nos casos expressamente previstos em lei ela poderia ocorrer; havia compreensões no sentido de que excetuadas as reduções ou supressões de direitos atinentes à saúde e segurança do trabalhador, poderia haver ajustes de redução ou supressão desde que mediante contrapartidas; finalmente, entendimentos no sentido de que eventuais contrapartidas seriam válidas se beneficiassem os trabalhadores¹⁷.

¹⁷ Processo de 2016, anterior à reforma trabalhista. "O Tribunal Pleno desta Corte, após as decisões do Supremo Tribunal Federal dos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki nos REs nos 590.415/SC (caso BESC) e 895.759/PE, respectivamente, pela ampla maioria de 22 votos a 4, no julgamento do processo E-RR-205900-57.2007.5.09.0325, cujo Relator foi o Ministro Augusto César Leite de Carvalho, consagrou a tese de que a negociação coletiva não é absoluta, de modo que não é possível a supressão ou a redução significativa das horas in itinere sem qualquer contrapartida pela renúncia do direito. Agravo desprovido." (Ag-E-ED-ARR - 10805-55.2016.5.18.0121, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/06/2019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/08/2019). Também, anterior à reforma trabalhista (processo de 2012). "Esta Corte tem reconhecido a impossibilidade de redução da base de cálculo do adicional de periculosidade devido aos eletricitários mediante negociação coletiva, por se tratar de norma de ordem pública, relativa à saúde e à segurança do trabalho. Precedentes. Recurso de Embargos de que não se conhece." (E-ARR - 1215-68.2012.5.03.0135, Relator Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Essa disparidade de compreensão sobre o tema, como é óbvio e foi verificado, se refletia na jurisprudência. Quando chamado a intervir, o Judiciário se via frente a uma legislação inflexível e omissa quanto à identificação dos direitos disponíveis para efeito de negociação. Ora invocando uma doutrina, ora outra, como discurso de autoridade, cláusulas coletivas eram anuladas sem que se pudesse identificar uma diretriz única capaz de pacificar as várias hipóteses.

Os motivos constatados na pesquisa foram de toda ordem: razões de saúde e segurança; indisponibilidade do direito negociado; falta de contrapartidas compensatórias; ausência de benefícios reais das contrapartidas para compensar a supressão ou redução de direitos.¹⁸

Essa situação causava insegurança ao jurisdicionado e impactava a vida das empresas, muitas vezes surpreendidas com a eventual invalidade judicial de uma cláusula negociada entre os sindicatos de categoria econômica e profissional ou deste com as empresas. Pior: verificou-se que a cláusula considerada prejudicial era anulada, mas o restante da norma coletiva, compensatória da supressão ou redução de um direito, era preservado. A empresa cedia direitos, ficavam sem a contrapartida e ainda precisava pagar diferenças decorrentes das anulações, que não estavam previstas em seu orçamento. E os trabalhadores ganhavam os benefícios, sem necessidade de dar contrapartidas. Pior dos mundos para as empresas e melhor dos mundos para os trabalhadores.

Não bastasse, constatou-se que os mesmos sindicatos que participavam da celebração dos acordos e convenções coletivas iam depois ao judiciário, substituindo trabalhadores, para buscar a nulificação de cláusulas coletivas por eles mesmo negociadas¹⁹.

Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 10/05/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/06/2018)

¹⁸ Cf. ASSIS, Rui. **Legislação Laboral**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.18.

BRASIL, RR 1164596-62.2003.5.04.0090, Relator Min. João Oreste Dalazen. DJ 13.12.2006. DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**, LTr, São Paulo, 2008, pp. 124 a 127.

LOPES, Otavio Brito. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol.1, nº 9, fevereiro de 2000, in

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1053/1037>.

¹⁹ “Não se configura litigância de má-fé a atuação do Sindicato como substituto processual visando anular norma coletiva celebrada com sua
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Diante desse quadro, a pesquisa chegou à conclusão de que, ao estatuir no art.611-A, da CLT, que os acordos e convenções coletivas de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre os direitos ali enumerados, que considerou disponíveis para ajustes coletivos, na prática identificou os direitos trabalhistas que podem ser livremente negociados no exercício da autonomia privada coletiva, que transcende os interesses individuais.

Constatou-se também que, ao apontar como indisponíveis, no artigo 611-B, da CLT, os direitos ali enumerados, buscou-se preservar os direitos sociais que não podem ser objeto de negociação coletiva, basicamente os enumerados nos artigos 7º (excetuadas os casos de flexibilização previstos no próprio dispositivo), 8º e 9º, da CF, acrescidos de outros reconhecidos pela lei infraconstitucional, políticas públicas e pela jurisprudência. Enfim, direitos sociais que não podem ser suprimidos ou reduzidos, caso das normas de saúde e segurança do trabalho.

Demonstrou a pesquisa que ao diferenciar os direitos de que as partes podem ou não dispor para efeito de negociação, deu meios seguros para que, se esse fosse o desejo da categoria profissional, pudessem estabelecer livremente condições de trabalho prevalentes sobre os direitos individuais previstos nas normas legais.

Com base no exame doutrinário, da lei e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, chegou a pesquisa à conclusão de que nas relações coletivas de trabalho não se faz presente a subordinação que caracteriza o relacionamento individual protegido por lei entre empregado e empregador e a categoria profissional, à qual o trabalhador integra, tem força suficiente para discutir condições de trabalho em pé de igualdade com a categoria econômica. E que essa força é concretizada inclusive com a possibilidade de paralisação mediante greve. Pelo que não se justifica dar-se às relações coletivas, em que não se verifica a assimetria das individuais, igual tratamento.

Por outro lado, que a decisão de negociar direitos que diferem daqueles estabelecidos em lei para a proteção individual dos

anuência. Recurso de Revista conhecido e provido" ((RR-10900-90.2007.5.01.0342, 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 03/10/2014).



trabalhadores é da categoria. Ela não é obrigada a aceitar supressão ou redução de direitos disponíveis. Pode permanecer com aqueles previstos em lei. Se aceita, e não estamos falando do trabalhador subordinado ao empregador e sim da categoria, é porque lhe é conveniente, quer para manutenção dos empregos em épocas difíceis, quer mediante permuta de um direito legal por de natureza convencional que considere mais vantajoso.

Indo além, a pesquisa constatou que ao estabelecer, no art.8º, § 3º, da CLT, que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, cabe à Justiça do Trabalho tão somente analisar a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, balizando a sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, buscou evitar, diante da liberdade caracterizada pela autonomia privada coletiva, que o Judiciário pudesse adentrar no merecimento das cláusulas negociadas entre os trabalhadores e a empresa ou entre a categoria profissional e a categoria econômica.

A pesquisa demonstrou que o legislador reformista ao dispor o legislador que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não enseja a nulidade da norma, aplicou o princípio do conglobamento (art.8º, §2º, CLT). E que na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória esta deverá ser igualmente anulada, para evitar o melhor dos mundos para o trabalhador e o pior dos mundos para o empregador (art.8º, §4º, CLT).

Constatou ainda que ao determinar que os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho devem participar como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos (art. 8º, §5º, CLT), foi no pressuposto de que, se participaram da celebração da norma coletiva, devem pelas cláusulas negociadas se responsabilizar. E que, como consequência dessa intervenção, responderão pelos ônus da sucumbência, se obtiveram decisão contrária aos seus interesses.

Adentrando na questão central que motivou a pesquisa, chegou-se à conclusão de que a extinção, pela reforma trabalhista, da



contribuição obrigatória, teve por fim dar novo direcionamento à atuação dos sindicatos, que com a anterior benesse legal não se preocupava em angariar clientela ou em adequadamente ouvir os reais anseios dos trabalhadores. Como a receita era certa, proliferavam sindicatos específicos sobre atividades profissionais particularizadas, fragilizando o sistema sindical e o princípio da unicidade sindical.

Constatou-se, mediante pesquisa, que os sindicatos profissionais detinham menos de 14% de associados e assim não eram representativos. Ou seja, não havia adesão significativa à categoria profissional para sobrevivência dos sindicatos mediante receita facultativa. Sobreviviam e proliferavam apenas com a contribuição obrigatória, sem compromisso com significativa vontade coletiva.

A pesquisa também chegou à conclusão de que a reforma, ao manter a obrigatoriedade do acordo ou convenção coletiva firmada por essa pequena maioria atualmente existente e não representativa da significativa vontade coletiva, os trabalhadores continuarão desestimulados à associação facultativa, porque, de qualquer forma, obterão, sem precisar contribuir ou financiar o sindicato, os benefícios eventualmente obtidos na negociação com os empregadores.

Finalmente, a pesquisa constatou que o modelo sindical de efetiva liberdade de associação, ou seja, de pluralidade, como indicado pela Organização Internacional do Trabalho na Convenção nº 87, que o Brasil não aderiu, permitiria uma efetiva disputa de interesses coletivos ou concorrência entre agremiações iguais numa mesma base territorial, permitindo ao trabalhador optar por aquela que julgasse a mais conveniente para os seus interesses. E que esse modelo de organização sindical, fundado na pluralidade, permitiria a formação de uma unidade sindical, pelo menos na associação entre sindicatos iguais pela prevalência dos interesses da maioria dos trabalhadores, ou então para prevalência dos interesses defendidos pelo sindicato com maior representação de associados.

Concluindo, tem-se que o modelo de financiamento sindical brasileiro, uma vez que foi extirpada pela reforma trabalhista a contribuição sindical obrigatória, não mais constitui entrave para a representatividade dos sindicatos. Os reais entraves estão no modelo de



organização sindical (a opção constitucional pela unicidade sindical) e na extensão obrigatória a todos os trabalhadores, incluindo os que não financiam espontaneamente os sindicatos, dos eventuais benefícios obtidos pelas respectivas categorias profissionais.

Bibliografia da pesquisa:

- ASSIS, Rui. **Legislação Laboral**. Coimbra: Coimbra, 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**, LTr, São Paulo, 2008.
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13/07/2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> . Acesso em 19 dez. 2019.
- BRASIL. STF. **RE 590415**, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015.
- BRASIL. STF. **RE 895759** AgR-segundo, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 22-05-2017 PUBLIC 23-05-2017.
- BRASIL. TST. **Ag-E-ED-ARR - 10805-55.2016.5.18.0121**. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/06/2019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/08/2019.
- BRASIL. TST. **E-ARR - 1633-10.2011.5.09.0673** , Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 09/08/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018.
- BRASIL. TST. **E-ARR - 1215-68.2012.5.03.0135** , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 10/05/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/06/2018.
- BRASIL. TST. **E-ARR - 1215-68.2012.5.03.0135** , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 10/05/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/06/2018.
- BRASIL. TST. **Ag-E-ED-ARR - 10805-55.2016.5.18.0121** , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/06/2019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/08/2019.
- BRASIL. TST. **RR-10900-90.2007.5.01.0342**, 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 03/10/2014.
- BRASIL. TST. **RR 1164596-62.2003.5.04.0090**, Relator Min. João Oreste Dalazen. DJ 13.12.2006.
- LOPES, Otavio Brito. Limites Constitucionais à Negociação Coletiva. **Revista Jurídica Virtual**, vol.1, nº 9, fevereiro de 2000. Brasília: Disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1053/1037>> .



SUSTENTABILIDADE DA ÁGUA NO DF À LUZ DA SUA NATUREZA JURÍDICA E DOS INSTRUMENTOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DA ÁGUA ELABORADOS NO FÓRUM MUNDIAL DA ÁGUA

Professores responsáveis

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias.
Prof. Dr. Diogo Palau Flores dos Santos

Mestrandos integrantes da pesquisa

Alexandre de Oliveira
Alexandre José Nunes Basto
Eth Cordeiro de Aguiar
Hugo Oliveira Horta Barbosa
Hugo Silva de Aguiar
José Henrique Ferreira Bona
Leonardo Peter da Silva

149

1. Introdução

Agua é um recurso indispensável para a sobrevivência de todas as espécies e exerce uma influência decisiva na qualidade de vida das populações. Contudo, o modo como são utilizados e gerenciados os recursos hídricos no DF tem levado a um nível de degradação ambiental e a uma situação catastrófica de escassez de água que comprometem a qualidade de vida das presentes e das futuras gerações. Gerenciar os recursos hídricos não é tarefa fácil, uma vez que envolve conflitos sociais, econômicos, políticos e ambientais. Este trabalho tem como objetivo analisar como pode ser garantida a sustentabilidade hídrica do DF à luz dos trabalhos desenvolvidos durante o Fórum Mundial da Água realizado no DF sob o aspecto da classificação da água como bem jurídico no ordenamento brasileiro. A pesquisa visava a produção de artigos científicos e trabalhos técnicos ligados a sustentabilidade hídrica no aspecto ético, econômico e normativo integrando a academia e a atividade institucional de proteção do meio ambiente feita pela Promotoria do Meio Ambiente do Distrito Federal. Este trabalho originou o presente artigo!

No âmbito da classificação dos objetos da relação jurídica, utilizando como paradigma a esfera privada do Código Civil, como podemos caracterizar a água e



a sua outorga? Como este bem ecológico e econômico e o seu direito de usar e fruir pode ser caracterizado juridicamente no Novo Código Civil? É móvel, fungível, acessório, consumível?

A água doce, objeto da nossa análise, possui ambientes variados que vão de simples poças até lagos, de pequenos riachos a rios que se estendem por milhares de quilômetros. A visão de bacia hidrográfica, território do qual pode fluir água para esse rio, oferece uma grande variedade de ecossistemas que sustentam ampla gama de fauna e flora. Exemplificando, nos rios, o tipo e a variedade de vida são condicionadas pela profundidade e velocidade de suas águas. Assim diminuir a vazão dos rios pode significar a morte de todos os seres a ele conectados.

Deste modo, fixar a noção exata dos recursos hídricos, como objeto de relações jurídicas, assume especial importância, porque rigor é fundamental em qualquer ciência. Destaca, principalmente, a relação entre o Direito Privado e os Novos Direitos.²⁰

A necessidade de proteção das águas e de regras para sua alocação de forma adequada foi estabelecida pela Política Nacional de recursos Hídricos (Lei 9433/1997) e implementada por meio do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGERH). Assim, existem vários de titulares de interesses à gestão da utilização dos recursos hídricos, que muitas vezes se apresenta conflituosa. Além do Poder Público, notadamente a União e os Estados, titulares do domínio hídrico, há os atores privados, usuários da água que podem usar e fruir deste bem por meio da outorga de recursos hídricos.

O art. 21 da Constituição Federal prevê, em seu inciso XIX, entre as competências da União, "instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos

²⁰ Norberto Bobbio (1992) aborda a questão dos novos direitos na obra "A era dos direitos" elencando entre eles a geração dos direitos transindividuais, compreendendo os coletivos e difusos, abarcando a proteção do consumidor, meio ambiente e outros valores considerados importantes para a vida contemporânea.



hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”. A outorga é uma autorização que o Poder Público concede, sobre condições e prazos determinados, para que alguém explore economicamente atividade relacionada à água. De acordo com o art. 11 da Lei 9433/1997, o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água, tal qual a derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água ou aquífero subterrâneo para consumo final, inclusive abastecimento público ou insumo de processo produtivo.

Neste contexto, deve-se destacar a necessidade de uma melhor caracterização jurídica da outorga que disciplina a alocação dos recursos hídricos. O cotejo da legislação hídrica com a classificação dos bens no Novo Código Civil pode ajudar tremendamente neste objetivo. De acordo, com o antigo Código de Águas, revogado tacitamente pela nova legislação hídrica que regulamentou o novo plano de gestão de águas no Brasil, as águas se classificavam em:

- públicas, que podiam ser de uso comum ou dominicais;
- comuns;
- particulares;
- comuns de todos;

Assim, o referido Código indicava na própria legislação as características dos recursos hídricos existentes no país, indicando no art.3º que: “são públicas de uso comum, em toda sua extensão, as águas dos lagos, bem como dos cursos de águas naturais que, em algum trecho, sejam fluviáveis ou navegáveis por um tipo qualquer de embarcação”.



Ademais, acrescentava de forma casuística no art. 5º, que todas as águas situadas no polígono das secas, são consideradas públicas de uso comum.

Naquela ocasião, conviviam com as águas públicas, as águas particulares que eram as nascentes e todas as águas situadas em terrenos de propriedade particular. Havia claramente uma diferenciação entre a dominialidade pública e a dominialidade privada da água. A derivação de águas dos rios só necessitava de autorização administrativa se o rio fosse de águas públicas. Assim surgia a necessidade de classificar as águas em federais, estaduais e municipais para se ter a noção de qual ente federativo daria autorização para a retirada de água do corpo d'água.

Assim, os capítulos 1 a 4 do Título I do Código de águas de 1934 cuidava das águas públicas, das águas comuns e das águas particulares, bem como do álveo e das margens (artigos primeiro ao quinze) e o capítulo único do Título II cuidou da partilha da propriedade das águas públicas entre a União, os Estados e os Municípios (art. 29 a 31).

Na ocasião, o Professor Alfredo Valladão (1931, p. 67) explicava que: "O uso da derivação entra na categoria dos direitos reais pelo que se pode dizer, inalienável só no sentido de que não se pode transferir de um prédio ou do contrário, alienando-se o prédio irrigado ou o engenho movido pela água pública ao novo proprietário do prédio ou do engenho passa, também, o direito de uso sobre a água". Nesse aspecto, o Código de Água dispunha que:

- Art. 49. As águas destinadas a um fim não poderão ser aplicadas a outro diverso, sem nova concessão;
- Art. 50. O uso da derivação é real: alienando-se o prédio ou o engenho a que ela serve, passa o mesmo ao novo proprietário.



Já naquela oportunidade verificava-se a congruência entre o regime das águas e o Código Civil vigente que indicava no art. 677 que os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente.

Assim, os recursos hídricos precisam ser caracterizados como coisas ou bens para o Direito na sua nova configuração jurídica, para que o operador saiba, efetivamente, aplicar corretamente as normas pertinentes a este diamante do século XXI.

A relação jurídica é uma vinculação entre duas ou mais pessoas, cujo objeto pode ser uma coisa sobre a qual o titular pode praticar certos atos, devendo os terceiros abster-se de qualquer ingerência (direitos reais), ou ainda uma ação ou prestação do sujeito passivo da relação jurídica (direitos obrigacionais) e, finalmente, os que recaem sobre a própria pessoa do titular e que chamamos direitos de personalidade.

Ao estudar a relação jurídica, devemos examinar, em primeiro lugar, os seus sujeitos - pessoas físicas ou jurídicas, para, em seguida, classificar os objetos sobre os quais recaem os direitos e, desse modo, poder-se-ão analisar os atos e fatos que criam, modificam ou extinguem direitos tais quais os fatos e atos jurídicos previstos na Lei 9.433/97 pertinentes à gestão do uso da água.

O objeto da relação jurídica é um bem, em sentido amplo. É tudo o que satisfaz uma necessidade humana. O bem jurídico seria, assim, todo interesse protegido pela lei, seja material, como a água, ou imaterial, como a outorga de uso da água.

Bem²¹, portanto, é o objeto da relação jurídica, sendo bens em si *a água* e o *seu direito de outorga*.

²¹ Os termos “coisa” e “bem” eram usados no Código de 1916, de forma aparentemente indiferente, para designar o objeto do direito. O que ensejou discussões doutrinárias sobre a diferença desses dois termos. O Novo Código Civil, entretanto, buscando evitar esta discussão, utilizou-se sempre do termo “bem” na Parte Geral como todo e qualquer valor corpóreo ou incorpóreo, que pode ser objeto de uma relação de direito. Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Em sentido amplo, o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular, constitui o seu patrimônio. Para Beviláqua (1980, p. 167): “o conjunto das relações jurídicas suscetíveis de avaliação pecuniária”.

O Novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), paradigma da análise dos objetos em uma Teoria Geral do Direito, apresenta diferentes classificações dos bens, utilizando-se de diferentes fatores de discriminação, o Código de águas (Decreto-lei 24.643, de 10/07/1934) e a Lei 9.433/97, também.

Assim, faremos um paralelo entre as classificações legais dadas pelo Código Civil com a legislação hídrica, visando:

- facilitar a compreensão dos diferentes aspectos da água como objeto das relações jurídicas;
- agrupar as várias espécies do gênero para aproximar as que apresentam um elemento comum e afastar as que não apresentam elemento comum;
- permitir uma análise sistemática da água no ordenamento brasileiro, comparando a sua esfera privada com a pública, para decompô-la na sua essência valorativa;
- verificar a correlação entre a outorga (esfera pública) e a alocação da água aos particulares (esfera privada ou pública-híbrida);
- analisar pontos de conflito entre a esfera privada (Código Civil, Código de Águas) e a esfera pública (Constituição Federal e Lei 9.433/97), buscando oferecer perspectivas de solução.

2. A água e a outorga de direitos de uso são um bem móvel ou imóvel?

Fundada na efetiva natureza dos bens, a classificação da mobilidade de um bem é das mais importantes. Os seus principais efeitos práticos são: os bens móveis que são adquiridos por simples tradição, enquanto os imóveis dependem da escritura pública e registro no Cartório de Registro de Imóveis; estes exigem, também, para serem alienados, a outorga uxória, o que não acontece com os móveis; usucapião de bens imóveis exige prazos maiores do que os de bens móveis; hipoteca, em regra, é direito real de garantia reservado aos imóveis, enquanto o penhor é reservado aos móveis; só os imóveis são sujeitos à enfiteuse, enquanto os móveis prestam-se ao contrato de mútuo; enquanto os imóveis estão

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



sujeitos, em caso de alienação, ao imposto de transmissão (ITIV e ITCD), a venda de móveis é geradora do imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Além disso, observa-se que só os bens móveis podem ser objeto de furto e de roubo (“coisa alheia móvel”).

Beviláqua (1980, p. 174), partindo de uma abordagem fundada na própria natureza, considera bens imóveis as coisas que não podem ser removidas de um lugar para o outro sem destruição. Esse conceito não abrange, porém, os imóveis por determinação legal.

Essa concepção não abarca, em toda abrangência, outros bens voltados à imobilidade, sob o aspecto jurídico. O Novo Código Civil pátrio (arts. 79 e 81) descreve os bens imóveis, que podem ser, doutrinariamente, classificados como: imóveis por natureza, por acessão física, industrial ou artificial; por acessão intelectual (ou por destinação do proprietário) e por determinação legal:

- a) Imóveis por natureza: O inciso I do art. 43 do antigo Código Civil descrevia os bens imóveis por natureza: “O solo, com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreende as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo”. O atual cinge-se no art. 79, a destacar o solo. A primeira observação que devemos fazer é que a Constituição Federal (art. 176) considera propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, e os potenciais de energia hidráulica. Do mesmo modo, os recursos hídricos são considerados no art. 21, inciso XIX, como passíveis de utilização privada no uso e na fruição e não nos outros elementos caracterizadores da propriedade plena (“usar, fruir, dispor e reaver”).
- b) Imóveis por acessão física, industrial ou artificial²²: São as coisas incorporadas, em caráter permanente ao solo, tais como as construções e plantações. Segundo o art. 43, II do antigo Código Civil. É “tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano”. Ficam afastadas as construções provisórias, que se destinam à remoção ou retirada, como os circos ou parques de diversões, as barracas de feiras, pavilhões, etc. Os materiais de construção, “provisoriamente separados de um prédio, para nele mesmo se reempregarem”, não perdem o caráter de imóveis (antigo CC, art. 46). Pois o que se considera é a finalidade de separação, a

²² Acessão significa justaposição ou aderência de uma coisa a outra. Acessão industrial ou artificial é a produzida pelo trabalho do homem.



destinação dos materiais. Coerentemente, aduz o art. 49: “Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam a sua qualidade de móveis. Readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio”. Já o Novo Código Civil afirma ser possível a incorporação natural (imóveis por natureza incorporados sem a ação humana pelo contato com o solo) ou artificialmente (imóveis por acessão física em que o homem atua). As águas superficiais naturais (os rios, os lagos, etc.) podem ser vistos como bens imóveis por natureza por serem incorporadas ao solo - bem imóvel primordial. Já as águas represadas pelo homem (barragens que constroem grandes reservatórios) podem ser vistas como imóveis por acessão física industrial ou artificial.

c) *Imóveis por acessão intelectual* (ou por destinação do proprietário): São móveis por natureza, tornados imóveis pela vontade do proprietário, mantendo-os intencionalmente empregados em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade, como as máquinas (inclusive tratores) e ferramentas, os objetos de decoração, os aparelhos de ar condicionado, etc. (antigo CC, art. 43, III). Não aderem materialmente ao imóvel. Mas são considerados imóveis, porque se leva em consideração a vontade do dono, de mantê-los incorporados a um imóvel. O vínculo, entretanto, é meramente subjetivo, podendo, em consequência, retornarem à categoria de móveis, pela mesma vontade. Dispõe, com efeito, o art. 45 do velho Código Civil que “Os bens, de que trata o art. 43, n. III, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados”. As águas colocadas em um carro pipa para uso em uma determinada área municipal, as caixas d’água das residências podem ser, então, consideradas imóveis por acessão intelectual, sujeitando-se a modificação da imobilidade, quando houver mudança da vontade ou das circunstâncias físicas, tal qual ocorre com a modificação da destinação da água.

d) *Imóveis por determinação legal*. São (Novo CC, art. 80): os direitos reais sobre imóveis (tal como a propriedade, o usufruto e a enfiteuse) e as ações que os asseguram, dentre outros. Trata-se de bens incorpóreos, imateriais (direitos), que não são, em si, móveis ou imóveis. O legislador, no entanto, para maior segurança das relações jurídicas os considera imóveis. Nesse aspecto a outorga de direito de uso pelas características do corpo de água, caso se trate de um corpo de água imóvel, também adquire esta característica, devendo ser registrada e a sua transferência de titularidade deve atender determinados requisitos especiais estabelecidos por lei e por atos administrativos.

O novo e o antigo Código Civil consideram móveis (respectivamente no art. 82 e art. 47): “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia”.

Estão agrupados em duas classes:

- a) **bens móveis por natureza:** Incluem-se, nessa categoria, todos os bens corpóreos que admitem remoção sem danos, por força própria (como os semoventes: animais) ou alheia (como os



objetos inanimados, não imobilizados por sua destinação, que podem ser deslocados como a água contida em um caminhão pipa). O gás e a corrente elétrica são bens móveis, assim como os navios. Estes últimos, no entanto, são imobilizados somente para fins de hipoteca (antigo CC, art. 825; no novo Código Civil não há artigo tratando do tema).

- b) **bens móveis por determinação legal** (novo CC, art. 83): I - as energias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; II - os direitos pessoais de caráter patrimonial e as ações respectivas. São bens imateriais, que adquirem essa qualidade jurídica por disposição legal. Interessante destacar que a água contida em uma barragem hidroelétrica pode ser analisada como bem imóvel por acessão física artificial, no entanto o potencial de energia hidroelétrica²³ nele contido será móvel por determinação legal.

Se por um lado a corrente de água apresenta-se como bem jurídico imóvel natural (na definição constante do Código Civil de 1916 de rios como bens imóveis por natureza) ou por acessão física (nas transposições feitas pelo homem). O ciclo hidrológico acrescenta, por outro lado, que ao percorrer as suas fases, a água escoar pela superfície e pelos aquíferos, sendo nesse ângulo um recurso móvel, o que a distingue, por exemplo, dos recursos minerais.

3. A água e outorga de direitos de uso são bens fungíveis ou infungíveis?

Há certos bens que intervêm nas relações jurídicas não *in espécie*, isto é, como individualmente determinados, mas *in genere*, apreciáveis por gênero,

²³ “O potencial hidrelétrico é produto das vazões e das quedas de água, e, como decorrência tem o mesmo caráter aleatório das vazões, sendo essa a principal característica de tal fonte de energia. A disponibilidade de energia hidrelétrica é, portanto, associada a riscos. O aproveitamento da energia hidrelétrica é a principal forma de uso não consuntivo de água. Merecem menção os seguintes aspectos: a construção de barragens de regularização causa alterações no regime dos cursos água, perdas por evaporação da água dos reservatórios, principalmente em regiões semiáridas, e diversas alterações no meio físico” (Freitas (Coord.), 2001, p. 57).



qualidade e quantidade. A fungibilidade é típica dos móveis, e é nesse sentido que se tem a definição do Código Civil pátrio (antigo no art. 50 e novo no art. 85).

Deste modo, a outorga de um determinado córrego, por ser este imóvel, não pode ser substituída por outra de um outro córrego semelhante. A outorga vincula-se ao objeto outorgado, não podendo fugir de sua natureza. Por ser o corpo d'água imóvel, do direito de outorga, bem acessório, também, o será imóvel e infungível.

Assim, faz-se necessária a classificação dos bens em:

- a) fungíveis: Bens fungíveis são aqueles que podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade, como o dinheiro.
- b) infungíveis: Bens infungíveis, os que não têm essa qualidade, porque são encarados de acordo com as suas qualidades individuais, em espécie (não em gênero), como o quadro de um pintor célebre, uma escultura famosa, a água e os direitos dela decorrentes de uma água superficial ou subterrânea por suas características particulares de vazão, qualidade e quantidade etc.

Portanto, a outorga de direito de uso dada a um determinado córrego (bem imóvel) não pode ser substituída por outra sem a participação da autoridade administrativa, por se tratar de um bem infungível com informações individualizadas previstas na sua regulamentação²⁴.

4. A água e a outorga de direitos de uso são bens consumíveis ou inconsumíveis?

Bens consumíveis (novo CC, art. 87; antigo CC, art. 52) são os móveis que se extinguem pelo uso normal, seja porque esse uso importe a destruição imediata

²⁴ Resolução n. 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 8 de maio de 2001, art. 20: “Do ato administrativo da outorga, deverão constar, no mínimo, as seguintes informações: I – identificação do outorgado; II – localização geográfica e hidrográfica, quantidade, e finalidade a que se destinem as águas; III – prazo de vigência; IV – obrigação, nos termos da legislação, de recolher os valores da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, quando exigível, que será definida mediante regulamento específico; V – condição em que a outorga poderá cessar seus efeitos legais, observada a legislação pertinente, e VI – situações ou circunstâncias em que poderá ocorrer a suspensão em observância ao art. 15 da Lei n. 9.433, de 1997 e do art. 24 desta Resolução”.



de sua substância (naturalmente consumíveis), seja porque são destinados à alienação (juridicamente consumíveis). Em síntese, a consumibilidade das coisas é uma qualidade que lhes é própria (consumo natural) ou decorre de seu destino jurídico (alienação).

Nesse enunciado, presente no Código Civil, tem-se que consumíveis são aqueles bens que são destruídos na sua substância pelo uso normal, enquanto os não-consumíveis são aqueles cuja utilização não atinge sua integridade. Com efeito, prescreve o art. 51 do Código Civil que são consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância (de fato, como os gêneros alimentícios e a água bebida pelo homem e pelos animais), sendo também considerados tais os destinados à alienação (a vazão de água outorgada para consumo de determinado usuário).

Inconsumíveis, ao contrário, são os que admitem uso reiterado, não havendo destruição de sua substância e não sendo destinado à alienação.

Pode a coisa consumível tornar-se inconsumível pela vontade das partes, como um comestível ou uma garrafa de bebida rara, emprestados para uma exposição. Assim também, uma coisa consumível, como os livros colocados à venda nas prateleiras de uma livraria, que possuirão uma consuntibilidade jurídica.

Não devemos confundir com bem consumível, o bem suscetível de consumir-se ou deteriorar-se depois de um lapso de tempo mais ou menos longo. Não se confundem a consuntibilidade jurídica com a classificação econômica de bens duráveis e não-duráveis.

Fundamental esta classificação para o mecanismo de gestão das águas, pois há *usos consuntivos* e *não-consuntivos* da água. Nesse sentido, a publicação oficial da ANA e da ANEEL afirma:

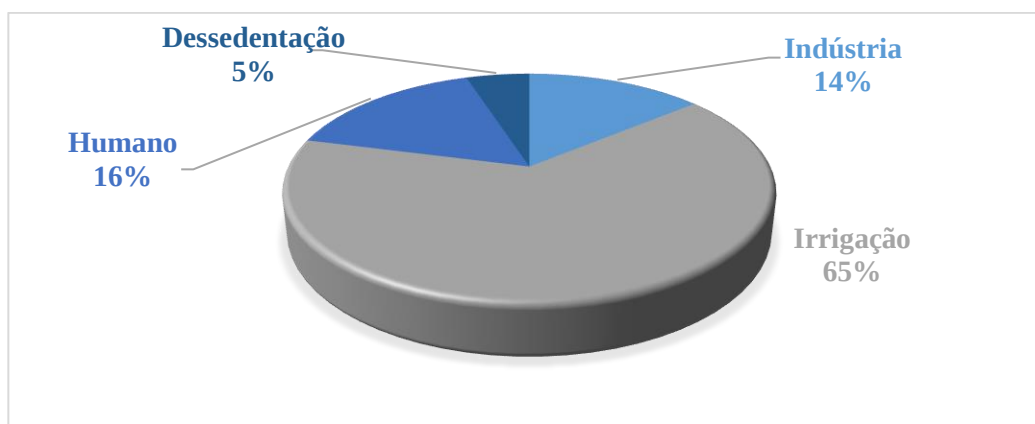
Os setores usuários das águas são os mais diversos com aplicação para inúmeros fins. A utilização pode ter caráter consuntivo ocorrendo quando a água é captada pelo

seu curso natural e somente parte dela retorna ao curso normal do rio, ou não consuntivo, onde toda a água captada retorna ao curso de água de origem.

Cada uso da água deve ter normas próprias, mas são necessárias normas gerais que regulamentem as suas inter-relações e estabeleçam prioridades e regras para a solução dos conflitos entre os usuários (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2001, p. 43).

Os principais usos consuntivos dos recursos hídricos são: abastecimento humano, animal (dessedentação), industrial e irrigação, observando que a irrigação, tanto no Brasil quanto no aspecto mundial, constitui a utilização consuntiva de maior volume de água²⁵.

FIGURA 2- DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POR TIPO DE CONSUMO CONSUNTIVO NO BRASIL



Fonte: Elaboração dos autores a partir de TUCCI; HESPANHOL; CORDEIRO NETTO 2001, p. 64.

Na figura acima é apresentada a distribuição por tipo de uso consuntivo no Brasil, devendo-se notar que o principal uso não consuntivo ocorre na utilização da água para produção de hidroeletricidade (TUCCI; HESPANHOL; CORDEIRO NETTO; 2001, p. 64).

5. A água e a outorga de direitos de uso são bens divisíveis ou indivisíveis?

O Novo Código Civil torna indivisível não só o bem que mantém a natureza do todo, como fazia o antigo Código Civil, mas, também, aquele que se tornaria

²⁵ “Today, agriculture accounts for **about two-thirds of global water use**. By enabling farmers to apply water when and where needed, irrigation has turned many of the earth’s sunniest, warmest, and most fertile lands into important crop-producing regions. Egypt could grow virtually no food without water drawn from the Nile or from underground aquifers. California’s Central Valley and the Aral Sea basin – the fruit and vegetable baskets of the United States and the former Soviet Union – could barely be cultivated without supplemental water supplies” (POSTEL, 1993, p. 56) (Grifo nosso).



menos valioso, desproporcionalmente, ou que causasse prejuízo ao uso a que se destina.²⁶

Exemplificando, vamos supor que seja objeto de outorga uma pequena vazão de um pequeno rio. Tal outorga não poderia ser desmembrada em outras com distintos usos múltiplos de água, sob pena de que nenhum deles fosse suficiente para atender à real necessidade dos usuários após a divisão da vazão total do rio.

Tratando-se da divisibilidade no novo Código Civil, deve-se observar que não se confunde o critério jurídico de divisibilidade com o critério físico. Fisicamente, as coisas são suscetíveis de divisão. Todo e qualquer corpo admite divisão. Mas, se dividirmos um relógio em várias partes, ele deixa de ser um relógio.

Por isso que, ao direito, não interessa apenas a divisibilidade material, devendo ser introduzido um dado específico: a manutenção, em cada uma das porções reais e distintas, das qualidades essenciais do todo.

Nesse caso, compreende-se que a outorga de direito de uso poderá ser suspensão parcial ou totalmente, dentre outras razões, pela necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo que não poderiam ser divididos com outros usos.²⁷

Logo, apesar de a água ser um bem divisível por natureza, a outorga dela poderá ser indivisível.

²⁶ “Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam”.

²⁷ O art. 15 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensão parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água”.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



6. A água e a outorga de direito de uso são bens singulares ou coletivos?

O diploma civil (novo CC, art. 89) declara que os bens singulares podem considerar-se *de per si* (destaca-se a parte em relação ao todo), independentemente dos demais; já os coletivos são analisados como universalidade (destaca-se o todo em relação a parte).

Esta classificação mostra-se, também, importante para o trato da água de rio ou de córrego que pertencem a uma Bacia Hidrográfica.

O conceito de Bacia Hidrográfica, para fins jurídicos, pode ser construído em analogia com o previsto no art. 90 do Novo Código Civil como uma universalidade de fato, constituída por uma pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa gestora – Comitê de Bacia – tenham destinação unitária.

Maria Luiza Machado Granziera (1993, p. 22-25) salienta que as bacias hidrográficas devem ser consideradas como um “todo indivisível”, e que a gestão dos recursos hídricos deve inserir-se no âmbito da bacia hidrográfica natural e não no das fronteiras administrativas e políticas. Tal princípio também já tinha sido adotado, em 1968, pela Carta Europeia da Água.

No mesmo diapasão, Paulo Affonso Leme Machado (2002, p.419) também destaca que houve época em que se focalizava o recurso hídrico somente com respeito a determinado curso d’água, e que, modernamente, se vem dando enfoque relevante ao estudo global de um rio e seus afluentes, isto é, da bacia hidrográfica. Acrescenta que a ideia de bacia hidrográfica não se restringe só ao rio e aos cursos d’água que a ele afluem, mas pode atingir toda a região drenada por um único rio.

Interessante observar que, em algumas oportunidades, a legislação de recursos hídricos nacional (Lei 9.433/97) trata da água como um bem singular

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



(**sub-bacia**) e, em outras, encara o conjunto, a universalidade, na figura da bacia hidrográfica ou grupo de bacias hidrográficas.²⁸

No trato da qualidade e quantidade do recurso hídrico do ponto de vista ecológico como macrobem, ganha especial relevância a visão da água e da outorga de direito de uso como bens coletivos, de forma análoga a visão de que o meio ambiente como previsto na Constituição Federal é um bem de todos.

A maneira como o Direito encara o fenômeno ambiental e seu reflexo no econômico modificou-se ao longo do tempo. Sob esse ponto de vista, interessante analisar as diferentes terminologias utilizadas no trato do bem ambiental, por ressaltarem as diversas e progressivas valorações dadas ao fenômeno ambiental sob o prisma de sua visão econômica.

A colocação, posta no texto constitucional vigente brasileiro, que qualifica o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo²⁹, requer breve estudo da classificação de bens corporificada no Código Civil quanto ao titular do domínio.

Assim, adverte-se que o meio ambiente constitui bem e não ente que titulariza direitos e obrigações. O meio ambiente é visto como objeto de uma relação jurídica – um bem (coisa). Nesse sentido, ilustrativa a conceituação de Alves (1978, p. 182): “Em acepção vulgar, a palavra coisa tem sentido muito amplo: ela abrange tudo o que existe na natureza, ou que a inteligência do homem é capaz de conceber. Em sentido jurídico, no entanto, coisa é empregada em acepção mais restrita: é aquilo que pode ser objeto de direito subjetivo patrimonial”.

²⁸ O art. 37 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 37 Os Comitês de Bacia Hidrográfica terão como área de atuação: I – a **totalidade** de uma bacia hidrográfica; II – **sub-bacia** hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou III – **grupo de bacias** ou sub-bacias hidrográficas contíguas”. (Grifo nosso)

²⁹ O art. 225 da Constituição Federal de 1988 afirma, *verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **bem de uso comum do povo** e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. (Grifo nosso)



Preliminarmente, em visão sistêmica, fundamental é distinguirem-se as partes do todo, ou seja, não confundir os elementos constitutivos do ambiente com o ambiente como universalidade. É a distinção que Benjamin (1993a, p. 69-72) faz de bem ambiental, categorizando-o em macrobem e microbem ambientais.

A visão esclarecedora de Benjamin pode ser entendida, também, à luz da classificação legal, presente no atual Código Civil entre coisas singulares e coisas coletivas (arts. 54 a 57 da Lei 3.071/1916), no destaque dado por Alves:

Esta classificação é originária da filosofia estoica. Coisa simples é aquela que forma um todo orgânico (um animal, por exemplo); coisa composta é aquela que forma um todo mecânico (assim, um navio); e coisa coletiva é aquela que forma um todo ideal (por exemplo: um rebanho, que é constituído de várias coisas simples – as ovelhas –, mas que são consideradas, idealmente, como um todo, e são designadas por um nome único: rebanho) (ALVES, 1978, p. 188).

O ambiente, como “equilíbrio ecológico”, e macrobem ambiental, é essencialmente imaterial e incorpóreo não sendo passível de apropriação ou sobre o qual se possam conferir direitos individuais. Os elementos corpóreos integrantes do meio ambiente têm regime jurídico próprio e estão submetidos à legislação própria. Observe-se que, quando se fala na proteção da fauna, da flora, do ar, da água e do solo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas, sim, deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial, objeto último e principal almejado pelo legislador. Sem diminuir a importância da preservação dos elementos corpóreos – microbens –, deve-se atentar para o fato de que eles são vistos e considerados não em sua individualidade específica, mas como elos fundamentais da imensa cadeia, da grande teia que rege a vida de forma geral (o meio ambiente) (BENJAMIN, 1993a, p. 70).

Nesse sentido, o enfoque de Benjamin:



Como bem – enxergado como verdadeiro *universitas corporalis*, é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental [...] uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos. (Grifo nosso) (BENJAMIN, 1993a, p. 75).

As coisas e os bens³⁰ podem ser classificados de conformidade com vários critérios. Atende-se à natureza física dos bens, às suas relações recíprocas, aos seus titulares, à possibilidade de comerciar ou não em relação a eles.

Nesta matéria, o próprio Código Civil (1916, cap. I, L. II, art. 43) definiu e classificou meticulosamente os bens. Referiu-se inicialmente aos *bens considerados em si mesmos*, caracterizando os bens imóveis, os móveis, as coisas fungíveis e consumíveis, as divisíveis e indivisíveis e as coisas singulares e coletivas.

O Direito Romano conhecia a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, baseando-se na importância que certos bens tinham no regime econômico patriarcal da época, considerando, entre as primeiras, o solo itálico, certos animais de tração, os escravos, os instrumentos agrícolas e as servidões. As *res Mancipi* necessitavam de maiores formalidades para serem transferidas e eram consideradas como sendo de valor básico na época.³¹

Do mesmo modo, podemos afirmar que a classificação dada ao bem ambiental, ao longo dos tempos, representava a maior ou menor importância que se dava à preservação da natureza pela sociedade.

³⁰ No âmbito do nosso trabalho, a exemplo do que é feito no Código Civil (1916), não se distingue “coisas” e bens, sendo ambos representativos de objetos da relação jurídica.

³¹ O interesse prático dessa classificação, enquanto ela teve razão de ser, ocorria quanto ao modo de aquisição da propriedade; as *res nec Mancipi* podiam ser adquiridas pela tradição (*traditio*), modo não solene de aquisição da propriedade; as *res Mancipi* apenas podiam ser adquiridas mediante modos solenes como a *Mancipatio* e a *in iure cessio* (ALVES, 1978, p. 195).



A maneira como o Direito encara o fenômeno ambiental e seu reflexo econômico modificou-se ao longo do tempo. Sob esse ponto de vista, interessante analisar as diferentes terminologias utilizadas no trato do bem ambiental, por ressaltarem as diversas e progressivas valorações dadas ao fenômeno ambiental em contraste com a sua visão econômica.

Coube ao Direito medieval salientar a importância da classificação de bens móveis e imóveis, pois os últimos importavam em dar aos seus titulares o poder político, na época, vinculado à terra. Constituíam a riqueza de importância social à qual se ligava o poder político dos suseranos e a estabilidade econômica (WALD, 1989, p. 143).

A escola dos fisiocratas³² de Quesnay, no século XVIII, continuava, aliás, a ver na terra a única fonte real e autêntica criadora da riqueza. Assim, as legislações do século XVIII, que mais influenciaram o nosso Código Civil – o Código de Napoleão e o Código Alemão (BGB) – mantiveram o tratamento especial dado aos imóveis.

Atentando à qualificação que faz a Constituição de meio ambiente como bem de uso comum do povo, necessário é recorrermos, preliminarmente, às palavras de Beviláqua (1980, p. 193-194), que afirmava serem os bens, “em relação

³² O conceito, conhecido como fisiocracia, foi elaborado no século XVIII pelos economistas franceses liderados por François Quesnay, os fisiocratas acreditavam que todas as atividades sociais (inclusive as econômicas) são regidas pelo Direito Natural, que nenhum governo pode comandar; deve-se, portanto, deixar que o mercado siga o seu curso natural. Defendiam o comércio livre, o *laissez-faire*. Conforme ensina Huberman (1986, p. 138-139), *verbis*: “Os fisiocratas chegaram à sua fé no comércio livre por um caminho indireto. Acreditavam, acima de tudo, na inviolabilidade da propriedade privada, particularmente na propriedade privada da terra. Por isso, acreditavam na liberdade – **o direito do indivíduo fazer de sua propriedade o que melhor lhe agradasse, desde que não prejudicasse a outros**. Atrás de sua argumentação a favor do comércio livre está a convicção de que o agricultor devia ter permissão para produzir o que quisesse, para vender onde desejasse. Naquela época, não só era proibido mandar cereais para fora da França sem pagar imposto, como o próprio trânsito do produto de uma parte do país para outra era taxado. A isso se opunham os fisiocratas. Mercier de La Rivière, autor da melhor exposição dos princípios defendidos pelos fisiocratas, assinalou que a liberdade completa era essencial ao gozo dos direitos de propriedade” (Grifo nosso).



às pessoas, a quem os bens pertencem”, divididos em públicos e particulares, *verbis*.

Os bens públicos, encarados do ponto de vista de sua utilização, podem ser: de uso especial, de uso comum e particular ou dominicais. São de uso comum os administrados pelos poderes públicos, e que podem ser utilizados por quaisquer pessoas, respeitadas as leis e regulamentos [...]. Os bens comuns, enquanto conservam esse caráter, são inalienáveis e repelem o usucapião; os de uso especial e os patrimoniais podem ser alienados, de conformidade com as leis que os regulam (BEVILÁQUA, 175, p. 300)³³

Entre os bens de uso comum da época, elencavam-se o mar territorial, os golfos, baías, enseadas e portos; as praias; os rios navegáveis; as estradas e caminhos públicos, excluídas as vias férreas federais, além do que também se classificavam *extra commercium*, por serem de uso inexaurível, como o ar, as águas correntes, quando parte de rios públicos, a luz e o mar alto (Beviláqua, 1980, p. 208).

A abundância desses bens fez com que permanecessem inapropriáveis e, nesta lógica, excluídos da tutela jurídica.

A toda evidência, o termo “bem de uso comum” designa, no texto constitucional, conceito diverso do descrito no Código Civil. Expressa, sim, o caráter difuso da proteção ambiental, pois não sendo de ninguém, é de todos. Refere-se a expressão à titularidade do bem e não à sua natureza.

O meio ambiente como macrobem, é bem público, salienta Benjamin (1993a, p. 66), não porque pertença ao Estado (pode até pertencê-lo), mas porque se apresenta no ordenamento, constitucional e infraconstitucional, como “direito de todos”. É bem público em sentido objetivo e não, subjetivo. Por sua natureza e

³³ Cumpre observar que o próprio Beviláqua (1975, p. 300), apontou que a inscrição original para o Capítulo dos Bens era *Dos bens em relação às pessoas*, tendo sido suprimido pelo Senado em face de críticas de alguns juristas à classificação dos bens que toma por base as pessoas, a que os mesmos pertencem (Planiol, Teixeira D’Abreu). Beviláqua repele a crítica, ponderando ser a classificação feita “não do ponto de vista dos proprietários, mas do ponto de vista do modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens”.
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



pelos elementos que engendra, prematuro é, entretanto, categorizar o bem ambiental no âmbito de “dominialidade coletiva”.

A noção de domínio, mesmo na modalidade coletiva, pressupõe o conceito de direito subjetivo a amarrar o bem ambiental à perspectiva individualizante, contrariando as construções doutrinárias até agora firmadas no campo dos interesses difusos.³⁴

A titularidade dos elementos constitutivos do ambiente – microbens ambientais –, assim como o feixe de interesses que lhe são correlatos, não interferem na fruição do bem ambiental como bem de uso comum do povo. Em seu aspecto patrimonial, pode ser objeto de direitos de propriedade ou de outros direitos reais. Como bem ambiental, é objeto de interesses difusos, ensejando o dever de intervenção pelo Poder Público e pela coletividade para sua defesa e preservação.

A propósito da qualificação do bem ambiental, Silva, J., (1994, p. 56) aponta tendência da doutrina italiana na configuração da categoria dos bens de interesse público, em que se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens de sujeitos privados, subordinados a peculiar regime jurídico relativo ao gozo e à disponibilidade, assim como a particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Como tal, são dotados de regime jurídico especial, porque essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a fim de interesse coletivo. O proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu talante, porque ela não integra sua disponibilidade.

Portanto, o bem ambiental, “bem de uso comum do povo”, não se identifica com a definição de bens públicos e privados do antigo Código Civil brasileiro.³⁵

³⁴ Cf. MANCUSO (1988, p. 59-109).

³⁵ “Os bens públicos são: I – de uso comum do povo, tais como os mares, estradas, ruas e praças [...]” (Art. 66 do Código Civil de 1916).



Sua titularidade não o vincula somente ao Estado, mas à sociedade em geral. Por outro lado, não só os bens públicos integram os bens sujeitos à proteção ambiental também, os bens privados são protegidos no enunciado constitucional.

Entretanto, a visão jurídica do meio ambiente, sob enfoque macro, restringe-se a de objeto de relação jurídica de titularidade difusa.

Na água ocorre algo semelhante! A própria noção de ciclo hidrológico destaca o aspecto do todo em relação à parte.

Há, por exemplo, uma clara distinção de diplomas legislativos para águas superficiais e águas subterrâneas, os quais devem ser unificados com o conceito de bacia hidrográfica. Tal distinção dificulta a gestão integrada das águas superficiais e subterrâneas, o que é importante em regiões como o Distrito Federal na qual os aquíferos subterrâneos muitas vezes são exageradamente utilizados, sem que haja o rigor administrativo e legislativo existente para com as águas superficiais. Nesse aspecto, Paulo Machado (2002, p.419) diferencia “bacia hidro geológica” como unidade fisiográfica ou geológica que contém pelo menos um aquífero de extensão significativa de “bacia hidrográfica”, área de drenagem de um curso de água ou lago. Discordo, entretanto que no conceito de área de drenagem pode se compreender toda a água seja a que permanece na superfície, seja a que infiltra no solo, não podendo o Direito distinguir o que a natureza não distingue.

No mesmo sentido, o homem ainda não dispõe de tecnologia para intervir significativamente no regime das águas meteóricas, todavia, como destaca Barth (1996, p. 121), as chuvas artificiais do futuro poderão depender da disciplina integrada dada às águas na superfície, no subsolo e nas nuvens. Nesse aspecto, também há necessidade de releitura do que dispõem o Código de Águas (Decreto 24.643/32) sobre as águas pluviais ao afirmar que “Art. 103. As águas pluviais pertencem ao dono do prédio onde caírem diretamente, podendo o mesmo dispor delas à vontade, salvo existindo direito em contrário”. A universalidade da gestão



por bacia hidrográfica exige uma visão de que a água da chuva também integra a universalidade da água de uma Bacia. Deste modo, toda a água passa a ser um bem coletivo.

7. A água e a outorga de direito de uso são bens principais ou acessórios? O Sisnama e o Singerh é bem principal e acessório respectivamente?

170

Outra classificação dos bens a que se deve dar grande importância é a que se faz em acessórios e principais, pois esta é uma classificação que se funda, não nas qualidades físicas ou jurídicas da coisa, mas na relação recíproca em que elas se encontram. Uma coisa, se considerada isoladamente, não é nem principal, nem acessória. Para que possa tomar uma dessas designações, é preciso que ela se ache em relação com outra e que se possa, então, perceber, nessa relação, um vínculo de dependência. A dependência de uma coisa a outra é, portanto, a essência mesmo desta relação. Diz-se, então, que é principal a coisa que existe por si própria, ou, para usar-se a expressão do Código Civil: a coisa que existe sobre si, e diz-se que é acessória a coisa que, para existir, depende da principal.

As principais consequências da referida regra são:

- a) A natureza do acessório é a mesma do principal (se o solo é imóvel, a água a ele anexada também o é);
- b) Quem adquire o direito à outorga de água irá adquiri-lo com o expresso direito de retirar uma parcela do rio para uso, extinto o curso d'água, extinta estará a outorga;³⁶
- c) O proprietário do principal é proprietário do acessório. Entre as inúmeras aplicações do aludido princípio podem ser mencionadas as constantes dos arts. 1.209, 233, 287 do Novo Código Civil.

³⁶ Resolução n. 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 8 de maio de 2001, art. 24: “Art. 24. A outorga de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa pela autoridade outorgante, parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, sem qualquer direito de indenização ao usuário, nas seguintes circunstâncias: [...] III – necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV – necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V – necessidade de se atender a usos prioritários de interesse coletivo para os quais não se disponha de fontes alternativas [...]”



É muito grande a importância desta classificação, porque nela se funda a conhecida regra de direito que assim se enuncia: “o acessório segue, em regra, o principal” (antigo CC, art. 59). Para que tal não ocorra, é necessário que tenha sido convencionado o contrário (venda de veículo, convencionando-se a retirada de alguns acessórios).

Assim, comparando um rio e o solo seu substrato, o solo é bem principal, porque existe por si, concretamente, sem qualquer dependência. O rio é acessório, naturalmente, porque sua existência supõe a do solo, onde se movimenta.

Juridicamente, entretanto, dependendo das circunstâncias, o rio e o solo podem ser ambos principais, tal qual ocorre com a distinção de titularidade de propriedade entre um e outro. Deste modo, o proprietário da fazenda não é proprietário do rio que a atravessa. Utilizando a expressão “a água é um bem de domínio público”, a Lei 9433/97 abrange todo tipo de água. Não especificando qual o tipo de água é pública, todas as águas serão, inclusive a água de superfície, a água subterrânea e as águas da chuva como já visto.

Esta regra é o enunciado do chamado princípio da gravitação jurídica, que faz com que um bem atraia, para sua órbita, um outro que é o seu acessório, comunicando-lhe o seu próprio regime jurídico.

No elenco dos bens acessórios, têm-se, entre outras classificações:

- b) os frutos. Frutos são as utilidades que uma coisa periodicamente produz. Nasce e renasce da coisa, sem acarretar-lhe a destruição no todo ou em parte, como o café, os cereais, os frutos das árvores, o leite, as crias dos animais, etc. A água conforme já visto não é um fruto por existir em uma quantia fixa na atmosfera, variando segundo o ciclo hidrológico o seu estado em líquido, gasoso ou sólido;
- c) os produtos. Produtos que são as utilidades que se retiram da coisa, diminuindo-lhes a quantidade – porque não se reproduzem periodicamente, como as pedras e os metais, que se extraem das pedreiras e das minas; e a água retirada por meio de outorga de uso do corpo de água. Distinguem-se dos frutos porque a colheita destes não diminui o valor nem a substância da fonte, e a daqueles, sim;
- d) as pertenças. No elenco dos bens acessórios estão as pertenças, que se destinam a conservar ou facilitar o uso das coisas principais, sem que se tornem partes destas. A aplicação do princípio *accessorium sequitur principale* não se faz



com a intensidade das coisas acessórias, pois a vontade das partes pode estipular destino diverso para a pertença em relação à coisa principal. O Novo Código Civil prevê expressamente (art. 93) “São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao adorno de outro”. Assim, Ruggiero (1936, v. 2, p. 287) exemplifica que pode ser pertença: a moldura em relação ao quadro, a estátua colocada para ornamento da entrada da residência. No âmbito dos recursos hídricos, as matas ciliares, em relação aos cursos d’água, podem ser vistas como pertenças, no aspecto da proteção do assoreamento do curso d’água.

De acordo com o art. 31 da Lei 9433/97, na efetivação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos Municípios promoverão a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estadual de recursos hídricos.

O princípio da integração da gestão ambiental com a gestão de recursos hídricos é tido como fundamental para a proteção do meio ambiente. Entre os principais fatores que alteram a qualidade das águas, podemos citar, dentre outros, o uso inadequado do solo, a presença de indústrias potencialmente poluentes próximas dos cursos de água. A articulação sistêmica e permanente entre os diversos setores institucionais ligados à gestão ambiental e hídrica é fundamental!

Conforme salientam Fins, Moreira Alves e Bonis (1997), o modelo de gerenciamento de recursos hídricos existente até agora no país tem levado ao parcelamento da gestão hídrica, de forma que vários segmentos ligados à água, como energia, irrigação, saneamento promovem o seu gerenciamento particular dentro de suas particularidades. A gestão adequada às diversidades regionais do país (caracterizadas, grosso modo, por problemas de quantidade ou escassez na região Nordeste e de qualidade dos recursos hídricos na região Sul), bem como a articulação da União com os Estados, para a gestão de recursos hídricos de interesse comum, são também premissas fundamentais ao novo modelo que a lei pretende implantar.



Interessante, nesse sentido, fazendo um paralelo entre o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SINGREH, no ordenamento jurídico brasileiro, destacar que o SISNAMA poderia ser visto como principal em relação ao SINGREH, mas a importância deste acessório (SINGREH) faz com que este possa ter um tratamento jurídico próprio e setorial, com regras específicas para a sua proteção.

Assim, O SINGREH pode ser visto, *mutatis mutandi*, como uma pertença na qual, em determinados aspectos, a regulação jurídica que diz respeito ao bem principal (SISNAMA) não se torna automaticamente aplicável a pertença (SINGREH). As características específicas e o valor próprio significativo do SINGREH tornam adequado um tratamento específico, embora correlacionado ao SISNAMA.³⁷

A noção de pertença entre a gestão da água e a proteção do meio ambiente destaca o princípio da integração da gestão ambiental com a gestão de recursos hídricos, ressaltado como fundamental pela legislação. De acordo com o art. 31 da Lei 9433/97, o Poder Público deve promover a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e do meio ambiente com as políticas estaduais e federais de recursos hídricos.

8. A água e a outorga de direito de uso são bens públicos federais, estaduais, distritais ou municipais?

O Código Civil classifica os bens em públicos ou privados, em função da titularidade do domínio pertencer ou não pertencer ao Poder Público.

³⁷ Nesse sentido, para o paralelo realizado poder-se-ia colacionar o “Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso” (Novo Código Civil, Lei 10.406, publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002).

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Para o nosso estudo, não basta, entretanto, a noção de que a água é bem público por força da Constituição, torna-se necessária a análise da Bacia ser federal, estadual, distrital ou municipal.

São três os tipos de domínios das águas no Brasil: águas federais, estaduais e distritais. Não se considera que o Município seja *dominus* da água, não obstante possa ter interesses sobre o curso de água que percorre o seu território.

São bens da União (águas federais) os lagos, rios e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio ou que banhem mais de um Estado da federação, sirvam de limite com outros Países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

Incluem-se, também, como corpos hídricos de domínio da União, as águas em reservatórios construídos pela União, como, por exemplo: reservatórios da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco - CODEVASF, do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, do extinto Departamento Nacional de Obras e Saneamento – DNOS, Companhia Hidrelétrica do São Francisco - CHESF, etc.

São bens do Estado as águas não federais superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito encontradas em seu território.

A responsabilidade pela concessão e gestão da outorga, desse modo, depende do tipo de domínio da água.

Quanto ao sujeito concedente da outorga tanto pode ser a União, o Estado ou o Distrito Federal, de acordo com o domínio da água objeto da derivação.

9. A outorga de direito transfere a propriedade ou o usufruto do bem?

Conforme já visto, as águas doces são de domínio público de *uso comum* e, consequentemente, o que se outorga não é a sua propriedade, mas o seu direito de uso.

Di Pietro (1983, p. 10-11) elenca as características básicas do uso comum, sintetizadas de acordo com a sua relação à outorga da água:



- aberto **a todos** ou a uma **coletividade de pessoas**;³⁸
- é, em geral, gratuito, **mas pode ser remunerado**, sem que isso desnature o uso comum;³⁹
- está sujeito ao **poder de polícia**⁴⁰ do Estado;
- o uso comum permite a utilização do bem como uma **faculdade da liberdade humana**⁴¹ e não um direito subjetivo adquirido do Estado (Grifo nosso).

De regra, a utilização de bens de uso comum pode ser gratuita ou pode ser remunerada, como no caso do pedágio em estradas e na cobrança pelo uso da água, ora em análise.

Conforme Pietro (1983, p. 10), o “uso privativo é o que se exerce, com exclusividade, por pessoas determinadas, mediante título jurídico conferido individualmente pela Administração”.

Com o uso privativo de bem público, dado pela outorga, transpõem-se o que era aberto a todos para um indivíduo específico. A própria noção de exclusividade, apresentada no conceito de Pietro, destaca a modificação da ênfase da esfera pública (do bem de uso comum) para a esfera privada (do bem outorgado) mediante a outorga.

³⁸ A respeito da amplitude de todos, interessante observar, no caso da água doce, a expressa menção à dessedentação dos animais.

³⁹ Na Lei 9.433/97, independem de outorga e conseqüentemente de cobrança o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural e as derivações, captações e lançamentos, assim como acumulações de volumes de água considerados insignificantes (art. 12, par. 3). O Código de Águas, do mesmo modo, assegura no art. 34, o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, se houvesse caminho público que a tornasse acessível, garantido o direito de passagem, desde que não causasse dano aos proprietários.

⁴⁰ “Na doutrina, o conjunto de tais prerrogativas e ônus vem recebendo a denominação de polícia dos bens públicos ou polícia do domínio público. O termo polícia aqui deve ser entendido com o seu sentido de fiscalização, vigilância, adoção de medidas fortes para preservar tais bens [...] À Administração competem as medidas de preservação do bem em si, de sua integridade física, impedindo que se deteriore; é a chamada ‘polícia’ de manutenção, que se traduz em providências relativas à limpeza, restauração etc” (MEDAUAR, 2002, p. 300-301).

⁴¹ Aqui destaca-se a noção de *res communi omnium*, pois o bem de uso comum não tem como titular o próprio Estado, mas sim a população em geral.



Assim, a exclusividade é característica da propriedade privada⁴² e da outorga⁴³.

A propriedade perfaz uma categoria de direitos subjetivos, orientados pelo domínio, porém se tornam direitos obrigacionais em sua eficácia real, para terem oponibilidade frente aos demais indivíduos (obrigação passiva universal).

A outorga individualiza e restringe o acesso de outros ao bem público, constituindo-se em espécie do gênero o uso privativo de bem público. Pode ser definida, então, como ato administrativo mediante o qual o Poder Público outorgante (União, Estados ou Distrito Federal) faculta ao outorgado o uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato. O referido ato é publicado no Diário Oficial da União (caso da ANA), ou nos Diários Oficiais dos Estados e Distrito Federal, onde o outorgado é identificado e estão estabelecidas as características técnicas e as condicionantes legais do uso das águas que o mesmo está autorizado a fazer.

Kelman (2000, p. 95), nesse sentido, afirma:

A outorga garante ao usuário o direito de uso da água. Cabe ao poder outorgante (Governo federal, estados ou Distrito Federal) examinar cada pedido de outorga para verificar se existe água suficiente, considerando-se os aspectos quantitativos e qualitativos, para que o pedido possa ser atendido. Uma vez concedida, a outorga de direito de uso da água protege o usuário contra o uso predador de outros usuários que não possuam outorga. Em situações de escassez, seja para captação seja para diluição de efluentes, os não-outorgados deverão ser reprimidos para garantir a utilização da água e consequentemente os investimentos daqueles que seguiram o procedimento legal.

⁴² “A propriedade em direito CLÁSSICO e JUSTINIANEU, no qual se baseia a nossa concepção moderna, é o direito PRIVADO mais AMPLO que alguém pode ter sobre uma coisa; o pleno domínio jurídico privado que, podendo ser limitado de várias formas, não está previamente limitado. Contrapõem-se lhe, por um lado, a posse como mero domínio de facto e, por outro, os direitos reais limitados (servidões, usufruto, penhor, etc.)” (KASER, 1999, p. 137).

⁴³ Resolução n. 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 8 de maio de 2001, art. 20: “Do ato administrativo da outorga, deverão constar, no mínimo, as seguintes informações: I – *identificação do outorgado*; II – localização geográfica e hidrográfica, quantidade, e finalidade a que se destinem as águas; III – prazo de vigência [...]”



Meadauar (2002, p. 302-303) indica os contornos do uso privativo de bem público:

- **compatibilidade com o interesse público** – o uso privativo pelo particular não pode contrariar o interesse público, pois se assim fosse não poderia ocorrer [...];
- **consentimento da Administração** – o uso privativo do bem por particular depende de consentimento da Administração, que é o título legal para esse uso. Há figuras jurídicas que veiculam esse consentimento e a legislação a respeito há que ser cumprida pela Administração e particulares [...];
- **observância das condições** fixadas pela Administração;
- **pagamento de preço** – o uso privativo de bem público admite a cobrança de preço por parte da Administração a que se vincula o bem havendo também uso gratuito;
- **precariedade** – é a regra para o uso privativo; por motivo de atendimento ao interesse público, a Administração pode cessar unilateralmente o uso privativo, mesmo dotado de prazo determinado, mesmo formalizado mediante contrato [...] (Grifo nosso).

A compatibilidade com o interesse público para os recursos hídricos pode ser expressa pela necessidade da outorga adequar-se ao Plano de Bacia que restringe os tipos de uso a serem dados à água em função da qualidade almejada desta. As outorgas estão condicionadas às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos, ao respeito à classe em que o corpo de água estiver enquadrado e à manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso, devendo, também, preservar o uso múltiplo dos recursos hídricos.⁴⁴

O consentimento da Administração estará explicitado no documento de outorga dado pelo Poder Executivo competente (Federal ou Estadual). No caso da

⁴⁴ O art. 13 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 13. Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso. Parágrafo único. A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes”.



outorga para aproveitamento hidrelétrico da água, esta é de atribuição da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.⁴⁵

Estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos que o Poder Executivo Federal pode delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União.⁴⁶

A observância das condições fixadas pela Administração, juntamente com a precariedade, consubstancia a possibilidade de suspensão total ou parcial da outorga.⁴⁷

O pagamento de preço estará fundado no uso privado de um bem público comum, tornado exclusivo pelo ato de outorga, que enseja uma contraprestação pecuniária ao Poder Público, para compensação da sua utilização excludente dos outros membros da coletividade.

10. Considerações finais

⁴⁵ “Essa Agência, que incorporou atribuições do extinto DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, foi instituída pela Lei n. 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Cabe à ANEEL disciplinar, de forma geral, o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. No que se refere à questão do aproveitamento da água para geração de energia, a ANEEL tem responsabilidades na definição do aproveitamento ótimo energético dos cursos d’água, levando em conta os outros usos, na outorga de concessão para o aproveitamento de potenciais hidráulicos, nos estudos de viabilidade, anteprojetos e projetos de aproveitamento dos potenciais hidráulicos e em atividade de hidrologia” (TUCCI; HESPANHOL; CORDEIRO NETTO, 2001, p. 82-83). Neste caso, há uma perigosa quebra da unidade de planejamento dos recursos hídricos de uma Bacia com a setorização do poder público pelo tipo de uso da água e não pela Bacia em que se situa, o que acarreta uma não unificação do trato das águas em uma Bacia, centralizando em uma autarquia federal, algo que deveria ser competência do Comitê de Bacia. Foi mantida neste caso a ideia do preceito contido no Código de Águas, que prevê no art. 62 que: “As concessões ou autorizações para derivação que não se destine a produção de energia hidroelétrica serão outorgadas pela União pelos Estados ou pelos municípios, conforme o seu domínio sobre as águas a que se referir ou conforme os serviços públicos a que se destine a mesma derivação, de acordo com os dispositivos deste Código e as leis especiais sobre os mesmos serviços”.

⁴⁶ O art. 14 da Lei 9.433/97 estabelece: “Art. 14. A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal. § 1º O Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União”.

⁴⁷ O art. 15 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensão parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água”.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



A nova ótica dada ao bem ambiental de uso comum – água – considerada, pela referida legislação, recurso natural finito e de valor econômico, constitui uma sensível mudança de paradigma protetivo ambiental. O bem ambiental, originariamente, considerado *res nullius* e *res derelicta* passa a ter “valor de mercado”, “valor intrínseco” e “valor jurídico”. Destaca-se a síntese feita pela norma jurídica entre a tese do “meio ambiente como valor de mercado” e a antítese do “meio ambiente como valor intrínseco”.⁴⁸

Nesse aspecto, a Nota Técnica nº 06/2017 - SRH/ADASA, que, no que diz respeito à escassez hídrica no Distrito Federal, aponta a necessidade de adoção de medidas rigorosas para garantir níveis mínimos para manutenção do abastecimento de água da população, e o Parecer Técnico nº 01/2017 - SUPROD/SSPDF, que reconhece situação de emergência e recomenda a adoção de medidas para minimizar os impactos da escassez de recursos hídricos;

Também considerando que, em 24 de janeiro de 2017, o Governador do Distrito Federal decretou situação de emergência e restrições ao uso da água no Distrito Federal, pelo período de 180 dias⁴⁹ (Decreto nº 37.976);

Ademais, embora o Governo do Distrito Federal, por intermédio da Companhia de Saneamento do Distrito Federal – CAESB, demonstre empenho em executar obras estruturantes e emergenciais para aumentar a oferta de água e evitar o desabastecimento, é concreto o risco de que não sejam concluídas até o mês de setembro deste ano de 2017 as obras indispensáveis a tanto, quais sejam: a da captação no Bananal e a da captação emergencial no Lago Paranoá;

⁴⁸ O artigo primeiro da Lei 9.433/97 prevê que: “[...] II – a água é um recurso *natural limitado*, dotado de valor econômico; III – em situações de **escassez**, o uso prioritário dos recursos hídricos é o *consumo humano e a dessedentação de animais*”. (Grifo nosso)

⁴⁹ Tendo em vista a redução do volume de água nos reservatórios utilizados para o abastecimento humano, indicando a estiagem classificada como desastre 1.4.1.1.0 como causa, conforme Instrução Normativa nº 2, de 20 de dezembro de 2016, do Ministério da Integração Nacional.



Por fim para garantir a segurança hídrica do Distrito Federal, é essencial que sejam corrigidos os erros pretéritos que contribuíram para se chegar à atual situação crítica, devendo ser agilizadas e ampliadas as ações de enfrentamento à crise hídrica, algumas das quais já vêm sendo adotadas pelo Governo – a exemplo do racionamento de água, intensificação da atuação da Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal – ADASA, combate ao uso irregular do solo e medidas que visam aumentar a produção de água e reduzir a sua utilização na área agrícola;

Assim, apresentam-se as seguintes conclusões práticas do estudo realizado:

1. Integração entre a emissão de outorga pela ADASA e de licença ambiental pelo IBRAM, haja vista não serem raros os casos em que outorgas de uso da água são emitidas para empreendimentos ambientalmente inviáveis ou irregulares;
2. Intensificação, pela ADASA, do monitoramento da vazão dos corpos hídricos do Distrito Federal, no intuito de coletar dados relativos aos efeitos da quantidade de água outorgada sobre os mesmos, cujos resultados deverão nortear a tomada de decisão quanto aos limites outorgáveis em cada microbacia, como forma de garantir que não sejam comprometidos os diversos usos e a higidez dos ecossistemas;
3. Intensificação da atuação fiscalizatória da ADASA para regularizar ou desconstituir as captações de água não outorgadas, evitar a constituição de novas sem outorga e controlar a quantidade de água efetivamente retirada pelo usuário, que inclua a exigência de hidrometração dos poços já perfurados, e o controle da quantidade de água efetivamente captada pela agricultura⁵⁰;
4. Publicação, pela ADASA, de todos os dados hidrológicos do Distrito Federal no Sistema Hidroweb/ANA, que incluam vazões captadas e remanescentes, volumes atuais e garantia de abastecimento, haja vista o disposto na Lei 12.527/2011 e na Lei Distrital 4.990/2012;
5. Fortalecimento das relações institucionais com o Estado de Goiás e o Governo Federal, visando à entrada em funcionamento do sistema de captação de Corumbá IV;
6. Definição de marco legal que estabeleça o uso de água da chuva em novas edificações e preveja incentivos fiscais a quem o adotar em edificações antigas;
7. Definição de marco legal que estabeleça o reuso de água cinza em novas edificações e preveja incentivos fiscais a quem o adotar nas edificações antigas;
8. Definição de marco legal que preveja o uso ou infiltração das águas da drenagem pluvial urbana;
9. Inclusão de normas específicas sobre o uso de tecnologias poupadoras de água na

⁵⁰ Tanto para fazer cumprir a legislação quanto para levantar dados que indiquem quanto cada setor efetivamente utiliza de água, como forma de definir previamente, segundo critérios objetivos, o volume passível de ser outorgado com segurança a cada qual, e que, em caso de escassez, servirão como parâmetro fidedigno para estabelecer as quantidades que cada um deve reduzir.



legislação que disciplina o licenciamento de obras, empreendimentos e atividades econômicas ou sem fins lucrativos;

10. Encaminhamento para aprovação, pelo Legislativo, de marco legal que estabeleça a hidrometração individual em prédios antigos, com previsão de incentivos fiscais, como desconto no IPTU;

11. Agilização, pela TERRACAP, da regularização das áreas públicas rurais ocupadas por agricultores, conservacionistas e empreendedores do turismo ecológico e do agroturismo que a ela façam jus, para lhes conferir segurança jurídica, como forma de manter a população rural no campo e evitar novos parcelamentos irregulares do solo;

12. Nas compensações ambientais estabelecidas nos licenciamentos ambientais emitidos pelo IBRAM sejam priorizadas a implantação das unidades de conservação da natureza distritais e de projetos como o Adote uma Nascente e de educação ambiental voltada à conscientização da necessidade de proteção das águas e de seu consumo consciente;

13. Elaboração prévia, pelo IBRAM, dos termos de referência necessários para a implantação das unidades de conservação distritais e recuperação de áreas degradadas existentes nas mesmas, considerando que, ainda quando existe um empreendedor compromissado a fazê-lo, a demora na obtenção do TR inviabiliza o cumprimento de tais compromissos, a exemplo do que vem se verificando com a implantação do Parque Gatumé, em Samambaia, uma das condicionantes da implantação do Aterro Sanitário, que o Serviço de Limpeza Urbana não pôde cumprir por falta de TR;

14. Revisão, pelo IBRAM, do posicionamento relativo à dispensa de licença para a atividade de perfuração de poços, visando à adoção de um instrumento de autorização como os adotados em São Paulo e Rio Grande do Sul, bem como de manutenção de um cadastro de empresas perfuradoras de poços, para tornar eficiente o controle e fiscalização dessa atividade, que faz uso de recursos hídricos e pode causar poluição ambiental;

15. Combate, pela AGEFIS e demais órgãos competentes, a ocupações de movimentos sociais que ponham em risco áreas de recarga de aquífero, APMs, unidades de conservação da natureza, nascentes e outras APPs, com resposta rápida, pré-definida e articulada;

Por tudo isso, salienta-se, na presente pesquisa, a existência de uma integração normativa da dimensão ética, econômica e normativa da proteção ambiental que deve ser vista na gestão pública da água no DF, nos termos dos princípios e valores defendidos no Fórum Mundial da Água e da natureza e proteção jurídica da água no ordenamento brasileiro.

11. Referências

BARTH, Flávio Terra. Aspectos institucionais para o desenvolvimento dos recursos hídricos. In: Encontro Nacional sobre Recursos Hídricos e Desenvolvimento Sustentável: **Anais do ...** Brasília: ABEAS, 1996. p. 121.



BENJAMIN, Antônio Herman V. **Função ambiental. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Rio, 1975.

_____. **Teoria geral do direito civil.** Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. **Introdução ao gerenciamento de recursos hídricos.** Brasília, 2001.

_____. **Código de águas: decreto n. 24.643 de 10 de julho de 1934.** São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Código civil brasileiro: lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Resolução n. 19, de 14 de março de 2002.** Aprova o valor de cobrança pelo uso dos recursos hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/resolucoes/index.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2014.

_____. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. **Resolução n. 16, de 8 de maio de 2002.** Estabelece critérios gerais para a outorga de direito de uso de recursos hídricos. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/resolucoes/Index.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2014.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. **Decreto n. 2003, de 10 de setembro de 1996. Regulamenta a produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 set. 1996. Seção 1. p. 17917.

_____. **Lei n. 9.074 de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 8 jul. 1995, Seção 1, p. 10125.

_____. **Lei da política nacional de recursos hídricos: lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997.** São Paulo: Saraiva, 1999.



_____. **Lei n. 9.984, de 17 de Julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 jul. 2000, Seção 1. p. 1.

_____. **Novo código civil brasileiro: lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FINS, Klaus Monteiro; MOREIRA ALVES, Clementina; DE BONIS, Alexandre. A Lei Federal de Recursos Hídricos (Política de Gerenciamento de Recursos Hídricos no Brasil. Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997: **in Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental**, Instituto "O Direito por um Planeta Verde", 1997.

FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos de (Coord.). **Introdução ao gerenciamento de recursos hídricos.** Brasília: ANEEL; ANA, 2001.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas e Meio Ambiente.** São Paulo: Editora Ícone, 1993.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** Rio de Janeiro: *Livros Técnicos e Científicos*, 1986.

KASER, Max. **Direito privado romano.** Tradução de Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KELMAN, Jerson. **Outorga e cobrança de recursos hídricos.** In: THAME, Antonio Carlos de Mendes (Org.). A cobrança pelo uso da água. São Paulo: Instituto de Qualificação e Editoração, 2000, p. 93-113.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA Alves, José Carlos. **Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Uso privativo de bem público por particular.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.



POSTEL, Sandra. Water and agriculture. In: GLEICK, Peter (Ed.). **Water in crisis: a guide to the world's fresh water resources**. New York: Oxford University, 1993.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1936.

SILVA, José Afonso da. **Ética prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

TUCCI, Carlos E. M.; HESPANHOL, Ivanildo; CORDEIRO NETTO, Oscar de Moraes. **Gestão da água no Brasil**. Brasília: UNESCO, 2001.

VALLADÃO, Alfredo. **Direito das águas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.



RELAÇÕES DADIVOSAS NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO: PRÁTICAS DE VIOLÊNCIAS INSTITUCIONAL? O caso da adoção por famílias homoparentais

Dados da Pesquisa

Linha de Pesquisa: Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos
Fundamentais
Início: abril de 2018

Professores responsáveis

Prof. Dr. Douglas Henrique Marin dos Santos
Profa. Dra. Any Ávila Assunção

Mestrandos integrantes da Pesquisa

Álvaro Augusto Cerqueira
André Luiz Batista
Antônio Marcos Melo Guedes
Fabiano Rabêlo Mendonça
Flavia Chalita
Jair Vanderlei Krewer
Leonardo Weber
Luiza Coelho Griebler

185

Resumo

O presente artigo trata da adoção de crianças e adolescentes por famílias homoparentais. Trata dos avanços legais e jurisprudenciais no Brasil e nos Estados Unidos, utilizando os países como paradigmas do Estado Moderno. Refere-se às contradições e preconceitos sociais inerentes ao processo de adoção por casais e indivíduos lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT) e das resistências das próprias instituições estatais à conclusão do processo adotivo. Relata, ainda, as evidências empíricas que apontam para a insubsistência da chamada “família tradicional” na modernidade e realçam os benefícios da adoção por LGBT.

Palavras-chave: Adoção; família homoparental; jurisprudência; igualdade; preconceito,

Abstract:

This paper investigates the adoption of children and adolescents by lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) families. It deals with legal and jurisprudential advances in Brazil and the United States, using these countries as paradigms of the Modern State. It refers to the social contradictions and prejudices inherent in the adoption process by LGBT couples and individuals and the resistance of the state institutions to the conclusion of the adoption process. It also reports the empirical evidence that points to the insubstance of the so-called “traditional family” in modern times and highlights the benefits of adoption by LGBT.

Key words: Adoption; homoparental family; precedents; equality; prejudice.



Introdução

A adoção de crianças por casais e indivíduos lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT) ainda gera debates na sociedade hodierna, até mesmo nos Estados Democráticos de Direito. No Brasil e nos Estados Unidos, paradigmas deste estudo, o direito – compreendido como regra positivada e interpretação jurisprudencial – levou anos para se orientar no sentido de admitir tal modalidade de adoção, mesmo sendo certo que a adoção sempre se aperfeiçoa no melhor interesse da criança ou adolescente.

Sabe-se que adoção tem por escopo viabilizar ao adotando, em regra em situação de vulnerabilidade, melhor qualidade de vida, protegendo seus direitos humanos e fundamentais de segurança, educação, e desenvolvimento livre, em lar amoroso em que haja respeito, lealdade e planejamento futuro.

Não há justificativa, portanto, para restrições ou mitigações legais, jurisprudenciais ou sociais à adoção por casais ou indivíduos LGBT. Se essas pessoas, como quaisquer outras, mostrarem-se aptas a assegurar a plena realização dos direitos de crianças e adolescentes, considerando os aspectos econômicos, financeiros, sociais e psicológicos, não há qualquer fundamento moral, ético ou jurídico que dê baldrame a restrições fundadas em orientação de gênero, senão o preconceito (social e institucional).

Ainda assim, a realidade tem evidenciado que a adoção, por pessoas do mesmo sexo, enfrenta resistências sociais, medos e frustrações por parte dos casais adotantes. Mesmo com o reconhecimento jurisprudencial, a base normativa brasileira ainda é frágil na regulamentação do casamento e união estável de casais homossexuais. Do mesmo modo, é apenas com fulcro na base principiológica da pluralidade e da igualdade é que o Supremo Tribunal Federal concedeu, recentemente, o pleno direito de adoção à comunidade LGBT.



Muito embora o abandono de crianças e sua condição de vulnerabilidade seja uma verdadeira tragédia social, é certo que seu bem-estar não tem sido objeto de prioridade na equação que envolve famílias homoparentais. Como será demonstrado a seguir, vieses de natureza institucional e social, com alicerce em preconceitos, em supostas bases religiosas e com alicerce em uma suposta “família tradicional”, ainda funcionam como óbices ao direito de acolhimento de crianças em situação de vulnerabilidade. De fato, ainda há quem prefira que uma criança continue institucionalmente abrigada do que seja adotada e acolhida por uma família LGBT.

Dito isso, sendo evidentes as contradições e preconceitos que envolvem o direito humano e fundamental de crianças e adolescentes de serem acolhidos em família substituta e o direito de famílias homoparentais de adotar, o presente artigo buscará identificar os vários fatores políticos, sociais e jurídicos que mitigam ou negam à comunidade LGBT o exercício desses direitos, enquanto examina modos de eliminar ou restringir preconceitos e implementar políticas que assegurem a pluralidade e a igualdade, antes, durante e depois do processo de adoção.

1. Do núcleo do debate: um história antiga, uma institucionalização recente

Sabe-se que relações entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram ao longo da história; no entanto, a adoção formal de crianças por uma ou mais pessoas LGBT é um fenômeno razoavelmente novo (ou, de outra forma, cujo debate público tenha se tornado viável apenas recentemente).

Nos Estados Unidos, o primeiro caso de adoção por um indivíduo LGBT ocorreu na década de 1970. Na época, houve imenso debate, choque e



constrangimento social, o que resultou no fracasso de outras tentativas de adoção semelhantes (Lavelly, 2007).

Muito mais tarde, já em 1986, na Califórnia, foi deferida a primeira adoção conjunta LGBT, mas não sob a forma de casal, já que tal modelo era então exclusivo das uniões heterossexuais. Finalmente, apenas em 1997, Nova Jersey tornou-se o primeiro estado a permitir adoção conjunta para casais homoafetivos (Walton, 2004).

Vale ressaltar que a Corte Suprema estadunidense decidiu pela constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em todos os Estados Unidos, apenas em 26 de junho de 2015. Não se olvide que, à época, nada menos que catorze estados norte-americanos proibiam o casamento de pessoas do mesmo sexo, o que revela a importância da decisão da Suprema Corte (Beitsh, 2015).

No Brasil, por outro lado, a união homoafetiva foi admitida por força de decisão do Supremo Tribunal Federal.⁵¹ Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, estabeleceu vedação à recusa de habilitação, celebração de casamento civil e substituição de regime em união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Também foi por força de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, de 2015, que a união homoafetiva e a família homoparental foram reconhecidas como um núcleo familiar, a despeito da idade das crianças (RE 846.102 /PR).

O preconceito, no entanto, persiste. A produção legislativa específica é nula e a resistência social e institucional, muitas vezes discreta ou velada, é inquestionável (Santos *et al.*, 2018). Como bem destacam Margraf *et al.* (2016):

⁵¹ A união civil entre pessoas do mesmo sexo foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou resolução que autorizou os cartórios a registrarem casamentos homoafetivos.



Diversos preconceitos a respeito da inclusão de crianças em lares homoafetivos foram desenvolvidos mediante a grande resistência que emerge de uma ideia distorcida de que a relação de homoafetividade teria um caráter promíscuo que mancha a construção de um núcleo familiar saudável, gera sequelas psicológicas e até mesmo de dúvidas de identificação sexual da própria criança. Felizmente com a dinamicidade na evolução dos conceitos na esfera jurídica, tais crenças estão sendo superadas por meio de estudos e por divulgação das informações, comprovando que diversas famílias homoafetivas (com filhos) não constatarem a inexistência de quaisquer tipos de traumas ou danos de qualquer ordem. (...) Afinal se a orientação sexual dos pais influenciasse diretamente a criação de seus filhos nenhum homossexual poderia ter sido “gerado”, criado ou educado dentro de uma família heterossexual(...).

As decisões do Supremo Tribunal Federal inquestionavelmente trouxeram maior segurança jurídica aos processos de adoção por famílias homoparentais, o que permitiu a sua franca expansão. Porém, como demonstrado, é certo que persistem desafios, preconceitos e barreiras a serem superados, de forma a garantir a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de adotandos e adotantes.

2. Preconceito, desigualdade e a atuação dos tribunais

É inegável, como demonstrado anteriormente, que os países democráticos têm avançado em direção à garantia dos direitos fundamentais dos casais LGBT, seja garantindo o casamento e união estável, seja assegurando o pleno acesso à adoção infantil de crianças em situação de vulnerabilidade.

Nada obstante, é certo que não se trata de uma batalha vencida. Como bem relembra Beitsh (2015), alguns estados estadunidenses exigem que casais do mesmo sexo devam esperar por pelo menos um ano após o casamento para poder adotar um filho, previsão distinta daquela aplicável aos casais heterossexuais. Do



mesmo modo, no Mississippi e no Texas, ainda existem leis restritivas, nada obstante a decisão da Suprema Corte que estabeleceria a igualdade entre os casais hetero e homoafetivos.

No Brasil, por outro lado, há indícios que os tribunais, ao interpretarem o arcabouço normativo e principiológico que abarca o tema, deram passos largos em direção à garantia de igualdade. Veja-se, nesse sentido, paradigmático julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. *É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes* (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME." (AC 70013801592, 7°. Câ. Cív., j. 05.04.2006, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos)

Vê-se que os tribunais brasileiros têm se orientando na garantia da dignidade da pessoa humana e na isonomia das famílias homoafetivas durante os processos de adoção (Iolovitch & Machado, 2010), reafirmando a base principiológica constitucional que assegura a igualdade e a proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

Como bem ressalta Lavelly (2007), as leis de adoção diferem nos países democráticos, mas compartilham alguns traços comuns: o bem-estar e os melhores interesses de uma criança.



Logo, não se pode ignorar, em qualquer caso, que a adoção tem por objetivo a proteção da criança e do adolescente de todo e qualquer tipo de violência e discriminação. Os tribunais, com base na Constituição de 1988 e com fulcro nas melhores evidências científicas disponíveis, reconhecem que a adoção por famílias LGBT não gera qualquer dano ao desenvolvimento do menor, preservando o integralmente seus interesses (Salazar, 2006).

Nada obstante, a realidade social ainda desafia o avanço das regras e da jurisprudência. Ainda há preconceitos e as dificuldades decorrentes da orientação sexual, demandando políticas públicas que visem a gradual compreensão da pluralidade como um fenômeno natural e essencialmente humano, que encontra respaldo no direito interno de cada país e nos direitos humanos de adotantes e adotandos (Santos *et al.*, 2018).

3. Sobre a adoção por indivíduos e casais LGBT: a marca do preconceito

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da nova lei da adoção (Lei nº 12.010, de 2009), os procedimentos de adoção no Brasil tornaram-se mais seguros, formais e marcados pela pluralidade. No passado, a regra era a chamada *adoção à brasileira*, em que pais biológicos e adotivos firmavam ajustes e, ao final, a criança era registrada em cartório como se filho biológico fosse.

Naturalmente que, nesse modelo, era impensável a adoção por indivíduos LGBT, já que não havia procedimento formal e o a adoção era implementada em conversas e acordos entre amigos e vizinhos. Ou seja, os adotantes eram, como regra, famílias brancas e de classe média que, por razões altruístas, religiosas ou éticas, optavam pela adoção. É cediço que a *adoção à brasileira* era – e é –



classificada como ilícita, inclusive atraindo a incidência de norma penal. No entanto, era conduta tolerada.

Afinal, como bem ressalta Madaleno (2011), a disposição de se dedicar como pai e mãe, dando afeto aos filhos “constrói a paternidade ou maternidade socioafetiva e retira por sua intenção altruísta a conotação pejorativa e ilícita, porque trata dos pais do coração”.

Atualmente, com o advento do ECA e das mudanças legislativa e jurisprudencial, a face da adoção mudou bastante. No entanto, o processo de adoção de crianças por casais LGBT continua sendo um desafio quanto comparado com casais heterossexuais. Se não, vejamos.

Segundo Olson (2009), a adoção de LGBT pode assumir diferentes formas, tais como a adoção conjunta por um mesmo sexo casal, a adoção por um parceiro de um casal do mesmo sexo ou uma adoção por uma única pessoa que é LGBT. Apesar de qualquer qualificação, no entanto, é certo que os futuros pais (sejam LGBT ou não) e as crianças e adolescentes adotandos têm direitos humanos e fundamentais que devem ser amplamente resguardados antes, durante e depois do processo de adoção. No entanto, quando a realidade envolve a adoção por famílias LGBT, todo tipo de debate exsurge, sempre com um único fundamento: o equívoco e o preconceito.

Veja-se, nesse sentido, o relato de Ross *et al.* (2008), que sugerem que o comportamento do casal homoafetivo pode influenciar o sucesso ou não do processo de adoção nos Estados Unidos:

Lésbicas (e, por extensão, os gays) devem apresentar-se como semelhantes ou, em outras palavras, comportar-se da mesma forma que candidatos heterossexuais... Casais de lésbicas também foram mais bem avaliados quando cumpriram os estereótipos tradicionais de papéis de gênero sobre cuidar (um parceiro participava de trabalho remunerado enquanto o outro ficava em casa com o criança) ⁵².

⁵² Tradução livre



Não há estudo semelhante no Brasil, mas relatos sugerem que preconceitos emergem antes, durante e depois da adoção (Augusto, 2017). Logo, ainda que as regras vigentes assegurem plena igualdade e proteção dos direitos fundamentais e humanos de pais e crianças, a influência das normas sociais ainda pode estar presente no comportamento e decisões individuais e, até mesmo, institucionais. Embora as normas de gênero e família sejam diferentes do que eram no passado, a ideia de uma “família tradicional” e nuclear parece difícil de ser abandonada em nossa sociedade.

Não se deve olvidar, por óbvio, que quando um casal do mesmo sexo adota, existem certos riscos que devem ser levados em consideração. Famílias LGBT e suas crianças enfrentam injustiças sociais, econômicas e preconceitos que maculam nossa sociedade e instituições. Nos Estados Unidos, há relatos de dificuldades em obter benefícios previdenciários ou ter direito assegurado à sucessão/ herança. A criança também pode ser inelegível para planos de saúde (Palmer, 2013). Também há estudos que sugerem que casais e famílias LGBT são menos propensos a serem aprovados em financiamentos habitacionais, em comparação com outros casais com a mesma condição financeira (Appleby 2011).

Não é possível estabelecer marcos históricos que definam o recrudescimento da homofobia em tempos modernos, mas Appleby (2011) sugere que o preconceito tornou-se mais intenso a partir do surgimento da Síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), nos anos 80.

Algumas religiões condenavam as relações entre pessoas do mesmo sexo e acreditavam, como consequência, que a AIDS era fruto da vontade divina de castigar pessoas LGBT com supostos desvios morais. Ainda hoje, há grandes grupos religiosos – inclusive com representação parlamentar – que justificam a homofobia como resultado de uma reprovação divina – e legítima, segundo eles – à homossexualidade.

De fato, após séculos de uma realidade exclusivamente heterossexual, a sociedade heteronormativa revela-se em xeque, de forma que a abertura em direção à igualdade e à



pluralidade será sempre vista como ameaça, risco ou, até mesmo, rompimento de modelos de poder que se perpetuam em torno de meras orientações de gênero.

4. A “*família tradicional*”: evidências empíricas evidenciam as contradições ínsitas ao preconceito

De acordo com diversas pesquisas empíricas conduzidas no Brasil e no exterior, a composição de gênero de uma família não está associada às diferenças na saúde e no bem-estar de seus filhos (Gates, 2015).

De fato, inexistente qualquer demonstração quantitativa ou qualitativa que advogue contrariamente à adoção de crianças e adolescentes por famílias LGBT. Muito ao contrário, as evidências disponíveis sugerem que a orientação sexual é irrelevante ao desenvolvimento da personalidade infantil. Não há qualquer fundamento que justifique preferência por “famílias tradicionais” e não por famílias marcadas pela diversidade.

Afinal, não se pode ignorar que a chamada “família tradicional”, com pai, mãe e filhos convivendo sob o mesmo teto, há muito tempo não corresponde à realidade da sociedade moderna.

A demanda pelo trabalho por homens e mulheres, na busca pelo incremento da renda, a aceitação social do divórcio e das dissoluções conjugais, além das interferências da tecnologia no cotidiano das famílias mudou a forma como os indivíduos se relacionam no âmbito familiar e se relacionam com a sociedade. A realidade é que, atualmente, pouco mais da metade dos lares brasileiros são compostos de mãe e pai casados, com crianças que moram em casa (Rasmussen, 2014):

O conceito tradicional de família, composta por um casal heterossexual com filhos, esteve presente em 49,9% dos lares visitados, enquanto que em 50,1% da vezes, a família ganhou uma nova forma. As famílias homoafetivas já somam 60 mil, sendo 53,8% delas formada por mulheres. Mulheres que vivem sozinhas são 3,4 milhões, enquanto que 10,1 milhões de famílias são formadas por mães ou pais solteiros.



Assim, é muito difícil justificar a ideia moral da “família tradicional”, mesmo que uma criança tenha pais heterossexuais. O gênero é, de fato, irrelevante. Na verdade, toda criança requer um ambiente doméstico seguro e amoroso como sua principal prioridade, o que tornam as figuras parentais masculina e feminina apenas um esboço argumentativo que não encontra suporte empírico (Torres, 2004).

Reforçando tal conclusão, há estudos quantitativos que demonstram que casais do mesmo sexo são mais capazes lidar com crianças com necessidades especiais do que casais heterossexuais. Do mesmo modo, as famílias LGBT são mais dispostas do que as heterossexuais a adotar crianças com sérios problemas físicos, emocionais e comportamentais. Elas também estão mais dispostos a adotar crianças mais velhas e de cor de pele opostas à sua (Ross *et al.*, 2008).

Kaplan (2012) sugere que pais LGBT estariam mais aptos a enfrentar, com seus filhos, questões como *bullying*, provocações e exclusão social. Afinal, são experiências que, em maior ou menor grau, todos os indivíduos LGBT já enfrentaram (ou enfrentam), o que permite uma simbiose empática entre pais e filhos.

Outro preconceito popular é aquele que sugere que as crianças que crescem com pais do mesmo sexo serão influenciados a serem LGBT. Para Gates (2015), no entanto, não há indícios empíricos que deem baldrame a essa conclusão, mas fundamentos para que se conclua que essas crianças têm a mesma possibilidade de serem adultos LGBT quanto aquelas criadas por pais heterossexuais.

De fato, ao contrário do que propõem os estereótipos preconceituosos, evidências empíricas indicam que crianças adotadas por pais LGBT são mais abertas à diversidade, mais receptivas nas escolas e mais amigáveis com os colegas. Talvez por isso Santos *et al.* (2018) sugerem que, no Brasil, a população tem se mostrado mais favorável à adoção por casais LGBT, “posto que a adoção é



uma forma de promover a felicidade das crianças e casais que buscam constituir uma família”.

Ainda assim, Santos *et al.* (2018) salientam que há, entre os casais LGBT, receio em adotar, uma vez que ainda persistem, na vida em sociedade, barreiras psicossociais e institucionais inerentes ao processo de adoção na família homoparental. Essa realidade pode tornar o processo de adoção bastante desgastante e cansativo. Muito embora os Estados Democráticos tenham e estejam se orientando em direção à igualdade e à pluralidade, com alterações normativas e intervenções judiciais, é certo que muito precisa ser feito.

Considerações finais

Sabe-se que a adoção por casais do mesmo sexo ainda são minoria entre aquelas aperfeiçoadas no Brasil. Diante da evidente demanda pela adoção e da maior disponibilidade de casais LGBT em adotar crianças com problemas de saúde ou mais velhas (adoção tardia), não é lícito ou mesmo ético estabelecer qualquer viés (ainda que não consciente) que mitigue ou dificulte a adoção por casais LGBT.

Não importa qual seja a orientação sexual de um casal, há crianças que precisam de um lar e indivíduos que têm o direito humano e fundamental de constituírem famílias e participarem na criação, desenvolvimentos e educação de filhos. A orientação sexual ou de gênero é indiferente sob qualquer óptica e não podem servir de óbice ao direito de crianças e adolescentes de terem um lar seguro com pais amorosos.

Há, no entanto, um longo caminho a ser trilhado, que passa pela educação, pela empatia e por políticas públicas que tenham por objetivo o respeito às minorias e à pluralidade de pensamento e de orientação sexual.



A educação, de fato, é o alicerce de todas as demais políticas, com especial foco na compreensão do outro, de seus direitos (humanos) e da aceitação da pluralidade e diversidade. Tais tópicos deveriam ser incorporados ao currículo escolar desde a tenra idade e perpetuar-se como baldrame de toda a produção de conhecimento no ensino médio e superior.

Por intermédio da educação, as demais políticas públicas voltadas à proteção de minorias e de pessoas em situação de vulnerabilidade ganham legitimidade e, mais do que isso, encontram eco social, viabilizando sua efetividade no mundo real (e não apenas normativo). Tais medidas passam pela atuação coordenada dos poderes de Estado e pelo apoio e suporte a movimentos sociais que lutem pela igualdade, pluralidade e respeito às diferenças.

Os direitos humanos e fundamentais das crianças e dos pais adotivos passa necessariamente pela proteção institucional do aparato estatal e, mais ainda, pela aceitação social da diferença.

Ainda que existam claros avanços normativos (legais e jurisprudenciais), é certo que a aceitação social da adoção por casais ou pessoas LGBT ainda é limitada. Há preconceitos e resistências: pais e filhos continuarão a enfrentar a opressão e o preconceito até que seus direitos humanos e fundamentais sejam completamente reconhecidos por todos, sem ressalvas, sem preconceitos.

Referências

AUGUSTO, T. Adoção homoafetiva: legalidade e preconceitos. **Telavita**, 2017. Disponível em <https://www.telavita.com.br/blog/adocao-homoafetiva>. Acesso em 21 de fevereiro de 2020.

BEITSCH, R. Despite same-sex marriage ruling, gay adoption rights uncertain in some states. **The Pew Charitable Trusts**. 2015. Disponível em <http://www.pewtrusts.org/en/researchandanalysis/blogs/stateline/2015/08/19/despite-same-sex-marriage-rulinggay-adoption-rights-uncertain-in-some-states>. Acesso em 12 de fevereiro de 2020.



FARIAS, CC. & ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GATES, GJ. Marriage and Family: LGBT Individuals and Same-Sex Couples. **Future of Children**, 25(2), 67-87, 2015

IOLOVITCH, LB; MACHADO, RM. Famílias Plurais e a Adoção. *In*: DIAS, MB; BASTOS, EF; MORAES, NMM. **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KAPLAN, JD. The Invisible LGBT Family. **Michigan Bar Journal**, 2012

LAVELY, VA. The path to recognition of same-sex marriage: Reconciling the inconsistencies between marriage and adoption cases. **UCLA Law Review**, 55(1), 247-291, 2007

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARGRAF, AF. *et al*. Jurisprudência comentada. **Revista dos Tribunais**. v. 968. Junho, 2016.

OLSON, CL. Second-class families: Interstate recognition of queer adoption. **Family Law Quarterly**, 43(1), 161-180, 2009

PALMER, TL. Family matters: Establishing legal parental rights for same-sex parents and their children. **Human Rights**, 30(3), 9, 2003

ROSS, L *et al*. Lesbian and queer mothers navigating the adoption system: The impacts on mental health. **Health Sociology Review**, 17(3), 254-266, 2008

SALAZAR JR., JR. **Adoção por casais homoafetivos na Constituição Federal**. São Paulo, 2006, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4282>. Acesso em 14 de janeiro de 2020

SANTOS, JVO *et al*. Adoção de crianças por casais homossexuais: as representações sociais. **Temas psicol.**, Ribeirão Preto , v. 26, n. 1, p. 75-91, mar. 2018 . Disponível em <http://dx.doi.org/10.9788/TP2018.1-06>. Acesso em 14 de março de 2020

TORRES, AL. **Homens e Mulheres entre Família e Trabalho**. Seminário Família: realidades e desafios, 2004. Disponível em https://www.ine.pt/ine_novidades/semin/familia/docum/app/appactorres.pdf. Acesso em 15 de março de 2020

WALTON, C. **Gay rights timeline**. Unitarian Universalist Association of Congregations. 2004. Disponível em <http://www.uuworld.org/articles/stub-2026>. Acesso em 15 de março de 2020.



A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Dados da Pesquisa

Início: abril de 2018

Natureza: projeto de pesquisa

Linha: Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos Fundamentais

Professores responsáveis

Profa. Dra. Neide Teresinha Malard

Prof. Dr. André Santa Cruz Ramos

Mestrandos integrantes da pesquisa

Abraão Alves Ferreira

Gizelle Campos

Guilherme da Hora

Hugo Oliveira Horta Barbosa

Suzana Cristina Leite

Thiago Linhares Paim

Nara Elisabeth Barbosa Domiense (graduanda)

199

Resumo

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 3º, III, que são objetivos da República Federativa Brasileira a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Daí a importância de se reconhecer a necessidade de se garantir o mínimo existencial a cada indivíduo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem mencionado o mínimo existencial em diferentes contextos, mas não de forma explícita nas ementas dos acórdãos, até porque, nem sempre tem sido o princípio considerado como razão de decidir. O que parece certo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a limitação da discricionariedade dos agentes públicos na concessão do mínimo existencial e o direito de todo cidadão de recorrer à Corte Suprema para reivindicá-lo.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Erradicação da Pobreza. Mínimo existencial. Jurisprudência do STF.

Introdução

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da efetividade de políticas públicas voltadas à concretização do princípio da existência digna, no que tange à garantia do mínimo existencial aos indivíduos, tem passado por lenta



evolução. Pode-se notar, no entanto, da análise de julgados, que ao longo das últimas duas décadas, desde a Constituição de 1988, que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretá-la, vem enfatizando, cada vez mais, a necessidade de o Estado promover as mais diversas políticas públicas que, de alguma forma, possuem relação com carências individuais e sociais atinentes àquilo que vem sendo considerado como mínimo razoável para que a pessoa possa desfrutar de uma vida digna.

A missão estatal de assegurar aos indivíduos o mínimo existencial para que possam desfrutar de uma vida digna tem sido objeto de profícua discussão acerca das limitações financeiras do Estado para arcar com todas as demandas dirigidas aos poderes públicos. Sustentam alguns juristas que a garantia de um mínimo existencial não pode sobrepor-se às possibilidades recursais públicas, razão pela qual o gasto a ser realizado com a implementação de políticas públicas deve situar-se nos limites do orçamento, cunhando-se para tal situação a expressão “reserva do possível”.

Tal ideia limitadora adveio de uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha sobre disponibilização de vagas em uma universidade para o curso de medicina, oportunidade em que se alegou que tais vagas eram limitadas, em consonância com a capacidade orçamentária da entidade educadora.

É fato que as atividades prestacionais do Estado estão condicionadas à disponibilidade de recursos. Sabe-se, também, que no âmbito público, as demandas dos indivíduos são infinitas, enquanto os recursos estatais para atendê-las sofrem cada vez mais restrições, seja em razão de que a atividade econômica tem sido afetada por crises frequentes, que prejudicam a arrecadação tributária, seja porque as pessoas mais bem dotadas de recursos financeiros não estejam dispostas a contribuir para uma melhor repartição da riqueza social. A ideia de um mínimo existencial, porém, não deve estar atrelada a orçamentos, pois, em



essência, trata-se de uma escolha pública já manifestada pela Constituição e, portanto, sedimentada juridicamente. Isso faz com que o foco da autoridade na realização do dever estatal de promover um mínimo existencial deva voltar-se para momento anterior à elaboração do orçamento, ou seja, àquele em que é feita a escolha alocativa dos recursos públicos, porquanto estes devem ser destinados de acordo com as prioridades constitucionais, já eleitas pela sociedade. Caso contrário, a escolha discricionária em relação à alocação dos recursos públicos poderá frustrar os objetivos constitucionais de erradicar a pobreza, para priorizar, ao invés, o atendimento de pleitos socialmente menos importantes, deixando-se desprotegidos os carentes, que não têm força nem voz para fazer valer seu direito a uma existência digna.

1. Pobreza e um mínimo existencial

Em geral a pobreza é definida como a carência de bens e serviços indispensáveis à existência, como a falta de alimentos, água potável, vestuário e moradia. Pessoas que sobrevivem sem essas condições mínimas são consideradas pobres, e se mantêm completamente alheias à vida em sociedade. A condição de pobreza não se limita, porém, à renda baixa, em geral decorrente da ausência de emprego ou da falta de oportunidades de trabalho, existindo ainda outros fatores que auxiliam na identificação da pessoa pobre, como o analfabetismo ou a baixa escolaridade, a desnutrição e a exclusão social, por exemplo.

Muitos são os fatores responsáveis pela pobreza, não havendo uma única causa a justificá-la; não é difícil, porém, perceber que tais fatores encontram-se relacionados entre si. Alguns são de natureza político-social, como,



por exemplo, a herança colonial,⁵³ regimes autoritários de governo ou democracias fragilizadas vivenciadas ao longo da história de um país, que resultam em insignificante participação popular na vida política e social, e a desigualdade de oportunidades, muitas vezes de interesse de governos dominados por elites privilegiadas. Outros fatores são de natureza econômica, como o baixo crescimento econômico, à falta de investimentos públicos em serviços e privado em produção, e a má distribuição da riqueza social, consequência de um sistema tributário injusto, que faz incidir baixa tributação sobre a renda e a propriedade, transferindo o encargo tributário para os bens e serviços consumidos pelos mais pobres. Há, ainda, os fatores de natureza cultural, como a discriminação de gênero e raça, enraizada nos valores predominantes na sociedade.

As abordagens acerca da erradicação da pobreza, nos países capitalistas, caracterizam-se por posições ideológicas e politizadas. Para aqueles que se qualificam de direita, o crescimento econômico seria o único meio de se eliminar a pobreza. Assim, o Estado deve proteger os direitos capazes de promover o crescimento econômico, assegurando os direitos de propriedade, a liberdade de contratar e o sistema de crédito, mediante uma regulação mínima da atividade produtiva de bens e serviços, a fim de se alcançar a máxima eficiência econômica na alocação dos recursos públicos e privados. Já para aqueles que seguem o ideário da esquerda, a pobreza não poderá ser erradicada se não houver uma eficiente intervenção do Estado para promover a educação da população, sobretudo de crianças e jovens, com o objetivo de assegurar a estes igualdade de oportunidades para que tenham condições de enfrentar a instabilidade dos mercados. Alinham-se a estes os defensores dos direitos humanos, que encaram a

⁵³ Schwartzman observa que no século XIX, diferentemente do que ocorria na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde se pensava criar leis e instituições para ajudar os pobres, no Brasil mantinham-se a escravidão e a pobreza, considerada esta natural e inevitável (p. 17).



pobreza como uma questão pertinente aos direitos fundamentais e defendem a adoção de políticas públicas de transferência de renda para erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

A questão da pobreza é, também, abordada sob a perspectiva da religião. Os adeptos dessa ideologia não veem na pobreza um mal em si; ao contrário, constituiria ela um estágio pelo qual passam os indivíduos até a redenção de suas almas, conclamando-se os ricos a ajudar os pobres, mediante as mais diversas ações filantrópicas.

Seja qual for a perspectiva sob a qual a pobreza é abordada – sociológica, filosófica, econômica ou jurídica – é importante defini-la. A literatura econômica, nacional e estrangeira, classifica a pobreza em extrema e moderada. O indivíduo extremamente pobre é aquele cuja renda diária é de até um dólar, enquanto o qualificado como moderadamente pobre tem uma renda diária entre um e dois dólares, valores estes, sem dúvida, extremamente baixos.

Na verdade, o próprio valor do salário mínimo vigente no Brasil, R\$1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais), não se mostra suficiente para retirar o indivíduo que o recebe da situação de pobreza, já que não é bastante para atender as necessidades vitais básicas de uma pessoa incluída no meio social. Observe-se que a própria Constituição brasileira deixou expresso em seu art. 7º, inciso IV, que o salário mínimo deveria ser capaz de custear as despesas do trabalhador com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Todavia, o salário mínimo legalmente estabelecido ao longo dos anos de vigência da Constituição revela o desvalor do trabalho ofertado, e importa, efetivamente, na apropriação pelo empregador de uma parte da remuneração que caberia ao empregado.



Além de uma renda muito baixa, o estado de pobreza está associado à carência absoluta de determinados bens e serviços, que são considerados indispensáveis a uma existência digna. A falta desses bens também expõe os indivíduos a doenças e endemias, circunstância esta que implica na baixa expectativa de vida das pessoas pobres.

Outra característica da pobreza está associada à educação, sendo certo que o analfabetismo afeta de forma contundente o indivíduo pobre em idade laboral, que, para sobreviver, aceita qualquer tipo de trabalho, muitas vezes em condições degradantes e mal remunerados.

Independentemente das causas da pobreza e das razões pelas quais não se consegue promover mudanças nas estruturas sócio-econômicas no Brasil, o fato é que a Constituição impõe ao Estado brasileiro o dever de erradicá-la. No entanto, os objetivos constitucionais dispostos no art. 3º da CF são vistos, pelas autoridades políticas, como meros programas e, como tais, podem ou não ser seguidos, conforme se disponha a fazê-lo os governos temporários. Não se nega que fatores econômicos moldam a estrutura dos orçamentos públicos, porém as circunstâncias conjunturais não constituem justificativa para anular a escolha política constitucionalmente feita, no sentido de se construir no Brasil uma sociedade livre, justa e solidária, o que certamente só pode ser alcançado mediante a erradicação da pobreza.

É esse entendimento que constitui o esteio que suporta a ideia de que o Estado deva assegurar a todos um mínimo existencial, que, como bem define Torres, é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (p.1). Trata-se de um elemento pré-constitucional, porque inerente à pessoa humana, um direito público subjetivo, determinante da ordem jurídica,



erigido sobre o princípio de igualdade, implícito na dignidade humana, e que assegura proteção aos indivíduos contra a pobreza absoluta (TORRES, p. 4).

Observa Torres, com fundamento em Aron, R., que sem um mínimo necessário à existência, desaparecem as condições iniciais da liberdade. Assim o fundamento do direito ao mínimo existencial estaria nas *condições para o exercício da liberdade*, servindo esta de fundamento à luta contra a miséria e a pobreza absoluta, na medida em que fornece “as condições iniciais para a superação da própria injustiça social” (TORRES, p. 1)

Nessa linha, o objetivo constitucional de erradicação da pobreza tem na obrigação estatal de conferir a todos um mínimo existencial, que não se limita à prestação de um suporte financeiro àqueles que dele necessitam para fazer face aos gastos indispensáveis à sua vida material no ambiente social, porquanto a existência digna, valor assegurado pela própria Constituição na ordem econômica, inclui a prestação de todos os serviços sociais básicos imprescindíveis à sua dignidade, como educação, saúde e acesso à justiça, como tantos outros constitucionalmente previstos (KRELL, p. 68).

Todos os direitos que venham integrar esse mínimo essencial à vida digna são direitos subjetivos, que podem ser exigidos dos poderes públicos, não sendo admissível que o Estado se exima de atendê-los, sob pena de inconstitucionalidade por omissão Thiago Breus, (p.7). Porém, coloca-se uma discutível questão acerca da natureza programática dos direitos sociais, econômicos e culturais que comporiam ou seriam complementares a esse mínimo existencial. A discussão em torno dessa questão gira em torno da indispensabilidade de recursos orçamentários para que os componentes do mínimo existencial sejam integralmente atendidos.

Não se trata, porém, de assegurar direitos apenas a pessoas que não tenham condições físicas ou mentais de subsistir às próprias custas, mas também



de proteger todos aqueles que não possam, em razão de suas condições sócio-econômicas, conjunturais ou estruturais, estar integrados, ainda que temporariamente, ao mercado de trabalho.

Não se pretende enfrentar aqui a problemática dos custos do direito, até porque se entende que a própria organização da sociedade em Estado os tem, e que todos os membros do corpo social devem com eles arcar, proporcionalmente aos benefícios que auferem com a proteção de seus direitos proprietários. Assim, nada mais justo do que proteger com a mesma diligência os direitos sociais dos não proprietários, pelo único fato de contribuírem para a paz social, ainda que desprovidos de qualquer bem estar. Portanto, os grupos que detêm os privilégios, até para os manter, devem contribuir para a existência digna daqueles que nada têm, pois deles também depende a sociabilidade.

A questão da insuficiência orçamentária em face da obrigação do Estado de prestar o mínimo existencial, ainda que não determinado o seu conteúdo, foi pioneiramente discutida no STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45-9, relatada pelo Min. Celso de Mello. Tal decisão considera que, no cumprimento das obrigações inarredáveis do Estado em matéria de direitos sociais, que por certo demandam recursos, não de ser observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, só podendo o administrador invocar a cláusula da reserva do possível, quando comprovada a escassez orçamentária, ou se porventura for constatado uma possibilidade de danos ao erário público. Impõe, no entanto, essa decisão limitações à discricionariedade do administrador na alocação de recursos públicos, uma vez que conveniências administrativas podem frustrar as políticas públicas capazes de concretizar os direitos sociais.

De fato, longe da Constituição brasileira está aquele Estado que se limita meramente a proteger a propriedade privada e a liberdade individual, mediante



atitudes negativas ou de não intervenção. O que se observa na Constituição é a opção por um Estado prestamista, ao qual incumbe promover os meios necessários para garantir aos indivíduos o direito à vida e à plena dignidade para vivê-la.

Nesse sentido, o art. 6º da Constituição, ao reconhecer como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, já indica os campos da sociabilidade a serem tratados pelo direito com objetivo claramente inclusivo. O tratamento jurídico desses campos deverá promover a concretude desses direitos, tanto na ordem social quanto na econômica, do que resultará probabilidade de erradicação da pobreza, como quer a Constituição, em seu art. 3º, inciso III.

Costuma-se denominar de políticas públicas o tratamento jurídico dos direitos sociais, ou seja, as medidas previstas em lei que conferem eficácia àqueles direitos. Tais medidas, em nosso sistema político-constitucional, são de competência do Poder Legislativo, ao qual cabe dar plena eficácia aos direitos sociais, cuidando o Executivo de lhes conferir efetividade. Percebe-se, no entanto, quando se examina a situação de pobreza e exclusão social em que se encontra parte substancial da população brasileira, que ambos os poderes não têm cumprido com esmero as suas funções constitucionais. Essa omissão, porém, não tem sido inconsequente, porquanto o terceiro poder republicano, o Judiciário, chamado em última instância a proteger os direitos dos cidadãos, não tem se furtado a fazê-lo, e o tem feito com propriedade. Chama-se, no entanto, a esse desempenho judicial voltado ao reconhecimento de direitos sociais, ignorados ou mal implementados pelos dois outros poderes, de ativismo judicial, questionando-se a legitimidade do Poder Judiciário de atuar em favor de indivíduos, ignorados ou ludibriados por aqueles que receberam a missão constitucional de atendê-los, e se veem obrigados a recorrer ao juiz, depois de perdidas as esperanças de auferir



aquilo a que fazem jus. Invisíveis para as autoridades e no ápice de seu desespero, procuram o alento da justiça, que por ser lenta e seletiva, também os deixa abandonados. Reserva-se a possibilidades remotas o direito básico de sobrevivência, nisso se constituindo realmente a cláusula da reserva do possível, justificativa insólita para não pagar o Estado aquilo que deve ao pobres e excluídos. E, como se isso não fora suficiente para deixar ao desamparo milhões de brasileiros paupérrimos, ainda se argumenta contra a atuação judicial favorável à mínima concretização de direitos constitucionalmente previstos, com a clássica doutrina da separação dos poderes, conforme configurada em sua origem, e que já não mais faz qualquer sentido após a constitucionalização dos direitos sociais.

2. As demandas judiciais que questionam a falta de políticas públicas ou de sua eficácia.

As políticas públicas constituem os meios adequados para a concretização de direitos sociais, e sua concepção e execução são de responsabilidade dos poderes legislativo e executivo, respectivamente. Não é rara, porém, a omissão desses poderes na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Todavia, tal omissão não é irremediável, porquanto pode o Judiciário intervir para sanar o comportamento omissivo dos agentes públicos, conforme determina o art. 5º, inciso XXXV, da CF, "*a lei não excluirá apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Nesse sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, afirmando que, ao determinar providência interventiva na concretização dos direitos fundamentais, não estará o Judiciário criando nem implementando políticas públicas, mas simplesmente validando que certos direitos previstos na Constituição devam ser respeitados, indicando a direção a ser tomada pelos poderes públicos.



Todavia, não têm sido numerosas as ações coletivas que postulam direitos sociais. Como observa Sarmento, um número maior de ações individuais são ajuizadas por aqueles que bem conhecem os seus direitos subjetivos e detêm condições financeiras de reivindicá-los, o que, na correta avaliação do autor, acaba por manter excluídos aqueles que, efetivamente, necessitam de prestações do Estado e que são o alvo das políticas públicas. (Sarmento, p.8)

Observe-se, no mesmo sentido, que são exatamente as carências dos indivíduos, sobretudo a falta de acesso a informações e a insuficiência de recursos financeiros que servem de fundamento à política constitucional de auxílio aos pobres, que levou à criação da Defensoria Pública, reduto de socorro aos desprovidos, tendo conferido, também nesse tocante, ao Ministério Público, importantes atribuições em relação à concretização de direitos fundamentais.⁵⁴ É dessas instituições que a sociedade deve cobrar eficiência no enfrentamento da pobreza excludente da sociabilidade.

3. O mínimo existencial conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Os direitos sociais já foram por muitos entendidos como meros conteúdos programáticos da Constituição Federal, diferentemente do que ocorre hoje

⁵⁴ O STF decidiu que a essencialidade do direito à saúde confere legitimidade ao Ministério Público a atuar nas hipóteses em que os órgãos estatais frustam a eficácia jurídico-social daquele direito, por ação ou omissão (AI 655.392/RS, Rel. Min. EROS GRAU – AI 662.339/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 462.416/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES).



quando são considerados como direitos fundamentais subjetivos, que podem ser exigidos pelos seus titulares perante o Poder Judiciário.⁵⁵

Tais direitos se concretizam mediante o cumprimento de obrigações prestacionais por parte do Estado, havendo ainda uma profícua discussão doutrinária acerca da vinculação estatal aos postulados constitucionais que os declaram ou de seu caráter programático, que permitiria sua concretização segundo circunstâncias políticas e orçamentárias.

A doutrina progressista entende que é obrigação do Estado erradicar a pobreza, tal qual objetivado pela Constituição, em seu art. 3º, III, para o que é imprescindível assegurar a todo indivíduo um mínimo existencial, que implica o acesso a serviços sociais básicos que lhe garantam uma vida digna, a não ser que comprovada a impossibilidade financeira estatal.⁵⁶

A jurisprudência brasileira tem-se coadunado com essa posição doutrinária desde a decisão proferida pelo Min. Celso de Mello na ADPF 45, que fixou o entendimento de que a falta de recursos somente pode ser alegada quando comprovada a impossibilidade orçamentária, objetivamente aferível. Ademais, tal impossibilidade só seria admissível se os recursos públicos tiverem sido prioritariamente destinados à efetivação de políticas públicas voltadas à concretização do direito ao mínimo existencial.

Entretanto, há autores que vão mais além, defendendo que os direitos sociais, como direitos subjetivos que são, podem ser exigidos independentemente

⁵⁵ Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP. Relator: Min. Celso de Mello. O direito à educação é considerado direito fundamental de toda criança, o qual não está subordinado à discricionariedade da Administração Pública.

⁵⁶ BREUS, THIAGO LIMA. Políticas Públicas no Estado Constitucional – A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Pág. 15. Curitiba, agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>>



das possibilidades financeiras do Estado, ou da falta de alocação de recursos, porquanto o eixo central da Constituição é a dignidade da pessoa humana, não alcançável quando o indivíduo se encontra em estado de carência em relação a um mínimo existencial.

O posicionamento firmado no Supremo Tribunal Federal parece ter acolhido essa orientação, afirmando o dever de as autoridades públicas conferirem prioridade absoluta, na alocação dos recursos, ao atendimento do mínimo existencial. Em outras palavras, a jurisprudência do STF orienta no sentido de que as prestações sociais básicas e imprescindíveis para que o indivíduo tenha uma vida com dignidade correspondem a direitos subjetivos, como aquelas relativas à educação, à saúde e moradia digna.

Percebe-se do estudo da jurisprudência do STF em matéria de direitos sociais uma nítida evolução no que se refere à abrangência do mínimo existencial, a partir da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45-9, que tem sido o mais importante precedente da Corte, destacando-se seu Relator com o mais proeminente defensor supremo do mínimo existencial. Com efeito, o núcleo essencial do chamado mínimo existencial, segundo a jurisprudência do STF, passou a incluir outros direitos fundamentais, como o direito à saúde, à educação, sobretudo de crianças e adolescentes, à assistência social e ao meio ambiente seguro.

O ponto nodal dessa evolução está no reconhecimento pela Suprema Corte da competência do Poder Judiciário para determinar aos poderes públicos o atendimento de prestações de serviços públicos que integram o núcleo do mínimo existencial, sempre que aqueles se omitirem em relação aos seus deveres constitucionais. Conseqüência desse reconhecimento é o entendimento de que o argumento em favor da falta de recursos orçamentários só poderá ser aceito pelo



judiciário quando comprovada, objetivamente, a escassez de verbas públicas a justificar essa grave omissão.

Nessa linha da evolução jurisprudencial da Suprema Corte tem-se, em 2007, o julgamento da ADI 3.768 – DF, em 19 de setembro, sob a relatoria da ministra Carmen Lúcia. Tratou-se ali do direito dos idosos, previsto no art. 39 do Estatuto do Idoso, ao transporte coletivo gratuito, urbano e semi-urbano. Afirmou a Relatora em seu voto, submetido ao Tribunal Pleno, e acolhido pela maioria, à exceção do ministro Marco Aurélio, que o princípio da reserva do possível deve ser compatibilizado com a garantia do mínimo existencial, por ela definido como

o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais ... que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.

A questão do mínimo existencial, porém, não foi abordada por qualquer outro voto nem constou da ementa do acórdão.

Já ano seguinte, em 2008, a questão do mínimo existencial foi levada a novamente a decisão plenária, através do Ag Reg na Suspensão de Tutela Antecipada 223, de Pernambuco, sob a relatoria da Ministra Ellen Grace, que foi vencida, tendo sido vitorioso o voto do Ministro Celso de Mello. A questão discutida foi o direito à saúde de vítima de um assalto, tendo sido o estado de Pernambuco considerado omissor no desempenho da obrigação de oferecer à população níveis eficientes e adequados de segurança pública. O incidente fez da



vítima tetraplégica, que passou a depender para sua sobrevivência de um sistema de ventilação pulmonar artificial. Levado o caso ao Judiciário, o estado de Pernambuco foi obrigado a viabilizar cirurgia de implante de marcapasso, acusado que foi de haver falhado em seu dever constitucional de prestar segurança pública. Em seu voto, o Ministro Celso de Mello reafirmou os argumentos expendidos na ADPF 45, transcrevendo a ementa de sua decisão monocrática. Não houve, porém, qualquer discussão no voto acerca do mínimo existencial em si.

Também em 2008, na decisão proferida em 10 de outubro na Suspensão de Tutela Antecipada 241-7, do Rio de Janeiro, pelo Presidente Ministro Gilmar Mendes, a questão do mínimo existencial não foi posta na decisão monocrática do relator. O pedido de suspensão antecipada em questão traz à discussão acórdão do TJRJ que impunha ao Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro a contratação de professores para a rede pública de ensino.⁵⁷ Eis o acórdão objeto do recurso:

Agravo de Instrumento. Tutela Antecipada. Verbete Nº 59 da Súmula deste Tribunal. Contratação de professores. Atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas. Reforma de decisão agravada somente em caso de teratologia, ilegalidade ou não-observância da prova dos autos. Pronunciamento que não se enquadra em qualquer dessas hipóteses. Preliminar de ilegitimidade ativa rechaçada, pois incumbe ao Ministério Público a defesa dos direitos transindividuais indisponíveis, dentre os quais se insere o direito à educação. Inteligência do art. 127, caput, da Constituição. Precedentes do STJ. Direito à educação, erigido diretamente da Constituição Federal, que impõe a contratação de professores a fim de suprir a carência de material humano que acomete a rede de ensino fundamental e, indiretamente, obstaculiza a fruição do direito subjetivo fundamental. Desnecessidade de interposição legislativa. Inteligência dos arts. 5º, § 1º e 2º, 6º, 205 e 208, inciso I, e § 1º da Lei Maior. Aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, que não se compadece com a

⁵⁷ Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, que requer seja o Estado do Rio de Janeiro condenado a contratar professores para a rede pública, a fim de assegurar a efetiva prestação do serviço de ensino na rede pública do município de Queimados, RJ.
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



alegação de ausência de fonte de custeio. A reserva do possível não pode servir de escusa ao descumprimento de mandamento fundado em sede constitucional, notadamente quando acarretar a supressão de direitos fundamentais, em atenção ao mínimo existencial e ao postulado da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e deste Tribunal. Astreinte consentânea como princípio da razoabilidade e com as peculiaridades do caso concreto. Prazo para cumprimento do mandamento jurisdicional que, todavia, deve ser dilatado, eis que já encerrado o ano letivo. Recurso provido, em parte, para prorrogar o prazo estabelecido pelo decism até o início do ano letivo de 2008 (fl. 274-275).

Em sua defesa, o estado argumentou que haveria lesão à economia estadual, por ausência de previsão orçamentária da despesa que tal obrigação acarretaria, invocando, ademais, os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes, ao argumento de que não era competência do Judiciário decidir sobre política pública.

Ao fundamentar sua decisão no sentido de manter a obrigação do estado do Rio de Janeiro, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que se tratava de direito público subjetivo ao ensino fundamental obrigatório, nos termos previstos da Constituição (art. 208, §2º), destacando a absoluta prioridade na concretização dessas normas, “em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente, em especial do direito ao ensino fundamental”. Assevera, ainda, que a intervenção judicial voltada ao suprimento da carência de professores no município não infringiria o princípio da separação dos poderes, dada a inércia do Poder Executivo estadual.

Não desconheceu, porém, o relator que essas ações estatais dependem sempre de recursos financeiros, mas negou a ampla discricionariedade administrativa em sua utilização, confirmando a absoluta prioridade que se deve dar à criança e ao adolescente, conforme consagrado no texto constitucional, o



que já seria suficiente para justificar a primazia de políticas públicas para atendê-los, sobretudo na formulação orçamentária estadual.

Não obstante transcrever em sua decisão o acórdão impugnado, do TJRJ, que faz expressa menção ao mínimo existencial, o Ministro Gilmar Mendes, que conclui pelo indeferimento da tutela antecipada requerida pelo estado do Rio de Janeiro, não faz referência ao mínimo existencial.

É, também, de outubro, do dia 14, a Suspensão de Liminar 228-7, do Ceará, decidida pelo Presidente Gilmar Mendes. Trata-se de questionamento de determinação judicial, a pedido do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Ceará, em ação civil pública, para que a União, o estado do Ceará e o município de Sobral transferissem todos os pacientes que necessitassem de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que dispusessem dessas unidades, bem como providenciassem a instalação e o funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária.

Em seu voto menciona o Ministro Gilmar as divergências doutrinárias acerca da natureza prestacional do direito à saúde e sua compatibilização entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”. Tecendo, ainda, considerações sobre a doutrina dos custos dos direitos fundamentais, alerta que é exatamente nesses custos que se encontra a resistência à judicialização dos direitos sociais, seja ao entendimento de que as normas que os preveem são de natureza programática, seja porque se entende indevida a intervenção do Judiciário por configurar violação ao princípio da separação de poderes.

A decisão aborda, também, a questão das escolhas alocativas na formulação de políticas públicas e os critérios, em geral, adotados para tanto, bem como os argumentos sustentados por aqueles que são contra e a favor da atuação do



Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Esclarece o Min. Gilmar que são exatamente os defensores da intervenção judicial que a justificam com o mínimo existencial, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por essa razão, não poderia deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. As diferentes perspectivas de se ver o problema da concretização dos direitos sociais, observa Gilmar Mendes, torna inevitáveis os juízos de ponderação entre princípios e diretrizes políticas ou entre direitos individuais e bens coletivos, conforme as circunstâncias de cada caso.

Ao tecer considerações sobre os elementos do art. 196 da Constituição, que trata do direito à saúde, assinala o Min. Gilmar Mendes que o direito à saúde é um direito subjetivo público, assegurado mediante políticas sociais e econômicas, não sendo um direito absoluto a “todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize.” Afirma, ademais, o Presidente que o que existe é um “direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”.

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, transcreve a ementa da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45, que estabelece os critérios de tal intervenção. Conclui, então, pela manutenção do pedido do Ministério Público, deferido em primeira instância e confirmado em segunda, livrando os condenados da multa e flexibilizando o prazo para atendimento das determinações.

De 2008 é, também, o RG QO RE 572.921, julgado no mês de novembro, sob a relatoria do Ministro Lewandowski, no qual se discutiu sobre o abono pago a servidores públicos para atingir o valor do salário-mínimo. O mínimo existencial foi tratado nos debates entre o Ministro Carlos Britto e o Ministro Marco Aurélio e, ao lembrar a posição do Ministro Celso de Mello acerca



do confronto entre o mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, afirmou o Carlos Britto que o art. 7º da Constituição Federal seria a “consagração do mínimo existencial, abaixo do qual não se pode falar de dignidade da pessoa humana.” Observou, então, o Ministro Marco Aurélio que duvidava que o valor do salário mínimo conseguisse “cobrir todas as utilidades mencionadas no inciso IV do artigo 7º”. Completou, então, o Ministro Carlos Britto que as “necessidade vitais básicas” a que se referia o mencionado artigo corresponderiam ao vital básico, ou seja, ao mínimo existencial, diante do qual cederia a cláusula da reserva do possível. Essa discussão, contudo, não foi levada adiante, e nada se decidiu acerca do mínimo existencial.

Dois anos mais tarde, volta o ministro Gilmar Mendes a enfrentar a questão das prestações estatais em matéria de direitos sociais. Desta vez, foi no Agravo Regimental na Suspensão Liminar 47, de Pernambuco, julgado em 17 de março de 2010. O assunto discutido foi a saúde pública, especificamente as medidas judiciais que determinavam providências para a melhoria no atendimento em hospital do município de Petrolina, que se encontrava em estado precário, a pedido do Ministério Público, Estadual e Federal, em ação civil pública. Em seu voto, o relator se refere ao mínimo existencial apenas quando menciona as teses encontráveis na doutrina constitucional brasileira acerca da interpretação do artigo 196 da Constituição, vale dizer, quanto ao fato de constituir ou não o direito constitucional à saúde um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, que pode ser judicialmente garantido. Quanto a isso, o Ministro aponta divergência na doutrina em relação à natureza dos direitos prestacionais, a partir de dois argumentos, o mínimo existencial e a reserva do possível, e discorre sobre ambas as posições doutrinárias. Faz, ainda, observações sobre os custos dos direitos em geral, sobretudo dos direitos sociais, de natureza prestacional, reconhecendo ser este “o principal argumento contrário à sua judicialização”.



Em relação ao mínimo existencial, destaca o relator a posição dos defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, que argumentam ser o mínimo existencial de cada um desses direitos uma “exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana”. Contudo, o Ministro Gilmar Mendes se limita a questionamentos doutrinários, não fazendo do mínimo existencial ao direito à saúde argumento central, nem mesmo periférico, de seu voto.

É interessante observar que, nesse julgamento, também o Ministro Celso de Mello, em extenso voto, no qual tece várias considerações doutrinárias acerca dos direitos sociais e sua difícil implementação, não faz qualquer menção ao mínimo existencial.

Todavia, na semana que se seguiu, foi decidido monocraticamente o Recurso Extraordinário 482.611, de Santa Catarina, em 23 de março de 2010, pelo próprio Ministro Celso de Mello, que voltou a enfrentar a questão do mínimo existencial, desta vez no contexto dos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”), os quais qualifica como um dos direitos sociais mais expressivos, que obriga o Estado a implementar medidas necessárias que protejam crianças e adolescentes contra situações de risco. Tais situações, segundo o Ministro, podem configurar-se sob a forma de “negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia.” Ademais, acresce Celso de Mello, o princípio do mínimo existencial tem efetividade constitucional e é “*o seu cumprimento incontornável.*”

Segundo o ministro Celso de Mello, “a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público”, do qual não pode ele eximir-se. Da ementa decisória constou expressamente que é impossível a “invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível



sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191- 197).”

No ano seguinte, 2011, voltou o Ministro Celso de Mello a se manifestar sobre o mínimo existencial, desta vez no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, de São Paulo. Em tópico intitulado CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”, observa o Ministro que as decisões governamentais envolvendo recursos públicos, “dramaticamente escassos”, devem ter como parâmetro a dignidade da pessoa humana e como perspectiva a “intangibilidade do mínimo existencial”, para que se possa conferir efetividade às normas programáticas positivadas na Constituição. E, mais importante, afirma o Ministro que a noção *de* mínimo existencial resulta, implicitamente, do art. 1º, III, e do 3º, III, e

compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir *condições adequadas de existência digna*, em ordem a assegurar, *à pessoa*, acesso efetivo *ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias* do Estado, viabilizadoras *da plena fruição* de direitos

sociais básicos, *tais como* o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (artigo XXV).

É nessa decisão monocrática que se consolida o entendimento do Ministro Celso de Mello acerca do conteúdo do mínimo existencial, que, na verdade engloba os direitos sociais básicos, já previstos na Declaração de Direitos Humanos de 1948, os quais conferem à pessoa uma existência material digna.

Dois anos mais tarde, no julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 642.536, do Amapá, julgado em fevereiro de 2013, o ministro Luís Fux teve a



oportunidade de, no referido recurso submetido à primeira turma, manifestar-se sobre o mínimo existencial. A controvérsia tratava-se da possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde em hospital da rede pública, controvérsia que, segundo o relator, já houvera sido submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, o que de fato ocorreu, como se pode verificar da narrativa acima. Aduz Luís Fux que, naquele julgamento, o STF ponderara os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidindo que, “em se tratando de direito à saúde”, a intervenção judicial é possível, situação em que o Poder Judiciário não estaria inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”. Todavia, como se viu acima, não houve tal ponderação, nem mesmo qualquer discussão acerca do mínimo existencial.

Ainda no ano de 2013, no Recurso Extraordinário 567.985, de Mato Grosso, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio e redator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, a controvérsia girou em torno da inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (LOAS- Lei Orgânica da Assistência Social), com a redação dada pela Lei 12.470/2011, *in verbis*: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. A previsão constitucional acerca desse direito social está no art. 203, V da Carta Maior:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.



De acordo com o Ministro Marco Aurélio, o objetivo do constituinte com essa cláusula foi “conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência”, com base nos preceitos da dignidade humana, da solidariedade social, da erradicação da pobreza e da assistência aos desamparados. É no contexto da fundamentação dessa assertiva que o Ministro Marco Aurélio se utiliza do argumento favorável ao mínimo existencial, afirmando que o artigo 203, inciso V, da Constituição suporta a concepção de vida digna, não se podendo

negar a relação entre a dignidade e (i) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política.

Aduz o Ministro Marco Aurélio que um grupo de prestações essenciais básicas à capacidade de sobrevivência do ser humano e o acesso a elas constitui direito subjetivo de natureza pública, o que é denominado pela doutrina mínimo existencial. Para o relator, é dever do Estado prover assistência aos desamparados, competindo aos poderes públicos “realizar políticas públicas para remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição.” Reconhece, ademais, o Ministro Marco Aurélio que, embora

pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais.



Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio não deixa de abordar a questão orçamentária na concretização dos direitos fundamentais, afirmando que, embora seja o orçamento uma peça essencial nas sociedades contemporâneas, não é ele um valor absoluto, permitindo a sua “ natureza multifária” assumir atividade assistencial, de grande relevância na Constituição de 1988. Nesse tocante, lembra o jurista argentino Bidart Campos, que afirmava a prioridade orçamentária dos direitos fundamentais.

Aduz, ainda, Marco Aurélio que as prestações básicas que compõem o mínimo existencial variam no tempo e que as definições legais a esse respeito são essencialmente contingentes.

O Ministro Marco Aurélio foi vencido quanto a questões formais, mas a fundamentação de seu voto quanto ao mérito do mínimo existencial foi inteiramente seguida pelo Ministro Gilmar Mendes, conforme admitido pelo próprio, que conduziu a divergência.

Também do ano de 2013 foi o julgamento, pela segunda turma, do AAG.REG. no RE 763.667, do Ceará, no dia 22 de outubro, recurso este que teve como relator o Min. Celso de Mello. A matéria em discussão versa sobre a determinação judicial de se designar defensor público para um município do Estado do Ceará. O acórdão do tribunal de origem entendeu que tal determinação constituía violação ao princípio da separação de poderes. Esse, porém, não foi o entendimento do relator, em linha com a posição do STF. O Ministro Celso de Mello exalta a Defensoria Pública como instrumento essencial de concretização dos direitos e das liberdades das pessoas carentes e necessitadas, as quais, segundo o relator, são estigmatizadas pela exclusão social e não têm acesso pleno ao sistema de administração da justiça, o que as coloca à margem das conquistas jurídicas e sociais.

Assevera Celso de Mello que toda pessoa tem direito a ter direitos,



inclusive o de ver tais direitos efetivamente implementados e, tratando-se de pessoas necessitadas, é significativa a importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

Realça o relator a atribuição do Poder Judiciário de tornar efetiva a implementação de políticas públicas, quando configurada inescusável omissão estatal, e reafirma a ilicitude da conduta do Poder Público “de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais”. Por fim, aduz que limitações a direitos fundamentais submetem-se a exegese restritiva, de sorte a não ofender parâmetros constitucionais, como a proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, e a vedação da proteção insuficiente e na proibição de excesso.

Outra manifestação do Ministro Celso de Mello acerca do mínimo existencial veio no julgamento pela segunda turma do RE 581.352, do Amazonas, em 29 de outubro de 2013. A discussão foi mais uma vez acerca do direito à saúde, questionado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, que objetivava impor ao poder público obrigação de ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais, em proteção do direito fundamental à vida e à saúde de crianças e adolescentes. Novamente, discorreu Celso de Mello sobre a inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível, quando é afetado o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, conforme disposto na ementa do acórdão supremo. Nessa linha, assevera o Ministro, mais uma vez, que o Poder Público não pode manipular sua atividade financeira e/ou político-administrativa para fraudar, frustrar e inviabilizar o “estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”. A fundamentação do voto de Celso de Mello volta-se totalmente para o direito à vida e à saúde, confirmando, assim, que



a essencialidade desses direitos os torna componentes do mínimo existencial.

No Agravo de Instrumento 759.543, do Rio de Janeiro, julgado em dezembro de 2013, pela Segunda Turma, o Ministro Celso de Mello voltou a fazer referência ao mínimo existencial, mais uma vez, no âmbito do direito à saúde. Reafirma o Ministro o papel do poder judiciário na defesa dos direitos sociais, com observação de certos parâmetros constitucionais, como a proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição de excesso. A ação original, ajuizada pelo Ministério Público, contra o município do Rio de Janeiro, objetivava a realização de contratações, mediante concurso, para compor os quadros de pessoal da área médica do Hospital Souza Aguiar, bem como a renovação de contratos com técnicos de manutenção dos equipamentos existentes e a compra de outros novos, a fim de garantir atendimento adequado e satisfatório à população.

Reconhece o relator a gradualidade do processo de concretização dos direitos sociais e respectiva dependência das possibilidades orçamentárias. No entanto, adverte que o argumento de carência de recursos da pessoa estatal deve ser comprovado, não sendo lícito ao poder público manipular ou inviabilizar “o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência das pessoas.” Acerca da cláusula da “*reserva do possível*”, reafirma o relator que ela só pode ser invocada em caso de “justo motivo *objetivamente aferível*.”

Realça Celso de Mello a *importância de se oferecerem* garantias instrumentais para tornar possível o questionamento do injustificável inadimplemento de obrigações impostas ao Estado pela Constituição, afirmando que não há “nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente”.

No ano seguinte, em 2014, em três oportunidades, o Ministro Celso de Mello voltou a se referir ao mínimo existencial como um dos parâmetros



constitucionais a serem adotados na atividade de fiscalização judicial (proibição de retrocesso, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). A primeira vez foi nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212, do Paraná, submetido à segunda turma, julgado no dia 25 de março de 2014, ocasião em que afirmou a competência do Judiciário para determinar a implantação e a estruturação da Defensoria Pública na comarca de Apucarana, no Estado do Paraná. A fundamentação do voto do relator é a mesma utilizada no julgamento de do Ag Reg RE 763.667, no ano anterior, em que exalta a “essencialidade da Defensoria Pública *como instrumento de concretização* dos direitos e das liberdades de que também são titulares *as pessoas carentes e necessitadas*”, *cujas liberdades são “atingidas* pelo injusto estigma da exclusão social”. Afirma Celso de Mello que a função precípua da Defensoria Pública “consiste *em dar efetividade e expressão concreta*, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado” aos direitos de que são titulares as pessoas necessitadas. Aduz que

sem se reconhecer a realidade de que a Constituição impõe ao Estado o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir a igualdade nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).

Reconhece, também, o relator a grande responsabilidade do Defensor Público, como agente que tem a seu encargo viabilizar o acesso dos necessitados à ordem jurídica, patrocinando tecnicamente o gozo pleno e efetivo de seus direitos, para que possam superar a situação de injustiça sócio-econômica a que estão submetidos “largos segmentos de nossa sociedade”.

Reitera o Ministro Celso de Mello os argumentos expendidos em outras



oportunidades em favor da atuação do Supremo Tribunal Federal na colmatação das omissões governamentais concretizando e conferindo efetividade a direitos essenciais, que são injustamente negados pela abstenção do Poder Público. Reitera que o caráter programático da regra constitucional “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente”, enfatizando que “os juízes e Tribunais não podem demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivas as determinações constantes do texto constitucional, inclusive aquelas fundadas em normas de conteúdo programático”, sob pena de se comprometer “a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público”.

Por fim, lembra Celso de Mello que limitações a direitos fundamentais estão submetidas a exegese restritiva, à vista de determinados parâmetros constitucionais, como a *proibição* de retrocesso social, a *proteção* ao mínimo existencial, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, *na vedação* da proteção insuficiente e *na proibição* de excesso.

A segunda vez em que Celso de Mello se manifestou naquele ano foi como relator do Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864, do Paraná, julgado em novembro, no qual se abordou, mais uma vez, o direito à saúde, especificamente o custeio, pelo Estado, que se entendeu devido, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU, nos casos de urgência, quando inexistentes leitos na rede pública. A terceira vez foi no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745, de Minas Gerais, julgada em 02 de dezembro pela segunda turma, que teve por objeto a assistência à saúde da criança e do adolescente, afirmando o Ministro, nessas duas vezes, que a cláusula da reserva do possível é inaplicável quando comprometido estiver o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.



No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 658.171, do Distrito Federal, julgado pela primeira turma em 01 de abril de 2014, sob a relatoria do Ministro Dias Tóffoli, o assunto em discussão foi o meio ambiente, especificamente sobre a recuperação da Barragem de Poço Branco, que havia sido determinada a requerimento do Ministério Pública em ação civil pública. Discute-se a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, sobretudo a determinação de construção de obra especificada.

Ao fixar o entendimento favorável a tal controle, excepcional, transcreve o Ministro Tóffoli o entendimento expresso pelo Ministro Celso de Mello na ARE nº 639.337/SP-AgR, onde se lê:

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos - com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas 'escolhas trágicas' (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados 'com sacrifício' de outros) -, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte

Não há no voto qualquer outra contextualização do mínimo existencial, nem mesmo sua conexão com o direito ambiental, tendo sido a referência servido de fundamentação ao controle judicial das políticas públicas e à não aceitação do argumento da reserva do possível.

Em um outro recurso do ano de 2014, o relator do RE 658.312, de Santa Catarina, julgado em 27 de novembro, foi o Min. Dias Toffoli. Em processo originado na justiça trabalhista, tratava-se da recepção ou não pela Constituição de 1988 do art. 384 da CLT, que confere às mulheres um intervalo de 15 minutos antes de iniciarem a jornada extraordinária. Ao concluir que aquele dispositivo

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



celetista fora sim recepcionado pela Constituição vigente, ressaltou, contudo, o Ministro Toffoli que o conteúdo do art. 348 não implicava em um mínimo existencial social do direito fundamental da trabalhadora mulher, admitindo a possibilidade de, no futuro, por razões fáticas ou políticas, tal norma ser revogada. Todavia, sem maiores explicações acerca dessa assertiva, fica difícil entender o que o relator efetivamente quis dizer com mínimo existencial fundamental da trabalhadora mulher.

Em 2015, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 347, no dia 09 de setembro, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, teve a oportunidade de apreciar o tema do mínimo existencial no âmbito do direito penitenciário. Ação proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL pediu fosse reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário brasileiro, e que fossem determinadas providências estruturais para corrigi-lo, em face de violação aos direitos fundamentais dos presos, que estavam submetidos a condições degradantes, tortura, falta de acesso à justiça, dentre outras violações.

Em seu voto, afirma o Ministro Marco Aurélio que a “forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal”, conforme entendimento pacificado, já se tendo determinado que a União e os estados realizassem obras em presídios “para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, até porque “a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral”.

Aduz Marco Aurélio que, no sistema carcerário brasileiro são violados os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e vários direitos sociais no patamar do mínimo existencial, promovendo o aumento da criminalidade. Deve-se, afirma, “buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros”, pouco importando a opinião majoritariamente contrária, até porque não se



consegue “avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado.” Esse quadro de violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, segundo Marco Aurélio, autoriza a judicialização do orçamento, pois recursos legalmente previstos são contingenciados, com o objetivo de alcançar metas fiscais, o que explica o fracasso das políticas públicas existentes.

O Ministro Celso de Mello, à sua vez, reitera entendimentos anteriores acerca da indevida manipulação da atividade financeira e político-administrativa do poder público, inviabilizando, com isso “o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais”.

Reconhece Celso de Mello a escassez dos recursos públicos e os conflitos e antagonismos que se instalam na implementação dos direitos sociais assegurados pela Constituição. Todavia, acrescenta, as decisões governamentais devem ter como parâmetro a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a intangibilidade do mínimo existencial, “em ordem a conferir real efetividade às normas positivadas na própria Lei Fundamental.”

Salienta Celso de Mello que emergiu no Brasil uma nova cultura constitucional após a Carta de 1988 e, com isso, a jurisprudência brasileira deu passo à frente ao reconhecer a “plena justiciabilidade dos direitos sociais”. Porém, adverte, a intervenção judicial deve ser orientada pelos parâmetros da reserva do possível, além dos princípios da proporcionalidade, da vedação à proteção deficiente e da proibição do retrocesso social. Ressalta, ainda, que a “cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, “emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana”.



Por fim, afirma que “a noção de mínimo existencial, que resulta implícita de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), e compreende direitos cuja concretização é capaz de assegurar condições à existência digna, o que se faz mediante prestações do Estado que viabilizem plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e o direito “de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.”

Relaciona, assim, brevemente, o Ministro Celso de Mello os temas em cujo âmbito foi tratado o mínimo existencial no STF, antes, porém, tentando estabelecer um conteúdo, ainda que genérico, para o princípio.

Ainda no ano de 2015, no Mandado de Segurança 31.472, o DF, julgado pela segunda turma em 27 de outubro, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki veio a discussão a pensão militar recebida pelos pais, em virtude do falecimento de seu filho, do qual eram economicamente dependentes. A pensão fora anulada pelo Tribunal de Contas da União, ao argumento de que ocorrera acumulação de benefícios - pensão militar e proventos de aposentadoria - tendo como questão de fundo a dependência econômica dos pais em relação ao filho.

Segundo Zavascki, os benefícios do INSS pagos aos genitores do militar falecido tinham valores modestos, razão pela qual entendia relevante o argumento da Procuradoria-Geral da República de que não seria razoável comprometer o sustento dos impetrantes idosos, sob o pretexto do rigor da lei, desconsiderando-se o postulado da proporcionalidade e a realização da justiça material. Transcreveu, ainda, o relator ementa de julgado da segunda turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.302.237/RJ (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 25/09/2013), que também envolvia o



pagamento de pensão à mãe de militar, cujo marido era segurado do INSS e recebia benefício no valor de um salário mínimo, condição que não obsteu o recebimento da outra pensão. O argumento oferecido na referida decisão foi o de que deveria ser reconhecido o direito, “em observância à cultura brasileira de ajuda aos pais idosos, à garantia do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana”. Foi também esse o argumento do Ministro Zavascki para conceder aos impetrantes a ordem de anulação do acórdão do TCU de cassação da pensão militar.

Mais uma abordagem do mínimo existencial no âmbito do direito à saúde foi feita no RE 581488, do Rio Grande Sul, julgado no Pleno em 03 de dezembro de 2015, sob a relatoria do Ministro Dias Tóffoli. A discussão se desenvolveu em torno de uma regra que veda a diferença de classes no atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, ou seja, atendimento médico diferenciado, no âmbito da rede pública, mediante pagamento. Trata-se de uma ação civil pública ajuizada pelo Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul requerendo fosse reconhecido pelo SUS o direito de internação do paciente mediante pagamento da chamada diferença de classe, e assim usufruir de melhores acomodações e tratamento médico. Entendeu-se que tal prática subverte a lógica do sistema de seguridade social e de proteção da saúde, em violação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O Ministro Relator não fez menção expressa ao mínimo existencial, ficando o encômio para o Ministro Teori Zawaski, que assim se manifestou:

Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na de saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender prestações minimamente essenciais à efetividade de direito fundamental social, abre-se espaço para a atuação jurisdicional.



Configura-se, por exemplo, a possibilidade de recorrer à ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) ou ao mandado de injunção (CF, art. 5º - LXXI). Mas há, igualmente, o direito de reclamar, pelas vias jurisdicionais comuns, o que se costuma denominar de mínimo existencial. Considera-se mínimo existencial, para esse efeito, o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário. (Sem grifo no original)

Apresenta, assim o Ministro Zavascki um conceito diferente de mínimo existencial daqueles outros até agora vistos, como o do Ministro Celso de Mello e do Ministro Barroso.

Já em 2016, no Recurso Extraordinário 956.475, do Rio de Janeiro, decidido no mês de maio, o Ministro Celso de Mello, ao decidir, volta a reafirmar sua posição acerca do mínimo existencial, desta vez quanto ao atendimento em creche municipal de criança de até cinco anos de idade. A ementa decisória não menciona o mínimo existencial, não obstante vir transcrito em seu bojo aquela outra da ADF 45. Afirma-se, ademais, que não pode o Poder Público

criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

No ano de 2017, foram várias as decisões do Supremo Tribunal Federal que abordaram a questão do mínimo existencial. Logo no início do ano, em 23 de fevereiro e 02 de março, foram julgados pelo Pleno, respectivamente, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, o RE 5.66622, do Rio Grande do Sul, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2028, do DF, distribuída ao Min. Joaquim Barbosa. Essas duas ações foram julgadas conjuntamente e trataram de requisitos e



procedimentos aos quais devem submeter-se entidades voltadas à prestação de serviços de saúde e de educação, para se qualificarem como “entidades beneficentes de assistência social”, a fim de poderem alcançar a imunidade de que trata o art. 195, § 7º da Constituição Federal

Ao discorrer sobre a origem das contribuições sociais, o Ministro Teori Zavascki, que introduziu a divergência, lembra que elas surgiram como “figuras tributárias especialíssimas”, compromissadas com a “realização de prestações estatais com o mínimo existencial”. Assevera que, visando garantir que as finalidades típicas da assistência social fossem satisfatoriamente atendidas pelos entes colaboradores do Estado nesse campo a Constituição previu a mediação legislativa. Segundo Zavascki, a reserva qualificada do art.146,II, da Constituição aponta para a relevância maior das imunidades de contribuições sociais para a concretização de uma política de Estado voltada à promoção do mínimo existencial e para a necessidade de se evitar bruscas alterações na legislação, que sejam prejudiciais a tais entidades.

Em abril do mesmo ano, foi a Pleno o RE 760.931, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, em que se discutiu a terceirização de serviços pela Administração Pública e a responsabilidade do Poder Público em relação ao inadimplemento dos encargos dos empregados do contratado. A menção ao mínimo constitucional pela Relatora, que foi vencida, limitou-se ao apontamento da lição de Celso de Mello, em decisão monocrática, no tocante aos parâmetros constitucionais para o controle judicial de tais omissões: proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição de excesso.

Ainda no ano de 2017 o STF, em julgamento no Pleno, tratou de forma inédita do mínimo existencial no contexto do direito ambiental. Refere-se aqui ao RE 835558, de São Paulo, julgado em 09 de fevereiro daquele ano, sob a relatoria do Ministro Luís Fux. A questão diz respeito à conduta criminosa de manter em



cativeiro animais silvestres, o que foi objeto de denúncia oferecida pelo Ministério Público, perante a Justiça Federal. Lê-se no dispositivo da ementa do acórdão o seguinte:

5. As violações ambientais mais graves, recentemente testemunhadas no plano internacional e no Brasil, repercutem de modo devastador na esfera dos direitos humanos e fundamentais de comunidades inteiras. E as graves infrações ambientais podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana “é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”.

Mais adiante em seu voto, o Ministro Luís Fux faz uma conexão entre as as violações ambientais e os direitos humanos e fundamentais da coletividade, e menciona Édis Milaré, para quem

o mínimo existencial ecológico seria essencial à preservação da integridade física, moral e intelectual das pessoas, razão pela qual constituiria direito fundamental personalíssimo, uma vez que está interligado com a própria dignidade da pessoa humana.

Logo depois, transcreve o conceito de mínimo existencial fornecido por Luiz Roberto Barroso, já incorporado no dispositivo da ementa, qual seja: “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.”

Não obstante essa discussão inédita, o Ministro não adota na ementa a expressão mínimo existencial ecológico.

Na ADI 4.066, do Distrito Federal, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgada em 24 de agosto pelo Pleno, tratou-se da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995, que trata da extração, industrialização,



utilização, comercialização e transporte do amianto e de produtos que o contenham, além das fibras naturais e artificiais utilizadas para o mesmo fim.

A questão do mínimo existencial foi abordada superficialmente no contexto da saúde do trabalhador, afirmando a relatora que “o direito à saúde é integrado por um “mínimo existencial”, sem esclarecer, contudo, qual seria o conteúdo desse mínimo na espécie.

Em outra ação de 2017, o mínimo existencial foi abordado no contexto do direito à moradia, no Recurso Extraordinário 605.709, julgado pela primeira turma, em 12 de junho, tendo como relator o Ministro Dias Tóffoli, e como redatora do acórdão a Ministra Rosa Weber. A controvérsia surgiu em torno da garantia fidejussória em locação residencial e a penhorabilidade do bem de família do fiador. No entendimento da Ministra Rosa Weber, que conseguiu formar a maioria, “a imposição de limites à penhora de certos bens constitui conquista civilizatória, endereçada a assegurar o mínimo existencial.” Insurgiu-se a redatora contra a penhora de bem de família para satisfazer débito decorrente de locação comercial, para se promover a liberdade de iniciativa, o que, a seu ver, solaparia “todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana”, eis que a moradia encontra-se expressa no art. 6º da Constituição como um direito social, que não se confunde com o direito de propriedade.

No Recurso Extraordinário 587.970, julgado pelo Pleno em 20 de abril de 2017, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, a questão discutida geria em torno do reconhecimento aos estrangeiros do benefício assistencial previsto no art.203, inciso V, da Constituição, qual seja, a garantia de um salário mínimo mensal aos idosos e deficientes que não podem prover à sua manutenção nem tê-la provida pela família.

Ressalta o Ministro o “espírito inclusivo e fraternal” de tal dispositivo, que constitui a “especialização dos princípios maiores da solidariedade e da



erradicação da pobreza, versados no artigo 3º, incisos I e III”, da Carta. Para o Ministro Marco Aurélio, há uma relação entre a dignidade e a proteção jurídica do indivíduo em razão de sua condição humana e a sua proteção material, “como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação.” Com fundamento nessa visão, conclui Marco Aurélio que se deve propiciar “um grupo de prestações essenciais ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública”, que a doutrina denomina mínimo existencial.

Aduz o Ministro Marco Aurélio que a eliminação da pobreza é uma condição prévia para que se possa construir uma sociedade verdadeiramente democrática e para que haja estabilidade política e ocorra o desenvolvimento do País.

Já o Ministro Alexandre de Moraes, ao proferir o seu voto, realça o caráter não contributivo da assistência social, que, para ele, tem natureza de política pública “voltada à satisfação do mínimo existencial indispensável à fruição dos direitos fundamentais à vida, à segurança, ao bem-estar e, em dimensão mais ampla, ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.” Completa Moraes afirmando que o benefício de prestação continuada é a “expressão de um compromisso da sociedade brasileira com a tutela dos direitos fundamentais”, de que gozam os estrangeiros residentes no Brasil, tendo em vista a sua “característica de *universalidade*, pois destinados a todos os seres humanos sujeitos à soberania do Estado brasileiro”.

Afinal, foi reconhecido o direito ao benefício aos estrangeiros residentes no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado**. Nota sobre os aparelhos



ideológicos do Estado. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BIGOLIN, Giovani. **A Reserva do Possível como Limite à Eficácia dos Direitos Sociais**. Disponível em:

http://www.revistadoutрина.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani_bigolin.htm.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional** – A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Curitiba, agosto de 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>

237

COMPARATO, Fábio Konder. **Oligarquia brasileira**: visão histórica. São Paulo: Contracorrente, 2017.

DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GROSSMAN, Lucas S. **Escasez y Igualdad**: los derechos sociales em la Constitución. Lucas S. Grosman. Libreria, 2008.

MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento**. Salvador, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10782/1/Machado.pdf>

MONTEIRO, Jorge Vianna. **Como funciona o governo**: escolhas públicas na democracia representativa. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

PANSIERI, Flávio. Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais – Reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva. 2ª tiragem, 2012.

POCHMANN, Marcio. **Qual desenvolvimento?** oportunidades e dificuldades do Brasil contemporâneo. São Paulo: Publisher Brasil, 2009.

RODAS, Francisco Cortés. **Justicia y exclusion**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.



SANDEL, Michael J. Justiça. **O que é fazer a coisa certa?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M.F. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”** – Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>>

SCHWARTZMAN, Simon. **As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista Direito Administrativa**, Rio de Janeiro, 177: 29-49, julho/setembro de 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>



**OS SISTEMAS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
INDIVIDUAIS E COLETIVOS DO TRABALHO: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA REFORMA
TRABALHISTA (LEI 13.467/2017)**⁵⁸

(THE JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL SYSTEMS FOR RESOLVING INDIVIDUAL AND
COLLECTIVE CONFLICTS IN BRAZIL: ANALYSIS OF THE IMPACTS OF LABOR REFORM
(LAW 13.467 / 2017))

Dados da pesquisa

Início: abril de 2018

Natureza: projeto de pesquisa

Linha: Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos Fundamentais

239

Professores responsáveis

Prof. Dr. Diogo Palau Flores dos Santos

Prof. Me. Douglas Alencar Rodrigues

Mestrandos integrantes da pesquisa

Aliny Modesto

Carlos Vinicius

Eth Cordeiro de Aguiar

Jaqueline Ornelas

José Antônio; José Hortêncio

Theobaldo Carvalho

Welder Rodrigues Lima

Sumário. 1. Introdução. Notas panorâmicas: a sensível questão do acesso à Justiça. 2. O Sistema judicial de resolução de conflitos individuais e coletivos no Brasil: descrevendo o “estado da arte”. 3. Desafios para a jurisdição individual trabalhista. 3.1. A explosão da litigiosidade e a (in)efetividade da jurisdição. 3.2. O exercício abusivo das faculdades recursais. 4. O diagnóstico do legislador e a Lei 13.467/2017. 5. A “desjudicialização” em busca da segurança jurídica: a) termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante os sindicatos. 6. Riscos econômicos no acesso à Justiça: princípio da sucumbência e honorários advocatícios e periciais, custas processuais para beneficiários da gratuidade da justiça. 7. O cenário da “jurisdição” coletiva no Brasil após a EC 45/2004. 8. A reação judicial em busca do equilíbrio: a Súmula 277 e a releitura da “ultratividade”. 9. As sementes da Reforma Trabalhista no Brasil: a decisão seminal do STF no RE 590.415. 10. O negociado sobre o legislado na Reforma Trabalhista e o conteúdo normativo dos direitos indisponíveis. 11. Conclusão.

RESUMO

O presente artigo é resultado dos estudos e debates desenvolvidos pelo Grupo de Estudos ligados à linha de pesquisa “Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-graduação em Direitos Sociais e Processos

⁵⁸ TEXTO FINAL DO PROJETO DE PESQUISA. LINHA: Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos Fundamentais.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Reivindicatórios, oferecido pelo Centro de Ensino Superior de Brasília – IESB. A partir da análise da sensível questão do acesso à Justiça, os autores examinam a evolução do sistema de defesa dos direitos sociais trabalhistas no Brasil, nos planos individual e coletivo, considerando os impactos das reformas normativas produzidas nos últimos anos, especialmente a Lei 13.467/2017.

Palavras-chave: Sistemas de Resolução de Conflitos - Relações de Trabalho – Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: This article is the result of studies and debates developed by the Study Group linked to the research line “Processes for Claiming and Effectiveness of Justice and Fundamental Rights”, of the Postgraduate Program in Social Rights and Claims Procedures offered by the Brasília Higher Education Center - IESB. From the analysis of the sensitive issue of access to justice, the authors examine the evolution of the system for the defense of social labor rights in Brazil, at the individual and collective levels, considering the impacts of the regulatory reforms produced in recent years, especially Law 13.467 / 2017

Key-words: Dispute resolution systems – Labor Relations – Labor Reform

1. Introdução. Notas panorâmicas: a sensível questão do acesso à Justiça.

O acesso à Justiça é reconhecido como direito universal do homem e no Brasil possui status de direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988. Ao longo dos anos vem sendo reconhecido como um direito de grande importância, chegando a ser considerado por muitos como o mais fundamental dos direitos, ou “o direito dos direitos”. Nesse mesmo sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, referências mundiais do assunto, classificam o acesso à Justiça como o mais básico dos direitos humanos, cuja importância se revela capital entre os direitos individuais e sociais, em face de sua essencialidade para que os demais direitos fundamentais possam ser tutelados e tornados efetivos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Um sistema jurídico moderno e igualitário tem no acesso à Justiça o requisito fundamental para a garantia, e não mera proclamação, de todos os demais direitos, sejam eles individuais ou coletivos e sociais. Corroborando essa



linha de entendimento, a professora Danielle Annoni afirma que o direito de acesso à Justiça é o mais fundamental de todos os direitos, na medida em que lhes dá materialidade, tornando-os efetivos e realizados, não mera retórica do catálogo de direitos meramente reconhecidos ou proclamados pelas ordens jurídicas contemporâneas (ANNONI, 2009).

A inexistência de mecanismos capazes de dar concretização e materialidade aos direitos que são reconhecidos vai na contramão de um Estado constituído como democrático e de Direito. A maior ameaça aos direitos essenciais do homem reside exatamente na incapacidade do Estado em garantir sua efetiva realização. De nada adiantaria um vasto acervo de normas e garantias de conteúdo material, sem que existissem mecanismos para a sua efetivação (AMORIM, 2017).

Falando sobre a necessidade atual e primordial de se *garantir* os direitos universais do homem, recorda-se Norberto Bobbio:

Há três anos, no simpósio promovido pelo Institut International de Philosophie sobre o 'Fundamento dos Direitos do Homem', tive oportunidade de dizer, num tom um pouco peremptório, no final de minha comunicação, que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Desde então, não tive razões para mudar de ideia. Mais que isso: essa frase que, dirigida a um público de filósofos, podia ter uma intenção polêmica – pôde servir, quando me ocorreu repeti-la no simpósio predominantemente jurídico promovido pelo Comitê Consultivo Italiano para os Direitos do Homem, como introdução, por assim dizer, quase obrigatória.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. De resto, quando a Assembleia Geral da ONU, em sua última sessão, acolheu a proposta de que a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, decidida na



sessão do ano anterior, fosse realizada em Teerã na primavera de 1968, fazia votos de que a conferência assinalasse ‘um notável passo à frente na ação empreendida no sentido de encorajar e ampliar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais’. Entende-se que a exigência do ‘respeito’ aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento: o problema do fundamento é ineludível. Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 (BOBBIO, p. 25-26, 2004).

Para distingui-lo dos demais direitos fundamentais, Luiz Guilherme Marinoni (2011) classifica o acesso Justiça como direito fundamental processual, sendo, por isso mesmo, imprescindível à garantia e efetivação dos direitos fundamentais de conteúdo material.

Necessário é trasladar o direito de acesso à Justiça do campo filosófico e principiológico para o campo da concretude e efetividade. Já não há mais dúvidas com relação ao seu reconhecimento, ao menos do ponto de vista abstrato-normativo, tanto que na legislação doméstica possui *status* constitucional. O importante, agora, é concretizá-lo.

Para se manter um regime democrático, em que o poder emana do povo, e de direito, em que o poder é limitado e há respeito aos direitos fundamentais, é necessário se ter mecanismos eficazes de tutela e materialização. Para tanto, se afigura presente o direito de acesso à Justiça. Dentre os três poderes do Estado, o Poder Judiciário tem um papel fundamental e deste mister tem se desincumbido, sendo o guardião da Constituição Federal. Em um Estado social como o brasileiro,



que tem como valores e princípios que o fundamenta o pluralismo político, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ao Poder Judiciário compete a função de eliminação de conflitos e de pacificação social (GRINOVER, 2008).

Na atual quadra histórica, o acesso à Justiça não pode ser resumido ao direito de ação, ao direito de obter uma sentença judicial (THEODORO JÚNIOR, 2018), até porque possui a mesma qualidade dos direitos universais do homem: “[...] enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação” (BOBBIO, p. 32, 2004). O direito de acesso à Justiça deve ser interpretado como o direito a uma ordem jurídica justa e efetiva.

Há consenso na literatura dedicada ao tema que o princípio de acesso à Justiça somente se concretiza quando a prestação jurisdicional é efetiva e se realiza dentro de um tempo razoável, esclarecendo-se aqui que prestação jurisdicional não se restringe àquela do tipo judicial. Trazendo à lume a ideia atual sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no Texto Constitucional, segundo o qual todos têm direito de ver apreciada pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito seu, Adriana Goulart de Sena preconiza que o referido princípio “[...] não pode mais ser entendido pelo simples acesso ao processo e ao direito a uma sentença de mérito transitada em julgado” (SENA, 2007, p. 101).

O entendimento justifica-se pelo fato de que a pacificação social, objetivo principal de um processo judicial, nem sempre é alcançada quando a resolução de um conflito se dá pela imposição de uma decisão judicial. É por isso que Adriana Sena vaticina que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser entendido, à luz dos valores e princípios do nosso tempo, como inspirador da regra de que todos têm o direito a uma tutela efetiva e eficaz” (SENA, 2007, p. 101).



O acesso à Justiça, no sentido de resultado justo, célere e eficaz, deve estar associado ao binômio eficiência e pacificação social e este nem sempre é alcançado pelas vias jurisdicionais (CALMON, 2015).

Nos dizeres de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, todos os olhares estão atualmente voltados para as vias não estatais de solução de conflitos, muitas vezes tratadas como meios alternativos de pacificação social (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Segundo os doutrinadores, cresce a consciência de que o importante é a pacificação social, sendo irrelevante o caminho percorrido para tal finalidade, podendo ser ele obra do Estado ou não, até porque o primeiro tem falhado muito no seu mister pacificador.

O acesso à Justiça, portanto, não pode ser confundido com acesso ao Poder Judiciário, mas como todos os meios adequados e eficientes de pacificação social. E essa percepção não é novidade na doutrina.

Assim é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, citando Hans Kelsen:

Hans Kelsen (Teoria pura do direito, cit., p. 150-151) já disse que um direito subjetivo em sentido técnico existe apenas quanto, ademais de 'um dever de um indivíduo de se conduzir de determinada maneira em face do outro', há um 'poder jurídico, conferido ao último pela ordem jurídica, de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever do primeiro. (...) Somente quando a ordem jurídica confere um tal poder jurídico é que existe um direito, no sentido subjetivo, diferente do dever jurídico – um direito subjetivo em sentido técnico, que é o poder jurídico conferido para fazer valer o não cumprimento de um dever jurídico'. Certamente, esse poder de agir para poder fazer valer um dever de outrem para consigo, devido à proibição da tutela privada, conduz a um poder de reclamar perante o Estado a implementação do dever jurídico descumprido. Entretanto, é preciso lembrar que o Estado não impõe o cumprimento de deveres apenas por meio do Poder Judiciário, ou melhor, o processo judicial não é o único caminho para fazer valer deveres jurídicos. Pelo contrário, existem determinados deveres jurídicos que devem ser reclamados através de outros procedimentos. Isso leva a três conclusões acerca da afirmação de que 'os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação': 1) ela é verdadeira se por direito de ação se compreender o direito de



reivindicar perante o Estado a realização dos deveres de outrem para consigo; 2) ela demonstra que sem o poder de agir para fazer valer os direitos materiais esses direitos não tem qualquer garantia de efetividade; 3) é falsa se compreendida como se o direito de ação judicial fosse a única garantia da efetividade dos direitos fundamentais materiais – esta é uma garantia da maior importância, mas não é, nem pode ser, a única.” (KELSEN *apud* MARINONI, 2011, p. 210)

Como se depreende, o direito de acesso à Justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não pode ser compreendido e interpretado de forma restritiva e literal, como se a única via de tutela possível fosse a via jurisdicional judicial⁵⁹. Tanto se deve ter uma dimensão mais ampla e abrangente, não se limitando ao Poder Judiciário a prerrogativa de solucionar todos os conflitos existentes, que a própria Carta Política de 1988 cuidou de trazer expressamente exceções ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Há pelo menos duas normas em que o legislador constituinte remeteu às vias administrativas e extrajudiciais a solução de conflitos, seja de natureza individual ou coletiva. Uma delas está relacionada aos conflitos envolvendo as questões relativas à disciplina e às competições desportivas, e a outra para as vias negociais ou à arbitragem as questões envolvendo conflitos trabalhistas coletivos e de natureza econômica.

A solução de conflitos pelas vias não jurisdicionais estatais é, portanto, constitucional e mostra-se, muitas vezes, como a mais adequada, especialmente quando eleita pelas próprias partes.

A leitura de que o efetivo acesso à Justiça é aquele em que há inclusão das vias extra-estatais de solução de conflitos, já foi abordado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao discorrerem sobre o que classificaram como a terceira onda

⁵⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL 1. Não compete à Justiça do Trabalho homologar acordo extrajudicial firmado entre empregado e empregador, haja vista a ausência de previsão legal. Precedentes do TST. 2. Agravo de instrumento da Reclamada de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 1542-77.2012.5.04.0234, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/09/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016).



evolutiva desse movimento histórico ligado à efetividade dos direitos fundamentais. Segundo os autores, a terceira onda centrou sua atenção na convergência de vários fatores, institucionais, pessoais e procedimentais, para o processamento e prevenção de conflitos de interesse (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67). Defendeu-se uma ampla variedade de reformas, com:

[...] alterações nas formas de procedimentos, mudanças nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67)

Um desses celebrados autores, Mauro Cappelletti, voltou a abordar e esclarecer a terceira onda evolutiva e a importância da inclusão e promoção de vias adequadas e paraestatais de solução de conflitos como medida de efetivação do direito de acesso à Justiça:

a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover a fazer acessível um tipo de justiça que em outro lugar, definimos como 'coexistencial' quer dizer, baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios e equidade social distributiva, onde seja importante manter situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos [...]; c) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais acessíveis de controle, e mais, em geral, de criar formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e 'participatórias', com a participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia (CAPPELLETTI, 2008, p. 389-390).



Há, como se depreende, uma tendência de se destacarem os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos como uma tônica para a efetivação do acesso universal a uma Justiça justa. Despontam, assim, a mediação, a conciliação e a arbitragem como vias constitucionais, adequadas e eficientes de solução de conflitos e, conseqüentemente, de se obter a pacificação social.

A solução de conflitos imposta por um terceiro (heterocomposição) nem sempre é a melhor, a mais adequada e alcança a pacificação entre os envolvidos. A autocomposição, salvo raríssimas exceções, costuma ter mais êxito nas resoluções de litígios. É por isso que desde a Constituição do Império brasileiro, em 1824, que a tentativa prévia de conciliação era pressuposto para se dar início a qualquer processo⁶⁰.

A Constituição de 1946, ao criar a Justiça do Trabalho⁶¹, já dispunha sobre sua atuação conciliatória, estabelecendo as Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento, garantindo a paridade entre representantes de empregados e empregadores e tendo como uma de suas principais competências a conciliação nos dissídios individuais e coletivos entre os atores da relação capital-trabalho. O legislador ordinário atribuiu aos juízes trabalhistas o mister de buscar a composição entre as partes⁶², com no mínimo duas tentativas de conciliação endoprocessuais⁶³ que, se não observadas, podem causar até a nulidade do processo.

⁶⁰ Constituição do Império/1824, Art. 161: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

⁶¹ CF/46: Art 122: “Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes: (...) III - Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento. (...) § 5º - A constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho serão reguladas por lei, ficando assegurada a paridade de representação de empregados e empregadores. Art 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial”.

⁶² CLT: “Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. § 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos”.

⁶³ CLT: “Art. 847 - Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes”. “Art. 850 - Terminada a instrução, Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



A Constituição Federal de 1988 buscou resgatar esta antiga Justiça da Paz (GRINOVER, 2008, p. 34), com ‘atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional’ (art. 98, inc. II⁶⁴).

Inobstante as disposições constitucionais e legais, na sociedade brasileira ainda vigora, infelizmente, uma cultura de litigiosidade, de solução de conflitos por sentença, pelas mãos do Estado.

Para tentar dar efetividade a esse ideal de solução negocial e autocomposição entre as partes, o Conselho Nacional de Justiça editou, em novembro de 2010, a Resolução nº 125, instituindo a ‘política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse’, assegurando “[...] a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (art. 1º).

Já na exposição de motivos, é clara a visão moderna que se tem em relação ao direito de acesso à Justiça previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, assim entendido como o “[...] acesso à ordem jurídica justa” e a soluções efetivas.

Reconheceu-se, dentro deste espírito, a existência de “[...] outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”, esclarecendo que estes “[...] são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios [...]”, e que por isso é “[...] imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais”.

poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão”.

⁶⁴ CF/88, Art. 98: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: (...) II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.



O Conselho Nacional de Justiça conferiu aos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação o *status* de princípio e que, como tal, devem nortear a “[...] criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria”.

Fredie Didier Jr defende a existência de um ‘princípio’ do estímulo à autocomposição, segundo o qual deve orientar toda a atividade do Estado na solução dos conflitos de interesse. O renomado processualista adverte, porém, que o princípio não é absoluto, devendo ser aplicado nas hipóteses em que é recomendável (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 320).

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça é a materialização à “[...] disseminação da cultura de pacificação social [...]” (art. 2º), instituída com o “[...] objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação” (art. 4º). Regulamentou-se os métodos adequados de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação tanto para a fase pré-processual, ou seja, para os litígios que ainda não foram judicializados, quanto para aqueles endoprocessuais, em que já há processo em curso.

Trata-se de um marco no sistema de Justiça Nacional de combate à cultura demandista, de litigiosidade, de procura da tutela estatal. Aliás, a disseminação de uma cultura da Paz, de resolução autocompositiva de conflitos, de vias extrajudiciais de pacificação social é uma medida mundial.

Humberto Theodoro Júnior faz uma inteligente abordagem sobre essa mudança de paradigma, demonstrando a nova linha de política pública segundo a qual ao mesmo tempo em que se garante o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, preconiza-se também as virtudes e vantagens de uma solução consensual dos conflitos, que deve ser promovida pelo Estado sempre que possível (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 75-76).



O combate à excessiva litigiosidade que impera na sociedade brasileira não significa desacreditar a jurisdição estatal. Aliás, a cultura da paz, com adoção de práticas e medidas de busca à autocomposição de conflitos tem sido tônica mundial, com resultados substancialmente satisfatórios.

O legislador ordinário brasileiro tem buscado observar e efetivar este princípio de solução de conflitos por autocomposição. Após a instituição do programa de política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, foram promulgados importantes diplomas legais de incentivo, aplicação e regulamentação de métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a conciliação.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015) é exemplo da mudança conceitual em relação ao direito de acesso à Justiça tratada neste ensaio, relendo e interpretando a expressão 'Poder Judiciário' de que trata o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, como 'apreciação jurisdicional' (art. 3º, *caput*), dando assim o verdadeiro sentido da norma constitucional, qual seja, o direito de todos de acesso à ordem jurídica justa e adequada.

Passou ao Estado, então, a incumbência de promover, "[...] sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" (art. 3º, § 2º), declarando que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (art. 3º, § 3º).

O novo diploma processual estabelece, também dentro deste espírito de estímulo à solução amigável, que

[...] os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165, *caput*).



A Lei nº. 13.140/2015 é outro exemplo emblemático de busca à concretização do espírito de estímulo à solução consensual de conflitos, dispondo “[...] sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Alinhado à política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, assim como o Novo Código Processual Civil, estabelece que

[...] os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 24, *caput*).

Percebe-se, também, que o legislador ordinário tem buscado incentivar a população a buscar a solução consensual dos conflitos de interesse por vias que não as estatais, como a conciliação e a mediação extrajudiciais e pré-processuais, mas deixando latente a imperiosa necessidade de um eficiente controle jurisdicional de funcionamento e resultados.

Leonardo Greco vaticina que além estimular a mediação extrajudicial e pré-processual em todas as relações jurídicas duráveis, dentre elas as relações dos particulares com o Poder Público, induzindo a sua utilização com economia de custos, instituição de interlocutores confiáveis e a rápida solução das controvérsias, é imprescindível que haja um rigoroso e eficiente controle jurisdicional do seu funcionamento e dos seus resultados (GRECO, 2015).

A Justiça do Trabalho também aderiu à política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses, mas apenas para aquelas que já



foram judicializadas (à exceção dos conflitos coletivos⁶⁵), editando em 2016 a Resolução nº 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Sua exposição de motivos também faz uma leitura moderna e atualizada do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, considerando que o direito de acesso à Justiça vai “[...] além da vertente formal perante os Órgãos judiciais, implica acesso à ordem jurídica justa”.

Propaga-se a ‘cultura conciliatória’ dentre os ‘operadores do Direito’ e também reconhece que

[...] a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos e interesses, bem como a quantidade de recursos e também de execução de sentenças.

Com a adesão à política pública de tratamento adequado à solução dos conflitos de interesse, a Justiça do Trabalho também buscou “[...] assegurar a todos o direito à solução das disputas por meios adequados à sua natureza, peculiaridade e características socioculturais de cada Região” (art. 2º).

Determinou-se, para isso, que os Tribunais Regionais do Trabalho deverão “[...] instituir um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT, assim como instituir Centro(s) Judiciário(s) de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT” (parágrafo único, do art. 2º⁶⁶).

⁶⁵ Res. 174/CSJT: Artigo 7º, § 7º - “Podem ser submetidos ao procedimento da mediação pré-processual os conflitos coletivos”.

⁶⁶ O Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do TST, na inauguração do primeiro Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas da Justiça do Trabalho (Cejusc-JT) do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (AM-RR), alertou: “Precisamos fomentar não uma negociação competitiva, mas uma negociação ponderativa. Melhor do que litigar é dialogar e conciliar”, frisou o ministro. Para ele, o Cejusc-JT resgata a vocação conciliatória da Justiça do Trabalho com uma visão de futuro. (Disponível em www.tst.jus.br).



Dando uma abordagem aos métodos autocompositivos de resolução de litígios como instrumentos de desenvolvimento da cidadania e da própria democracia, devolvendo o empoderamento às próprias partes, que terão o poder de solucionar seus próprios litígios, as perspicazes palavras de Fredie Didier Jr.:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 319)

É necessário, porém, que as vias de autocomposição de conflitos, como a mediação e a conciliação, embora desejáveis e mereçam incentivo e estímulo, sejam eleitas de forma livre pelas partes divergentes, por entenderem ser a mais adequada para a resolução da controvérsia⁶⁷.

É que, não raras vezes, as controvérsias revestem-se de complexidades técnicas tais que o Poder estatal não dispõe de conhecimentos especializados necessários para solucioná-las ou que a abstração e generalidade próprias das normas legais não as resolverão da forma mais adequada para os litigantes.

Nesses casos, é preciso que haja estímulo às partes para que elas vejam as vias de jurisdição não estatal como possíveis e adequadas para a equalização de suas divergências. A eleição da via, porém, deve ser absolutamente livre, embasada, sopesando todos os fatores, como custos, tempo, especialidade técnica, dentre outros, e nunca imposta por uma das partes.

⁶⁷ NCP: “Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação”.



O vício de vontade na autocomposição, aliás, é causa de nulidade do acordo e deve demandar atenção especial da política nacional de incentivo à autocomposição, conforme alerta Petrônio Calmon (CALMON, 2015).

A livre manifestação de vontade das partes na eleição da via resolutiva do conflito, a propósito, foi um dos principais fundamentos do Supremo Tribunal Federal para declarar a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996⁶⁸ – Lei da Arbitragem – embora trate-se de meio de heterocomposição de disputas⁶⁹ (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Há, portanto, um movimento orquestrado pelo Conselho Nacional de Justiça, que tem culminado na edição de leis e regulamentos, tudo para disseminar os meios autocompositivos de solução de conflitos, dando amplitude e concretude ao direito de acesso à Justiça.

A forma mais eficiente de disseminar é educando e a educação deve começar com aqueles que estarão direta e indiretamente envolvidos com os conflitos, com os futuros operadores do direito, servidores, magistrados, advogados e membros do Ministério Público.

O programa de tratamento adequado dos conflitos de interesse da Resolução n. 125 do CNJ já dispunha sobre a necessidade de cooperação entre o Poder Judiciário e as universidades e instituições de ensino.

⁶⁸ STF, Pleno, AgR-SE nº 5206, Sepúlveda Pertence, j. 12-12-2001, DJU 30-04-2004. “(...). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofende o art. 5º, XXXV, da CF. (...)”.

⁶⁹ Tratando da constitucionalidade da Lei de Arbitragem e da importância da livre manifestação de vontade como forma de legitimar a sentença arbitral, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 87: “Essa garantia não é infringida pela Lei da Arbitragem (lei n. 9.307, de 23.9.1996), que não mais submete o laudo arbitral à homologação pelo Poder Judiciário, produzindo ele os mesmos efeitos da sentença judicial (arts. 18 e 31). A eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução de seus conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial; e se uma delas não quiser cumprir a cláusula compromissória, a outra deverá recorrer ao Judiciário para o suprimento da vontade de quem se recusa. Além disso, a lei contempla o acesso aos tribunais para a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos nela previstos”.



Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

[...]

V - buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento.

No âmbito trabalhista, a Resolução n. 174 do CSJT seguiu o mesmo caminho, autorizando a participação das universidades e instituições de ensino no programa de fomento à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 4º. O CSJT organizará programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Parágrafo único. O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os Órgãos do Judiciário Trabalhista, autorizando-se a participação, em parceria, de entidades públicas e privadas, inclusive universidades e instituições de ensino.

As universidades e instituições de ensino superior no Brasil devem abrir as portas para os órgãos do Poder Judiciário, inclusive cedendo instalações físicas, de modo a propiciar aos estudantes os conhecimentos teóricos e práticos dos institutos conciliadores.

É preciso romper com uma cultura educacional jurídica pautada no ganhador e no perdedor, que para alguém vencer é necessário que outro alguém perca. O operador do direito precisa aprender a considerar fatores e interesses subjacentes envolvidos nos litígios e que a educação tradicional baseada na defesa com fulcro na legislação nem sempre (ou quase nunca) permite.



O ensino jurídico tem papel de destaque na formação dos novos juristas, de modo a dar-lhes amplitude de conhecimento e atuação profissional, formando também árbitros, mediadores e conciliadores, de modo a buscarem sempre a pacificação social.

Passo importante foi dado pelo Ministério da Educação, que homologou o Parecer CNE/CES 635, em 2018, prevendo a inclusão de disciplinas de mediação, conciliação e arbitragem nas Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de Direito, formando profissionais para evitarem o conflito ou buscarem solucioná-los na seara extrajudicial e não apenas em processos judiciais.

As universidades e instituições de ensino superior tendem (e necessitam) a mudar o paradigma formal e positivista que impera até os dias atuais, estimulando a conscientização crítica do estudante de Direito, tornando-os mais que profissionais, mas cidadãos aptos a preverem e solucionar conflitos.

A principal função do jurista é ser uma linha auxiliar na solução de problemas, o que significa atender não apenas aos anseios jurídicos das partes litigantes, mas também aos existenciais, que poderão ser alcançados de forma mais satisfatória se a solução do conflito for resolvida pelas próprias partes, conforme vaticina Fernanda Tartuce (TARTUCE, 2017).

Necessário, para isso, que haja um engajamento de todos, não só do Estado e dos operadores do Direito, mas de todos os ramos da sociedade civil, inclusive as instituições de ensino e a mídia, com propagação e incentivo dos inúmeros benefícios da resolução amigável dos conflitos de interesse. Só assim se obterá uma mudança cultural.

É preciso, porém, compreender que a resolução adequada de disputas não pode ser entendida como desafogo ao judiciário.



Muito se fala sobre a crise do Poder Judiciário, em razão do enorme número de processos que recebe anualmente e da limitação estrutural, humana e técnica para dar vazão a tal demanda.

Segundo o relatório Justiça em Números⁷⁰, publicado todos os anos pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva, sendo 6,9% desses processos de competência da Justiça do Trabalho.

Durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões. Ainda que tenha baixado casos em volume superior ao ingressado, o estoque manteve-se praticamente constante, e chegou ao final do ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva e este número vem crescendo desde 2009. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos.

O volume de processos em curso é assustador e representa não apenas falta de concretude no direito de acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva, com o descrédito ao senso de Justiça, a busca pela autotutela, aqui entendida como 'justiça pelas próprias mãos'.

Não se pode fechar os olhos também para reflexos outros que o número excessivo de processos pode gerar, como o aumento das despesas públicas (que poderiam ser direcionadas para outras áreas, como saúde, segurança e educação) e o adoecimento de servidores públicos.

Se o cidadão tem um problema e o Poder Judiciário não o resolve, ele pode buscar resolvê-lo à sua própria maneira, no chamado 'justiça pelas próprias mãos', o que seria a negação do verdadeiro acesso à Justiça, como adverte Leonardo

⁷⁰Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros_>. Acesso em 10 de maio de 2019.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Greco (GRECO, 2015). E o elevadíssimo número de processos contingenciados atualmente tem sido apontado por muitos como o mais grave empecilho a uma prestação jurisdicional rápida e eficiente.

Diante desse quadro lamentável, mas decorrente de uma cultura de litigiosidade, muitos buscam soluções para desafogar o Poder Judiciário e reduzir o número de processos (CARNELUTTI, 2000).

Ygor Farias Souto e Jailton Macena de Araújo, ao passo que reconhecem a conciliação como desdobramento do direito de acesso à Justiça previsto em nossa Carta Magna, também a apontam como possível solução para a crise do Poder Judiciário, destacando a celeridade na solução dos conflitos como sua principal característica (SOUTO; ARAÚJO, 2018).

Todavia, as vias autocompositivas de solução de disputas não podem ser encaradas e de fato não são o remédio para este mal. São outros os valores que sustentam e embasam a política pública de tratamento adequado de solução de conflitos de interesse.

Conforme visto na exposição de motivos da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, o que se busca é dar “[...] a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”, ou seja, só se aplica outro mecanismo que não o Judicial se este não se mostrar o mais apropriado para a característica daquela disputa.

Esclareceu-se que os meios amigáveis de autocomposição “[...] são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios’ e que por isso é ‘imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais”.

Tanto não podem ser vistas como meio de desafogar o Judiciário, que no caso da Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho,



embora discipline e estimule os meios de autocomposição endoprocessual, não implica necessariamente em desafogamento do Judiciário.

A intenção dos Centros e Núcleos Judiciários de solução de conflitos é boa, mas as composições são feitas dentro do próprio Poder Judiciário, o que vai na contramão de toda a aspiração e a intenção da conciliação extrajudicial, que visa exatamente evitar o ajuizamento de ações judiciais, movimentando toda a máquina judiciária.

A crise do Poder Judiciário já ultrapassou os limites do tolerável e tem provocado danos sociais graves, o que leva todos à busca por soluções. Considerando que o enorme acervo de processos é o fator que mais espanta e inquieta, as soluções buscadas usualmente gravitam em torno da diminuição do número de processos e da supressão e simplificação de atos processuais.

Os meios alternativos de resolução de conflitos não podem ser vistos como panaceia para a crise do Poder Judiciário, como bem pontua Petronio Calmon. Uma jurisdição estatal eficiente é fator preponderante para se aceitar uma solução consensuada, já que o Estado tem o poder de se valer de medidas coercitivas para fazer valer suas decisões (CALMON, 2015).

É intuitivo, na visão de festejados estudiosos que, quando a jurisdição estatal não é eficiente, as pessoas muitas vezes preferem esperar por uma decisão judicial futura e incerta, apostando nos percalços de um processo. A lentidão do Poder Judiciário, não raras vezes, é utilizada como justificativa para não se optar por uma resolução consensuada, quando for conveniente a uma das partes, já que elas não precisam resolver logo a questão conflituosa.

O relatório Justiça em Número de 2018 demonstra que o tempo médio de tramitação de um processo judicial é de 10 (dez) anos, entre o início da cognição e o término da execução, podendo esse tempo variar a depender se o processamento ocorrer no âmbito da Justiça Estadual ou Federal (BRASIL, 2018).



Com essa perspectiva, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos somente evoluirão e terão eficácia quando se tiver um Poder Judiciário igualmente forte, célere e eficaz. A liberdade na eleição da via mais adequada para a solução dos conflitos é dependente dessa premissa. Por isso, conclui Calmon que:

Deve-se afastar, então, a ideia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes.

Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais apropriado. (CALMON, 2015, p. 43)

Leonardo Greco também entende que

[...] o estímulo à busca de uma justiça não estatal não deve ser perseguido como um meio de fugir de uma justiça estatal cara, demorada, ineficiente e pouco confiável, ou, ainda, visando o trabalho dos juízes, mas em busca de uma justiça melhor (GRECO, 2015, p. 23-24).

No entanto, em sentido antagônico ao daqueles que entendem que a ineficiência estatal é fator que diminui a busca pelas vias extrajudiciais de resolução de conflitos, o estudioso processualista preconiza que

[...] a deficiência da justiça estatal força os cidadãos a aceitarem soluções extrajudiciais ou aparentemente consensuais iníquas, pela impossibilidade de obterem do Estado a tutela adequada, plena e oportuna dos seus direitos (GRECO, 2015, p. 23-24).

Por fim e não menos importante, Fredie Didier Jr. converge ao dispor que o estímulo pela utilização de vias de autocomposição não pode ser encarada como meio de diminuição do número de processos que tramitam no Poder Judiciário, advertindo que:



É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador. Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos). Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 330-331)

O aprimoramento, aperfeiçoamento e fortalecimento do Poder Judiciário são fatores imprescindíveis para a concretização do direito de acesso a uma ordem jurídica justa e eficiente. Somente com um sistema judiciário forte e eficiente é que as partes terão de fato a livre escolha com relação à via que irá solucionar os seus conflitos de interesse.

Os cidadãos somente terão liberdade real e legítima na eleição da via resolutiva do conflito quando, ao optarem pelas vias extrajudiciais, tiverem a certeza e garantia de que o Estado-Juiz estará pronto para reparar eventuais erros e irregularidades lá cometidas. Um Poder Judiciário forte e eficiente antes incentiva do que desestimula a opção pelas vias extrajudiciais de resolução de conflitos e disputas.

2. O Sistema judicial de resolução de conflitos individuais e coletivos no Brasil: descrevendo o “estado da arte”.

No momento atual, é assente que se deva dar um tratamento coletivo para determinados tipos de conflito que suscitem inúmeras discussões judiciais. Já há bastante tempo que se percebeu que o processo civil *clássico* (expressão aqui utilizada para se referir à normatização desenvolvida basicamente com e a partir do Código de Processo Civil de 1973) não poderia servir de base para o tratamento



de demandas que ultrapassam os interesses das pessoas individualmente consideradas.

Os *práticos do Direito* (expressão aqui utilizada para referir todos aqueles que trabalham com a aplicação de normas jurídicas para a solução de conflitos) já haviam percebido que os conceitos tradicionais da propalada *Teoria Geral do Processo* não encontravam suporte na realidade das demandas; a denominada *trilogia fundamental do processo*, que envolve o estudo da *ação, jurisdição e processo*, evidenciavam não garantir ao jurisdicionado que o direito vindicado fosse de fato efetivado e realizado por intermédio do Estado-Juiz.

Deve-se considerar que os *práticos do Direito* nem sempre possuíam essa percepção de forma nítida, considerando que se mantinha um nível de atuação cotidiana ainda com elementos das pressuposições acadêmicas acima referidas, onde de regra se buscava conciliar o processo civil clássico com as demandas que ultrapassavam os direitos individualmente considerados. Não havia espaço para uma abertura teórica dentro de um ambiente prático, porquanto o risco inexorável era exatamente o prejuízo da parte em juízo.

Com efeito, este sempre foi em certa medida o problema de se levar para o campo prático de discussão jurídica as pressuposições acadêmicas de correntes teóricas: o risco de uma incompreensão do julgador dessas discussões o que, como resultado, acarretaria em não resguardo do direito vindicado.

Da mesma forma, paralelamente a esse fenômeno (no sentido etimológico do termo, de *fai nomenon*, como *algo que se apresenta*) é que surgem as discussões acadêmicas, não exatamente coincidentes temporalmente, mas que podem ser identificadas dentro de um mesmo corte de abordagem temática, qual seja a judicialização de demandas transindividuais. Nesse ponto é que entram as concepções desenvolvidas pelos *teóricos do Direito* para analisar as demandas que se apresentavam no sentido de solucionar conflitos de interesses que não



poderiam ser identificados a priori ou que, embora o pudessem, não se poderia precisar com exatidão a extensão dos direitos adjacentes.

Essa abordagem do fenômeno (prática e teórica) desencadeou resultados úteis à sociedade, como a edição da Lei da Ação Popular (Brasil, Lei 4.717, 1965), Lei da Ação Civil Pública (Brasil, Lei 7.34, 1985), Código do Consumidor (Brasil, Lei 8.078, 1990), Lei da Improbidade Administrativa (Brasil, Lei 8.429, 1992), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990), Lei da Pessoa Portadora de Deficiência (Brasil, Lei 7.853, 1989), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Brasil, Lei 7.913, 1989) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Brasil, Lei 8.884, 1994, hoje revogada pela Lei 12.529, 2011), que passaram a formar um propalado “sistema” (ou, para alguns, “microsistema”) de proteção coletiva de direitos. Entretanto, deve-se ressaltar que o ápice legislativo sem dúvida fora com o Código do Consumidor, principalmente ao enumerar as espécies de direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único). Contudo, a perspectiva de se analisar o objeto com as perspectivas da Teoria Geral do Processo que encontra esteio no processo civil clássico acarretou numa aparente contradição de institutos jurídicos sem uma realização sensível dos direitos em discussão.

Contudo, a normatização para tutelar processos coletivos revelou um outro aspecto de não correspondência da aplicação normativa com a realidade: exemplo de uma abordagem desse tipo seria as problemáticas de identificação pessoal da extensão da sentença coletiva de procedência, principalmente em relação à fase executiva.

Um critério útil para evitar problemas desse tipo seria considerar primordialmente que não seria a categorização prévia do instituto jurídico a forma correta para a solução do problema, mas sim a identificação correta do fato na



realidade para identificação da situação jurídica; de regra, não é o direito que molda o fato, mas sim este que identifica os contornos da norma a aplicar. Dessa forma, não seria adequado primeiramente se identificar a classificação dos direitos em juízo (se coletivos ou individuais) para o fim de delimitação da controvérsia, mas sim, identificar as características reais do conflito para então se identificar a normatividade subjacente à proteção do direito.

Com efeito, ao se denominar de um processo que envolva e mereça o tratamento como coletivo pela simples razão da via eleita (a ação popular, ação civil pública, etc), acaba-se por confundir o continente com o conteúdo: busca-se uma solução formal para o tratamento material. Ora, considerando a pressuposição aqui lançada (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria razoável essa conclusão; impõe-se outro tipo de investigação que não o simples tratamento do processo pela via eleita pela parte.

Contudo, poder-se-ia questionar, nesse sentido, se seria possível a discussão sobre a perspectiva coletiva quando se torna evidente que somente uma pessoa seria atingida no processo judicial.

Podem haver processos em que o direito em questão envolva tema de tal repercussão para a sociedade, notadamente pela caracterização do próprio direito enquanto valorado juridicamente, que a demanda passa a ser coletiva. O direito discutido em juízo possui tamanha repercussão que pode acarretar em diversos tipos de interpretações futuras, com impactos na sociedade na forma de aplicação daquele direito. Veja, que no julgado acima referido, a discussão seria pelo direito à saúde que, embora no caso concreto tenha somente uma pessoa em risco, a forma como Estado soluciona o conflito passa a ter uma dimensão extraprocessual, portanto, em conclusão, de interesse de toda sociedade, por conseguinte, coletiva.

Dessa forma, pode-se afirmar que a relevância dos interesses em conflito representaria o designativo de *coletivo* sempre que de alguma forma afetar a



sociedade, considerando a repercussão extrínseca da solução do conflito; por outro lado, possuiria o designativo de *individual*, se a repercussão para solução do conflito instaurado for predominantemente intrínseco às partes formalmente identificadas. Portanto, em que pese se possa teoricamente estabelecer uma distinção entre interesse individual e público, na verdade somente o caso concreto pode atestar essa diferenciação, não se podendo afirmar somente com a subsunção do art. 81 Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, embora haja delimitação normativa a respeito da diferenciação entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a prática tem demonstrado muita confusão, levando o Judiciário a tratar não raras vezes como sinônimas em seus efeitos. Aduz-se com frequência, com base no Código de Defesa do Consumidor, que pelo fato de algumas situações atingirem os interesses de uma categoria determinada ou determinável de pessoas e outras um número indeterminado de indivíduos para o fim de delimitar o direito em questão. Entender-se-ia como difuso os direitos se os titulares forem indeterminados (como o meio ambiente), como coletivos um grupo determinado ou determinável (como os consumidores de um produto), e direitos individuais homogêneos que decorreriam de uma origem comum. Nesse sentido, explica a literatura acadêmica:

O que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de



turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual (NERY JUNIOR, 1997, pp. 114-115)

Contudo, o fato é que na prática a discussão para essa delimitação é, por vezes, tormentosa, e a técnica da subsunção do fato à norma não se torna eficaz. Essa complexidade real acarreta em tratamento uniforme por parte das decisões judiciais dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer premissas para outros julgados que, em tese, não deveriam se aplicar com aquelas categorias de direitos; da mesma forma, essa complexidade cria um tratamento disforme por parte de decisões judiciais que deveriam estabelecer premissas uniformes.

Não é por outra razão que há precedentes que sinalizam a possibilidade de que o magistrado possa fazer a correta verificação da representatividade do ente que está a defender os direitos coletivos afirmados em juízo, conforme se verifica exemplificativamente neste julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO PREJUÍZO. DESCABIMENTO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DE INIDONEIDADE DE ASSOCIAÇÃO, PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE. POSSIBILIDADE. É PODER-DEVER DO JUIZ, NA DIREÇÃO DO PROCESSO, PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ADEMAIS, O OUTRO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA NÃO RECONHECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO, POR SER O ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DESMESURADAMENTE GENÉRICO, POSSUINDO REFERÊNCIA GENÉRICA A MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, TAMBÉM PATENTEIA A AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DA AUTORA PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES.

1. As ações coletivas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação da tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam



otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos.

2. Dessarte, como sabido, a Carta Magna (art. 5º, XXI) trouxe apreciável normativo de prestígio e estímulo às ações coletivas ao estabelecer que as entidades associativas detêm legitimidade para representar judicial e extrajudicialmente seus filiados, sendo que, no tocante à legitimação, "[...] um limite de atuação fica desde logo patenteado: o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses desses filiados. Um outro limite é imposto pelo interesse de agir da instituição legitimada: sua atuação deve guardar relação com seus fins institucionais" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2014, p.162).

3. É digno de realce que, muito embora o anteprojeto da Lei n. 7.347/1985, com inspiração no direito norte-americano, previa a verificação da representatividade adequada das associações (*adequacy of representation*), propondo que sua legitimação seria verificada no caso concreto pelo juiz, todavia, essa proposta não prevaleceu, pois o legislador optou por indicar apenas quesitos objetivos (estar constituída há pelo menos 1 (um) ano e incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Com efeito, o legislador instituiu referidas ações visando tutelar interesses metaindividuais, partindo da premissa de que são, presumivelmente, propostas em prol de interesses sociais relevantes ou, ao menos, de interesse coletivo, por legitimado ativo que se apresenta, ope legis, como representante idôneo do interesse tutelado (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011, p. 430).

4. Por um lado, é bem de ver que, muito embora a presunção iuris et de iure seja inatacável - nenhuma prova em contrário é admitida -, no caso das presunções legais relativas ordinárias se admite prova em contrário. Por outro lado, o art. 125, III, do CPC [correspondente ao art. 139, III, do novo CPC] estabelece que é poder-dever do juiz, na direção do processo, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça. Com efeito, contanto que não seja exercido de modo a ferir a necessária imparcialidade inerente à magistratura, e sem que decorra de análise eminentemente subjetiva do juiz, ou mesmo de óbice meramente procedimental, é plenamente possível que, excepcionalmente, de modo devidamente fundamentado, o magistrado exerça, mesmo que de ofício, o controle de idoneidade (adequação da representatividade) para aferir/afastar a legitimação ad causam de associação.

5. No caso, a Corte de origem inicialmente alinhavou que "não se quer é a montagem de associações de gaveta, que não floresçam da sociedade civil, apenas para poder litigar em todos os campos com o benefício do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública"; "associações, várias vezes, surgem como máscaras para a criação de fontes arrecadadoras, que, sem perigo da sucumbência, buscam indenizações com somatório milionário, mas sem autorização do interessado, que depois é cobrado de honorários".



Dessarte, o Tribunal de origem não reconheceu a legitimidade ad causam da recorrente, apurando que "há dado revelador: supostamente, essa associação autora é composta por muitas pessoas famosas (fls. 21), mas todas com domicílio em um único local. Apenas isso já mostra indícios de algo que deve ser apurado. Ou tudo é falso, ou se conseguiu autorização verbal dos interessados, que entretanto nem sabem para que lado os interesses de tais entidades voam".

6. Ademais, o outro fundamento autônomo adotado pela Corte de origem para não reconhecer a legitimação ad causam da demandante, anotando que o estatuto da associação, ora recorrente, é desmesuradamente genérico, possuindo "referência genérica a tudo: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, e é uma repetição do teor do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85" tem respaldo em precedente do STJ, assentando que as associações civis necessitam ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Embora essa finalidade possa ser razoavelmente genérica, "não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado". (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009) 7. Recurso especial não provido. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2015)

Nessa linha de encadeamento de ideias é que o atual Código de Processo Civil (CPC/2015) possui elementos de estabilização do direito a partir de um enfrentamento coletivo de demandas, considerando que no plano fático se estaria a evidenciar a existência de processos verdadeiramente coletivos (afetação da sociedade). São exemplos o incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do CPC/2015, e o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 976 a 987 do CPC/2015.

Em que pese essa empreitada pelo aplicador da norma jurídica ao caso concreto não seja de fácil operação, deve-se considerar como um fim a ser perseguido em toda e qualquer demanda como uma forma de correta aplicação e realização de direitos na sociedade, de modo a se realizar efetivamente o acesso à Justiça.



3. Desafios para a jurisdição individual trabalhista.

3.1. A explosão da litigiosidade e a (in)efetividade da jurisdição.

Já se tornou lugar comum as críticas ao sistema judicial brasileiro no tocante à sua ineficiência para a solução de conflitos; fala-se principalmente em morosidade do judiciário, que desencadeou uma série de reformas tendentes a minimizar o tempo do processo e otimizar o trabalho dos juízes, o que, desencadearia em ganhos para a sociedade brasileira.

Nessa compreensão é que, em 08.12.2004, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu no catálogo dos direitos fundamentais o seguinte dispositivo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O dispositivo em questão trataria de um direito “a um processo sem dilações indevidas” (DIDIER JR: 2007, p. 39), o que, por estar inserido na parte dos Direitos e Garantias Fundamentais do texto constitucional brasileiro, significaria tratar-se de um direito fundamental, com todas as consequências daí resultantes, como a impossibilidade de outra emenda constitucional tendente a aboli-lo e como cláusula imunizante de alterações legislativas infraconstitucionais futuras.

Neste ponto, aliás, insta ressaltar se o constituinte derivado poderia ampliar o rol de preceitos fundamentais já previstos pelo constituinte originário. A resposta não é unânime. Pode-se entender que os direitos fundamentais são somente os previstos pela Constituição originariamente, ou seja, somente seriam direitos fundamentais os elencados pelo constituinte originário, o que, por consequência, poderia se chegar à conclusão de que uma emenda constitucional poderia alterar o acréscimo textual. Por outro lado, pode-se chegar à conclusão



que se trata de uma ampliação admissível que se corrobora levando em consideração que um catálogo de direitos reflete o que a sociedade requer em um momento determinado em que concebido aquele catálogo, mas não significa que, posteriormente, a sociedade sinta a necessidade de incorporar outros preceitos fundamentais para uma melhor proteção dos direitos fundamentais. Por outras palavras, é possível se admitir a ampliação de direitos fundamentais, não a sua supressão, considerando o patamar mínimo civilizatório conquistado pela sociedade em dado momento histórico. Entretanto, ao se ampliar os direitos fundamentais, não se poderia suprimir a ampliação, tendo em vista que a percepção de direitos fundamentais se dá sempre em uma escala de evolução, com novos patamares civilizatórios. Assim, de acordo com esse entendimento, não se poderia admitir emendas posteriores tendentes a abolir a ampliação do rol dos direitos fundamentais, até porque há disposição expressa no texto constitucional ao falar que o catálogo não é exaustivo (art. 5º, §2º).

Seja como for o entendimento que se adote já se entendia que o direito à razoável duração do processo decorreria da garantia do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/1988), pois não se queria garantir somente o acesso em si, mas também a efetividade da tutela a ser prestada pelo Estado, que, entre outros elementos, encontrar-se-ia o tempo do processo. Da mesma forma, poder-se-ia também dizer que o direito a um processo sem demoras indevidas estaria abrangido pelo *due process* (art. 5º, LIV, CF/88), tendo em vista que este é o princípio irradiador de todo o sistema de princípios e garantias no processo.

Entretanto, o ordenamento jurídico já contemplava o direito à razoável duração do processo, considerando o disposto no art. 8º da Convenção



Interamericana sobre Direitos Humanos, aprovada pelo Pacto de San José de Costa Rica⁷¹:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza⁷².

271

Insta ressaltar que havia entendimento que os tratados internacionais sobre direitos humanos que o Brasil fosse parte teriam a natureza jurídica de normas constitucionais, diante da cláusula de abertura dos direitos fundamentais prevista no art. 5.º, § 2.º, da Constituição, conforme se verifica nas lições de Flávia Piovesan (1998, p. 78):

A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Esta conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A este raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos

⁷¹ A eficácia no plano internacional do Pacto de San Jose ocorreu em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional brasileiro editou o Decreto 27, de 26 de maio de 1992, aprovando o texto do aludido Pacto, tendo o Presidente da República depositado em 25 de setembro de 1978 a sua Carta de Adesão. A promulgação e incorporação do Pacto de San Jose da Costa Rica ocorreu com o Decreto 678 de 09 de novembro de 1992.

⁷² Semelhante dispositivo se encontra no art. 6.º, 1, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 04.11.1950, dispõe que: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.



demais direitos e garantias fundamentais. Esta conclusão decorre ainda do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional - abertura que resulta na ampliação do 'bloco de constitucionalidade', que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.

Seja como for, com o intuito de imprimir maior celeridade e, portanto, efetividade jurisdicional, houve uma série de tentativas legislativas no sentido de não se permitir demoras indevidas nos processos judiciais, como, por exemplo:

a) princípios de celeridade e economia processual estão presentes em diversos institutos (exemplo: conexão, reconvenção, litisconsórcio), chegando a ter adoção explícita nos Juizados Especiais Cíveis (art. 2.º da Lei 9.099/1995)

b) disciplina de prazos para a prática de atos processuais, destinados não somente às partes como ao juiz, ao representante do Ministério Público etc. (exemplo: arts. 189, I e II, e 456 do CPC);

c) outorga de poderes ao magistrado para dar adequado impulso ao processo, velando pela rápida solução do litígio (art. 125, II, do CPC), indeferindo diligências protelatórias (art. 130 do CPC), ordenando *ex officio* as diligências que entender necessárias à elucidação da causa (art. 342 do CPC)

d) emprego de técnicas processuais de aceleração (exemplo: julgamento antecipado da lide, antecipação dos efeitos da tutela, tutela monitória, títulos executivos extrajudiciais, execução provisória etc.);

e) fórmulas variantes da estrutura do procedimento comum ordinário (exemplo: procedimento sumário para causas de menor valor e para determinados tipos de litígio, procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais tanto da Justiça Estadual, como da Justiça Federal - Leis 9.099/1995 e 10.259/2001);

f) imposição de deveres e sanções às partes, de modo que a atuação de qualquer um dos litigantes procurando retardar o desfecho do processo é severamente repudiada pela legislação em vigor, de acordo com as seguintes



sanções: 1) a do art. 18 do CPC, nas hipóteses de litigante de má-fé (art. 17, I, IV, VI e VII, do CPC); 2) a do art. 196 do CPC, quando os autos não forem oportunamente devolvidos; 3) a do art. 538, parágrafo único, do CPC, quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração; 4) a do art. 557, § 2.º, do CPC, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo interno; 5) do art. 601 do CPC, nas situações de atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 600 do CPC); 6) do art. 881 do CPC, em caso de atentado (art. 879 do CPC) etc.

g) o Estatuto do Idoso (art. 71 da Lei 10.741/2003) que determinou tratamento preferencial para os processos daqueles maiores de 60 anos.⁷³

Contudo, todas essas iniciativas legislativas se pautavam em discussões mais acadêmicas que, em geral, eram desprovidas de base empírica. Inclusive, importa considerar que essa mesma ausência de base empírica moldou a iniciativa legislativa que redundou no vigente Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), embora já fosse possível se trabalhar com os dados já disponíveis no período de tramitação e aprovação legislativa.

Provavelmente foi por essa razão que, na mesma reforma constitucional de promovida através da Emenda Constitucional nº 45/2004 sobre o direito à duração razoável do processo, é que foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde os órgãos do Poder Judiciário poderiam começar a produzir dados empíricos mais seguros, regulares e uniformes acerca da quantidade de processos em cada órgão jurisdicional, o tempo de tramitação, número de processos novos e de processos baixados ano a ano, relação juízo/número de habitantes na comarca, entre outros dados relevantes para fins de viabilizar uma gestão judiciária racional.

⁷³ Os exemplos são extraídos de ROSITO, Francisco. *O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica*. Revista de Processo nº 161/21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Assim, atualmente é possível se fazer um diagnóstico mais preciso para verificar a ineficiência do sistema judicial brasileiro.

Com efeito, consoante dados do CNJ, em 2016, tramitaram 102 milhões de processos em todas as instâncias do Judiciário (exceto no Supremo Tribunal Federal – STF), para um total de 17.338 magistrados, o que leva a uma média de 5.883 processos por juiz. O número de processos pendentes (estoque de processos) no final de 2015 era de 74 milhões. Desde 2009, início do Justiça em Números, o estoque de processos subiu 19,4%, que corresponde a 9,6 milhões de processos a mais em estoque.

A taxa de congestionamento do Judiciário em 2016 foi de 72,2%. Significa que do estoque de 74 milhões, cerca de 72% foram instaurados antes de 2015. Tanto o estoque total como a taxa de congestionamento aumentaram de 2009 até 2016.

Na Justiça Federal, no ano de 2015, o estoque aumentou 16,6% em relação ao do ano de 2009. A taxa de congestionamento bruta na Justiça Federal em 2015 foi de 71,6%. Já na Justiça Estadual, historicamente, concentra o maior número de processos no país. Sua taxa de congestionamento bruta ficou em 74,8% em 2015, que corresponde a um estoque de 59 milhões de processos.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a taxa de congestionamento bruta foi de 52,2% em 2015, com queda de 7% em relação ao período anterior.

Saliente-se que, na contramão desse congestionamento, o primeiro e o segundo grau na Justiça do Trabalho julgaram 4.622.521 processos no ano de 2017, representando dados otimistas segundo o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus). Cinco tribunais (TRTs da 2ª, da 15ª, da 11ª, da 18ª e da 22ª Regiões) alcançaram 100% no IPC-Jus do primeiro grau. Outros 14 apresentaram índices acima de 80%. No segundo grau, sete tribunais atingiram 100% no índice: 3ª, 6ª, 8ª, 13ª, 15ª, 18ª e 24ª Regiões.



Contudo, ainda persiste o problema da celeridade ou da razoável duração do processo, o que sugere a necessidade de continuação não apenas na análise crítica da realidade concreta, avançando-se em outros campos, a exemplo da ressignificação da natureza pública da função dos advogados, que são indispensáveis à administração da Justiça (CF, art. 133), mas que contribuem, em larga medida, para essa crise de efetividade do sistema judicial, com a manipulação de incidentes e medidas recursais indevidas, apenas protelando o desfecho das milhares de disputas oferecidas ao Poder Judiciário.

3.2. O exercício abusivo das faculdades recursais.

Tema dos mais controvertidos é o dos limites ao exercício das franquias recursais no campo do processo judiciário, especialmente à luz do denominado princípio do duplo grau de jurisdição. Corolário do princípio do *due process of law* (LIV e LV, art. 5º da CF), o princípio em exame possibilita a revisão dos julgamentos por pelo menos um órgão jurisdicional diferenciado. Concebido com fundamento na falibilidade humana e mesmo no próprio e natural inconformismo do ser humano contra julgamentos que contrariam seus interesses⁷⁴, a possibilidade de reexame do conflito por parte de juízes, em tese, mais experientes e com maior tempo de exercício da jurisdição, traduz um dos requisitos que, a par de conferir maior grau de legitimidade à decisão judicial, buscam conformar a parte sucumbente, esvaziando resistências posteriores à concretização do comando judicial.

⁷⁴ PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC – INOCORRÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – TRÂNSITO EM JULGADO – LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO JUDICIAL – ART. 151, II, DO CTN – IMPOSSIBILIDADE – GARANTIA DO JUÍZO – FINALIDADE DÚPLICE – PRECEDENTES – 1. O juízo ad quem não está adstrito aos fundamentos expendidos em Primeiro Grau, uma vez que a finalidade do Duplo Grau de Jurisdição é reapurar a juridicidade da decisão. (...) (STJ – RESP 490641 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 03.11.2003 – p. 00254).



A Convenção Internacional de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, da qual o Brasil é um dos signatários, expressamente prevê o duplo grau como garantia judicial para o processo penal, em seu art. 8º, item 2, alínea “h”, *“o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”*

A Constituição Federal, ao tratar do Poder Judiciário, prevê a existência das Cortes de segundo grau de jurisdição (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 108; 111; 121, § 4º, III, IV e V), atribuindo-lhes competência recursal, no entanto, não está expresso em seu texto o princípio aqui estudado. Logo, podemos concluir que o duplo grau de jurisdição não é um princípio de aplicabilidade absoluta, até mesmo porque a Constituição Federal, embora mencione a previsão de juízes e tribunais, bem assim de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), não proclama de modo inequívoco a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, como, por exemplo, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, da CF); dos crimes de responsabilidade nos termos do art. 52, inciso I da Constituição Federal⁷⁵, entre outros.⁷⁶

⁷⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99).

⁷⁶ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Também há previsão em leis inferiores como o Código de Processo Civil, Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Penal, Código Tributário, leis de organização judiciária, etc., as quais disciplinam o duplo grau de jurisdição.

Em regra, o duplo grau de jurisdição é um direito a ser exercido pelo vencido na relação processual o qual deve provocar o órgão de segunda instância a fim de obter a revisão do julgado.

Evidentemente que para exercer esse direito devem ser obedecidos requisitos intrínsecos e extrínsecos previstos nas normas regulamentadoras como o CPC ou a CLT, por exemplo, como tempestividade, representatividade, preparo, prazo etc.

Mas a questão a ser problematizada diz respeito ao efetivo exercício inadequado das faculdades recursais em todos os graus de jurisdição, especialmente nos órgãos de cúpula do sistema judicial. No âmbito da Justiça do Trabalho, em particular, órgão escolhido para justificar a presente análise, no ano de 2018 houve um índice de recorribilidade externa a partir do primeiro grau da

modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido. (AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01129) DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL. OFENSA AOS INCISOS XXXIV, XXXV, LIV E LV DO ARTIGO 5º E AO ARTIGO 92 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DIREITO À AMPLA DEFESA. Os princípios constitucionais insculpidos no artigo 5º - do livre acesso ao Judiciário (incisos XXXIV e XXXV); do devido processo legal (inciso LIV) e da ampla defesa (inciso LV) - não asseguram aos litigantes o direito de inobservar as normas processuais que estabelecem as limitações do direito de recorrer e definem os pressupostos de admissibilidade dos recursos. O depósito recursal constitui pressuposto objetivo para o conhecimento do recurso, na esfera trabalhista, e a sua exigência não afronta ao princípio da ampla defesa, que deve ser exercido com os recursos a ele inerentes, observando-se a legislação processual em vigor, inclusive o devido preparo, como têm proclamado esta Corte e o e. STF. A exigência do depósito prévio está consubstanciada no verbete sumular nº 128 desta Corte. Não há falar-se em ofensa aos princípios constitucionais supracitados, sendo certo que a interpretação conferida pelo Regional insere-se nos limites da razoabilidade preconizada pelo Enunciado 221 desta Corte. (...). (Processo: RR - 547414/1999.4 Data de Julgamento: 19/05/2004, Relator Juiz Convocado: Luiz Antonio Lazarim, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 04/06/2004)

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



jurisdição trabalhista da ordem de 54,51%⁷⁷, e de 41,28% a partir dos tribunais regionais⁷⁸.

Isso significa que de cada 100 ações propostas e decididas, pouco mais de 54 ensejaram a interposição de recurso ordinário, de cujos julgamentos, pelos TRTs, novos recursos foram interpostos ao TST, no montante equivalente a 23,1% em relação aos casos inicialmente decididos em primeiro grau.

A sistemática de processamento dos recursos de revista, passíveis de apresentação dos TRTs para o TST, de igual modo, confirma a premissa do exercício indevido e abusivo das faculdades recursais. Como se sabe, a admissão desses recursos está sujeita a um duplo juízo, o primeiro exercido nos TRTs e o segundo, se superado o primeiro, pelos Relatores e/ou, sucessivamente, pelas turmas do TST.

A confirmar uma vez mais a premissa do abuso na interposição de recursos, os índices de interposição de agravos de instrumento, com o propósito de destrancamento de recursos de revista para o TST, são extremamente elevados (78,85% em 2017; 83,07% em 2018⁷⁹) em contraste com o inexpressivo índice de acolhimento desses reclamos, nos anos de 2017⁸⁰ e 2018⁸¹, segundo dados disponíveis no SAD – Sistema de Apoio às Decisões (sistema interno do TST).

Percebe-se, então, que os índices de provimento dos agravos de instrumento julgados pelo TST corresponderam a apenas 8,44% e 9,34%,

⁷⁷ Disponível em:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14/nov/2019.

⁷⁸ Disponível em:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14/nov/2019.

⁷⁹ Disponível em:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14/nov/2019.

⁸⁰ Acordo ou desistência 0,03%; Mais de uma decisão 3,5%; Não conhecido ou extinto 5,41%; Negado seguimento/provimento 82,62%; Provido 8,44%.

⁸¹ Acordo ou desistência 0,33%; Mais de uma decisão 1,02%; Não conhecido ou extinto 4,24%; Não transcendência 6,38%; Negado seguimento/provimento 78,69%; Provido 9,34%. A variável “Não transcendência” não retrata com absoluta exatidão os agravos em que de fato houve a negativa de transcendência, dado que alguns gabinetes lançam a não transcendência como “agravo não provido”. Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



respectivamente, nos anos de 2017 em 2018. Se considerarmos que aproximadamente 2/3 dos recursos que chegam ao TST correspondem a agravos de instrumento, esse cenário é revelador tanto da falta de preparo técnico para o manejo do agravo de instrumento, quanto o intuito protelatório, situações inadmissíveis em um sistema de justiça que enaltece a ética como uma de suas premissas fundamentais.

4. O diagnóstico do legislador e a Lei 13.467/2017

A Justiça do Trabalho sempre foi vanguardista com relação ao princípio do estímulo à autocomposição de conflitos de interesse. Desde a sua criação, com a Constituição Federal de 1946, a busca à conciliação das partes em litígio sempre esteve presente. Com a Consolidação das Leis do Trabalho não foi diferente, havendo previsão de ao menos duas tentativas obrigatórias de composição no curso dos processos que tramitam nessa Justiça Especializada.

Não à toa o relatório Justiça em Números de 2018⁸² destacou que a Justiça do Trabalho é a que mais faz conciliação, solucionando 25% (vinte e cinco por cento) de seus casos por meio de acordo – valor que aumenta para 38% (trinta e oito por cento) quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada.

Na Constituição Federal de 1988 também está presente o incentivo à solução negocial ou à arbitragem para os conflitos trabalhistas coletivos. Para os litígios coletivos e de natureza econômica, as partes somente poderão recorrer ao Poder Judiciário em caso de 'comum acordo', sem que isso implique em desrespeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

⁸² Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 10 de maio de 2019.



A Lei nº 9.958/2000, que autorizou a instituição de Comissões de Conciliação Prévia, “[...] de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho”, também é prova da vocação conciliatória da legislação trabalhista.

A Justiça do Trabalho também aderiu à política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesse, editando a Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que determinou aos Tribunais Regionais do Trabalho a instituição de “[...] um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT, assim como instituir Centro(s) Judiciário(s) de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT” (parágrafo único, do art. 2º).

Entretanto, para os conflitos individuais, à exceção dos acordos celebrados nas comissões de conciliação prévia, na Justiça do Trabalho não havia espaço para outras vias de resolução extrajudicial de conflitos.

Tanto assim que a Resolução CSJT nº 174/2016 expressamente afastava desta Especializada a aplicabilidade das disposições das Leis 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) e 13.140/2015 (Lei Geral da Mediação), com relação às normatizações de vias extrajudiciais de resolução de conflitos individuais.

Com a Lei nº. 13.467/2017, denominada ‘reforma trabalhista’, a CLT passou expressamente a prever vias extrajudiciais de resolução de disputas individuais, como a quitação anual de obrigações trabalhistas perante os sindicatos e a transação extrajudicial homologada judicialmente.

O termo de quitação anual previsto no artigo 507-B, da CLT e que tem a seguinte redação:

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual



de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas. (BRASIL, CLT, art. 507-B)

Consoante a novel previsão legal, patrão e empregado poderão levar ao sindicato profissional um termo anual de quitação de obrigações trabalhistas em que deverão estar discriminadas todas as obrigações de dar e de fazer durante o ano que pretendem declarar como satisfeitas.

O objetivo do legislador federal inserindo a intermediação do sindicato obreiro é emprestar segurança jurídica ao termo extrajudicial. Além de uma função técnica de conferência de valores e de regularidade das obrigações de fazer e de pagar, ao sindicato compete o papel de assegurar a plena liberdade do empregado quanto à anuência do termo de quitação anual, especialmente nos casos em que o contrato de trabalho ainda estiver em curso.

A transação extrajudicial homologada judicialmente está compreendida no novo Capítulo III-A do Título X, da CLT, formado pelos artigos 855-B até 855-E, inseridos pela Lei nº. 13.467/2017, *verbis*:

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.



Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Para dar aplicabilidade à inovação legislativa, foi necessário inserir a alínea “f” no artigo 652, da CLT, oportunidade em que se atualizou seu *caput*:

Art. 652 - Compete às Varas do Trabalho:

(...).

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

282

A ampliação das competências foi necessária porque, como já destacado neste ensaio, a jurisprudência dos tribunais trabalhistas firmou-se no sentido de a Justiça do Trabalho ser, até então, incompetente para homologar acordos celebrados extrajudicialmente⁸³.

A norma trabalhista em muito se assemelha à Lei 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – que prevê norma possibilitando a homologação judicial de acordo extrajudicial, criando assim um procedimento especial de jurisdição voluntária, sem que haja necessidade de processo contencioso algum.

Por absolutamente pertinentes, as lições de Antonio Umberto de Souza Júnior; Fabiano Coelho de Souza; Ney Maranhão; e Platon Teixeira de Azevedo Neto, acerca do ineditismo processual trabalhista:

A nova ação rompe com uma tradição processual trabalhista – até sua chegada, todas as ações reguladas na CLT tinham um caráter contencioso indissociável. Daí a utilização das expressões ‘dissídios individuais’ e ‘dissídios coletivos’, presentes no texto da CLT (arts. 763, 764 e 766, por exemplo), a designar a ideia de litígios,

⁸³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL 1. Não compete à Justiça do Trabalho homologar acordo extrajudicial firmado entre empregado e empregador, haja vista a ausência de previsão legal. Precedentes do TST. 2. Agravo de instrumento da Reclamada de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 1542-77.2012.5.04.0234, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/09/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016).



disputas, conflitos. O ritual das reclamações trabalhistas também arranca da premissa da inexistência de consenso prévio entre as partes ao ter a tentativa de acordo como primeira etapa da audiência. Nos dissídios coletivos, a abertura da possibilidade de provocação da jurisdição normativa pressupõe o fracasso dos esforços na direção da negociação coletiva extrajudicial (CF, art. 114, §§ 1º e 2º). (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018, p. 517)

Os mesmos autores entendem que a inovação processual trazida na reforma também se aplica às demais relações de competência da Justiça do Trabalho, não só às relações de emprego, dando a dimensão atualizada do direito de acesso à Justiça (SOUZA JÚNIOR et al, 2018).

A análise dos dispositivos que disciplinam o processo de homologação de acordo extrajudicial corrobora o entendimento segundo o qual a nova via resolutiva de conflitos individuais trabalhistas não se restringe a relações empregatícias, até porque a parte final do art. 652, da CLT, é expressa em atribuir competência às Varas do Trabalho para decidirem quanto à homologação de transações extrajudiciais “[...] em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

Seria ilógico, antidemocrático e desarrazoado limitar a aplicação da inovação legislativa a relações estritamente empregatícias, até porque todo o arcabouço normativo contemporâneo está convergindo para o prestígio à solução consensual dos conflitos, sendo certo que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Parquet (CPC, art. 3º, §§ 2º e 3º).

Na visão de Sérgio Torres Teixeira, a inovação legal elevará o natural estímulo conciliatório àqueles que não desejam passar pelo martírio e angústia de um prolongado processo contencioso, dotado de formalismos e imprevistos (TEIXEIRA, 2018).



Com as inovações legislativas, buscou-se respeitar o conceito atual de acesso à Justiça, criando opções para os atores da relação capital-trabalho em relação à jurisdição trabalhista de resolução de conflitos individuais, que poderão eleger aquela que entenderem a mais adequada para a situação concreta, o que consequentemente desinchará a Justiça do Trabalho e, ao mesmo tempo, trará segurança jurídica. Ao menos essas foram as justificativas que se colhem da exposição de motivos apresentada pelo Deputado Rogério Marinho sobre o projeto de Lei 6.787/2016, que culminou na promulgação da Lei nº. 13.467/2017:

Art. 507-B

O art. 507-B permitirá que o empregador firme termo de quitação anual das obrigações trabalhistas, na presença do sindicato representante da categoria do empregado, no qual deverá constar as obrigações discriminadas e terá eficácia liberatória das parcelas nele especificadas. A ideia é que o termo de quitação sirva como mais um instrumento de prova, no caso de ser ajuizada ação trabalhista.

Art. 652 e 855-B a 855-E

Como já mencionado, uma de nossas preocupações é a de reduzir a litigiosidade das relações trabalhistas, e a forma pela qual estamos buscando implementar esse intento é o estímulo à conciliação extrajudicial. Se houver uma composição prévia entre as partes, reduz-se sensivelmente o ingresso de ações na Justiça do Trabalho.

Essa iniciativa, todavia, não pode se contrapor ao princípio constitucional do livre acesso à Justiça. Em outras palavras, não há como restringir o acesso ao Judiciário mediante acordos individuais celebrados extrajudicialmente no momento da rescisão contratual.

Tentou-se, em determinado momento, condicionar o ingresso à (sic) ação judicial à tentativa prévia de conciliação entre as partes, por intermédio das Comissões de Conciliação Prévia (CCP). Mesmo diante da tentativa de caracterizar a tentativa prévia de conciliação na CCP como um requisito processual, o STF entendeu que essa exigência era inconstitucional por contrariar o princípio da liberdade de acesso ao Judiciário.



Do mesmo modo, sofre grande resistência a ideia de se conceder eficácia liberatória ao termo de rescisão homologado pelas partes, em relação às parcelas homologadas e discriminadas no recibo.

Assim, estamos, por intermédio da nova redação sugerida à alínea “f” do art. 652 da CLT, conferindo competência ao Juiz do Trabalho para decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho. Em complemento, estamos incorporando um Título III-A ao Capítulo X da CLT para disciplinar o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial.

Esse ato dependerá de iniciativa conjunta dos interessados, com assistência obrigatória de advogado. Ouvido o Juiz, se a transação não visar a objetivo proibido por lei, o Juiz homologará a rescisão. A petição suspende o prazo prescricional, que voltará a correr no dia útil seguinte ao trânsito em julgado da decisão denegatória do acordo.

Esperamos que, ao trazer expressamente para a lei a previsão de uma sistemática para homologar judicialmente as rescisões trabalhistas, conseguiremos a almejada segurança jurídica para esses instrumentos rescisórios, reduzindo, consequentemente, o número de ações trabalhistas e o custo judicial.

Sobre este tema, foram acatadas as Emendas 56, do Deputado Laércio Oliveira (SD/SE), e 545, do Deputado Ronaldo Carletto (PP/BA).

Ainda é preciso depurar os dados, mas as estatísticas demonstram que o número de pedidos de homologação de acordos extrajudiciais cresceu a partir da vigência da Reforma Trabalhista.

Dados divulgados pelo TST registraram que, nos 12 meses anteriores à entrada em vigor da Lei n. 13. 467/2017, 1.742 (mil setecentos e quarenta e dois) acordos trabalhistas extrajudiciais foram processados na Justiça do Trabalho. Um ano depois, foram 33.200 (trinta e três mil e duzentos) acordos, o que significou um salto de 1.804% (mil oitocentos e quatro por cento) (FERNANDES, 2019).

O salto percentual elevado é justificado na medida em que antes da reforma legislativa havia razoável controvérsia acerca da competência da Justiça do Trabalho para homologar acordos entabulados extrajudicialmente, sem



necessidade de ajuizamento de reclamação trabalhista. Tanto que foi necessário inserir a alínea "f", no artigo 652, da CLT.

O verdadeiro desafio do legislador é convencer os magistrados trabalhistas dos benefícios que o processo de jurisdição voluntária pode gerar. Em fevereiro de 2019, o jornal Valor Econômico publicou reportagem em que noticiou que, atualmente, a média de aceitação de acordos extrajudiciais é de aproximadamente 79,8% (setenta e nove virgula oito por cento). Os dados iniciais sugerem otimismo, mas só o tempo dirá.

5. A “desjudicialização” em busca da segurança jurídica: a) termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante os sindicatos

A Lei nº. 13.467/2017 trouxe uma importante inovação visando a prevenção e a solução consensual de conflitos entre empregado e empregador e que, se bem aplicada, pode contribuir no equacionamento aparentemente inconciliável da (i) ampliação do acesso à justiça, (ii) desjudicialização, (iii) segurança jurídica e (iv) pacificação social.

Trata-se do termo de quitação anual previsto no artigo 507-B, da CLT e que tem a seguinte redação:

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas. (BRASIL, CLT, art. 507-B)

O termo de quitação anual tem semelhanças com um procedimento de jurisdição voluntária outrora previsto no artigo 233 da Constituição Federal de



1988 e que tratava de quitação periódica de obrigações trabalhistas de rurícolas, mas que foi revogado pela EC 28/2000 e não chegou a ter análise teórica suficiente.

Consoante a novel previsão legal, patrão e empregado poderão levar ao sindicato profissional um termo anual de quitação de obrigações trabalhistas em que deverão estar discriminadas todas as obrigações de dar e de fazer durante o ano que pretendem declarar como satisfeitas.

O objetivo do legislador federal inserindo a intermediação do sindicato obreiro é emprestar segurança jurídica ao termo extrajudicial. Além de uma função técnica de conferência de valores e de regularidade das obrigações de fazer e de pagar, ao sindicato compete o papel de assegurar a plena liberdade do empregado quanto à anuência do termo de quitação anual, especialmente nos casos em que o contrato de trabalho ainda estiver em curso.

Com a nova missão recebida pela Lei n.º 13.467/2017, os sindicatos podem aproveitar a estrutura pretérita do departamento técnico-jurídico antes existente para a realização das homologações das rescisões contratuais de que tratava o artigo 477, § 1º, da CLT, extinto pela reforma trabalhista, para agora aplicá-la à prestação anual de contas.

A desobrigatoriedade da participação do sindicato profissional na homologação das rescisões contratuais recebeu críticas de parcela significativa da doutrina especializada. Para Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, as mudanças legislativas podem transformar os sindicatos em instituições potencialmente distantes e muitas vezes contrárias aos interesses de seus representados, comprometendo seu papel e prestígio perante a categoria:

Por intermédio da revogação do § 1º do art. 477 da CLT, a Lei n. 13.467/2017 suprimiu a presença do sindicato em momento fundamental da vida do trabalhador: o instante em que firma os documentos relativos à terminação de seu contrato de trabalho. Nesse momento crucial e por meio dessa assistência jurídica, o



sindicato cumpre (ou cumpria) papel de grande relevo na vida profissional de seus representados.

Após suprimir aquele importante papel, a Lei n. 13.467/2017 cria outro, mas voltado à extinção periódica de direitos trabalhistas. Ora, se mal utilizado esse procedimento, o sindicato pode se tornar um temor para os seus representados. (DELGADO e DELGADO, 2017, p. 195)

Por isso há corrente doutrinária entendendo que muitos sindicatos se oporão ao procedimento, muitas vezes por ignorância, por desconfiança, por mau aparelhamento ou simplesmente um veto ideológico (SILVA, 2017, p. 119). Em qualquer das hipóteses, por se tratar de uma faculdade, nada resta ao empregador fazer.

Alguns doutrinadores também entendem que as alterações legais provocarão um incremento no número de ações trabalhistas, pois acreditam que a substituição da participação sindical na homologação judicial da rescisão contratual pelo processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais (prevista nos artigos 855-B e seguintes da CLT) praticamente obrigará todo empregador a ir à Justiça do Trabalho para dar higidez jurídica aos atos de quitação rescisória “[...] já que, nas rescisões contratuais, não há mais nenhuma obrigatoriedade de formalização segura, mediante assistência sindical” (SOUZA JÚNIOR et al, 2018, p. 302-303).

Há várias razões para se discordar do entendimento acima, a começar pelo fato de que o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial trabalhista não veio para substituir a atuação sindical na homologação de rescisões contratuais.

A introdução do instrumento de homologação de acordo extrajudicial veio ampliar as vias de resolução de conflitos de natureza trabalhista, rompendo com uma tradição processual de natureza marcadamente contenciosa, além de evitar simulações de ações litigiosas, ajuizadas unicamente para que as partes pudessem



ter maior segurança jurídica com um título executivo judicial, até porque os termos de rescisões contratuais homologados pelos sindicatos não conferiam essa segurança.

O termo de rescisão contratual homologado com a assistência sindical implicava quitação apenas e tão somente em relação às parcelas e valores nele expressamente consignadas, conforme jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula 330, *verbis*:

Súmula nº 330 do TST

QUITAÇÃO. VALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

A homologação da rescisão contratual junto ao sindicato da categoria profissional nunca conferiu segurança jurídica aos empregadores, com eficácia liberatória ampla e irrestrita, e nem por isso aqueles se viam compelidos a sempre irem ao Poder Judiciário buscar higidez jurídica aos atos de quitação rescisória. Ao contrário, via de regra, as reclamações trabalhistas sempre foram inauguradas pelos trabalhadores.

Os acordos entabulados extrajudicialmente em que o empregado dá plena e ampla quitação e que forem homologados em regular processo de jurisdição voluntária terão eficácia liberatória bem mais ampla que aquela obtida pela homologação da rescisão contratual junto à entidade sindical, na medida em que,



salvo disposição expressa em contrário, alcançará não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho. Querendo restringir e limitar o alcance liberatório da autocomposição extrajudicial submetida a chancela estatal, deverão os interessados o fazer de forma expressa, declinando e especificando as parcelas ressalvadas da quitação.

Embora o processo de jurisdição voluntária trabalhista demande judicialização, como não há conflito e os ritos e prazos estabelecidos pela Lei n.º 13.467/2017 apresentam-se exíguos, a tendência é que haja diminuição do congestionamento⁸⁴ no número de processos que tramitam na Justiça do Trabalho.

Contradizendo a expectativa dos autores que acreditavam no aumento do número de ações trabalhista, em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais, segundo o relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça.

O resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve a produtividade do ano anterior reduzindo 656 mil (BRASIL. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019. p.79) processos no estoque, já que houve redução de 19,9% (BRASIL. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019, p.36) no ingresso de novos casos. A redução dos processos ingressados pode, segundo o relatório (BRASIL. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019, p.79), estar relacionada à reforma trabalhista.

⁸⁴ O Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2018 (p. 62) demonstra que há abarrotamento de processos, com mais de 05 milhões pendentes de julgamento em todas as instâncias, considerando a superior, o Tribunal Superior do Trabalho, somadas as novas ações ajuizadas àquelas pendentes de anos anteriores. Os jurisdicionados trabalhistas têm experimentado, por vezes, uma jornada marcada por longas pautas de audiências, atrasos constantes e execuções infrutíferas. Segundo o mesmo Relatório Geral da Justiça do Trabalho (2018, p. 97), o tempo médio entre o ajuizamento de uma ação e o seu encerramento demonstra que, no TST, esse prazo foi de 1 ano, 7 meses e 1 dia; nos Tribunais Regionais do Trabalho, 9 meses e 22 dias; e, nas Varas do Trabalho, 8 meses e 24 dias na fase de conhecimento e 3 anos, 6 meses e 13 dias na fase de execução.



Voltando ao termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, a homologação sindical gerará eficácia liberatória restrita às parcelas e demais obrigações nele expressamente discriminadas, por força do que determina o parágrafo único, do artigo 507-B, da CLT: “Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas”.

A lei prevê que empregados e empregadores poderão firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante o sindicato dos empregados da categoria, ‘na vigência ou não do contrato de emprego’. A possibilidade legal levou à indagação sobre a possibilidade ou não de utilização do instrumento para a quitação de verbas rescisórias, tal qual acontecia quando vigente o § 1º, do artigo 477, da CLT.

Antonio Umberto de Souza Júnior; Fabiano Coelho de Souza; Ney Maranhão; e Platon Teixeira de Azevedo Neto entendem que não. Para os autores o termo de quitação anual não tem essa finalidade porque: (i) a periodicidade fixa mostra-se incompatível com tal propósito; (ii) o procedimento de homologação de acordo extrajudicial previsto nos artigos 855-B e 855-C, da CLT, foi criado para a rescisão contratual, não havendo lógica a criação de dois institutos com as mesmas finalidades; e (iii) com a abolição dos procedimentos de homologação rescisória que previam os §§ 1º, 3º e 7º, do artigo 477, da CLT, a interpretação sistemática da Lei n.º 13.467/2017 repele tal compreensão. (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018, p. 303)

A interpretação feita pelos renomados juristas não nos parece a mais acertada. Importante repisar que o instituto de jurisdição voluntária trabalhista não foi criado com o objetivo de substituir os sindicatos na homologação de rescisões



contratuais. A instauração do processo de homologação judicial de acordo extrajudicial pode ser feita, diga-se, ainda com o contrato de trabalho em vigor.

Desarrazoado supor que o legislador exigirá das partes dois procedimentos distintos e com o mesmo objetivo, quando encerrado o contrato de trabalho: comparecer ao sindicato para dar quitação do último ano da relação empregatícia e, ao mesmo tempo, buscar junto à Justiça do Trabalho a homologação das verbas rescisórias, ainda mais quando se considerar todas as exigências que tal procedimento impõe, como por exemplo a constituição de advogados distintos.

a) termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante os sindicatos.

Outro aspecto que merece ser analisado diz com as lacunas deixadas pelo legislador na regulação do procedimento e, em razão disso, a possibilidade de disciplina pela via negocial coletiva

Antonio Umberto de Souza Júnior; Fabiano Coelho de Souza; Ney Maranhão; e Platon Teixeira de Azevedo Neto ainda criticam o texto do artigo 507-B, da CLT, pela falta de cuidado e disciplina sobre diversas questões, sugerindo as soluções com embasamento nos artigos 8º e 9º, da CLT.

- a) não informa o possível prazo decadencial para apresentação do referido termo ao sindicato profissional;
- b) não informa o caráter oneroso ou gratuito da assistência sindical;
- c) não estabelece nenhum prazo para a homologação sindical do termo liberatório;
- d) não prevê expressamente a possibilidade de recusa de homologação pelo sindicato ou aposição de ressalvas neutralizadoras da quitação perseguida com a celebração do aludido instrumento;
- e) não previne com indicação de alguma medida, inclusive punitiva, nas hipóteses de pressões para obtenção de quitação insincera de obrigações, valendo-se o empregador da confortável condição de que desfruta na relação verticalizada que é o contrato



de trabalho. (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018, p. 302)

a) prazo decadencial: sendo um procedimento facultativo e de periodicidade máxima anual, o termo de quitação deve ser apresentado para o exame e homologação sindical dentro do ano subsequente a que se refiram as obrigações;

b) onerosidade ou gratuidade: sendo a norma de alcance potencialmente universal (em tese, todo contrato de média ou longa duração poderá ter, anualmente, um termo de quitação obrigacional), dever-se-ia aplicar, em princípio, a gratuidade como apontava o § 7º do art. 477 da CLT, atualmente revogado pela abolição da assistência rescisória sindical. Porém, com o fim das receitas sindicais compulsórias (abolição da contribuição sindical obrigatória), os sindicatos deverão buscar outras receitas e é razoável vaticinar que se instituem taxas para esse tipo de serviço, porém, em qualquer caso, nenhuma cobrança deverá recair sobre o empregado, seja por sua hipossuficiência econômica habitual, seja pela preponderância de interesses patronais para realização de tais quitações periódicas;

c) prazo para homologação sindical: silente a lei, é de se aplicar analogicamente o prazo de 10 dias previsto para a tentativa de solução consensual no âmbito das comissões de conciliação prévia (CLT, art. 625-F). Todavia, a depender da complexidade ou volume de cálculos ou documentos trazidos com o termo de quitação, poderá o sindicato assistente indicar um prazo mais dilatado para sua resposta;

d) recusas e ressalvas no termo de quitação: tal qual ocorria no regime jurídico anterior de homologação rescisória sindical extrajudicial (CLT, art. 477, §§ 1º e 2º), a solenidade legal exigente da presença do sindicato priva o ato de qualquer eficácia sem a chancela de tal entidade. E, atuando o sindicato profissional no resguardo de direitos dos integrantes da respectiva categoria profissional, cabe-lhe prestar a assistência seja para homologar incondicionalmente, seja para homologar mediante ressalva expressa, ou seja, recusando a homologação. Afinal, deve imperar aqui o senso de extrema prudência do sindicato assistente, pois uma resposta negligente poderá acarretar grandes prejuízos ao empregado assistido;

e) medidas de salvaguarda, inclusive penalidades: afora o controle sindical, seja em tutela de urgência inibitória, seja em tutela jurisdicional clássica (para invalidação ou reparação de prejuízos pela obtenção viciada da quitação), não é possível estender sanções reservadas para outras hipóteses pela impossibilidade de adoção da analogia em matéria de sanções.



(SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018, p. 304)

Homero Mateus da Silva comunga do mesmo entendimento em relação à possibilidade de o sindicato fixar cobrança de um montante para a realização do serviço de verificação das obrigações trabalhistas de dar e fazer cumpridas mensalmente e submetidas à sua homologação, considerando que o artigo 507-B nada dispõe sobre a gratuidade ou onerosidade da prestação de contas. (SILVA, 2017, p. 120)

Todas as lacunas deixadas pelo legislador federal no artigo 507, da CLT, poderão ser preenchidas pelos próprios atores da relação capital-trabalho, através dos instrumentos constitucionalmente previstos para essa finalidade, quais sejam, os acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho.

c) transações extrajudiciais homologadas judicialmente.

Com a Lei nº. 13.467/2017, denominada 'reforma trabalhista', passou-se expressamente a prever vias extrajudiciais de resolução de disputas individuais, dentre elas a conciliação e a mediação, compreendidas no novo Capítulo III-A do Título X, da CLT, formado pelos artigos 855-B até 855-E.

Trata-se do novo processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais na seara da Justiça do trabalho, rompendo com uma tradição processual trabalhista de natureza marcadamente contenciosa. A própria CLT utiliza (e sempre utilizou) de expressões como 'dissídios individuais' e 'dissídios coletivos' transmitindo a ideia de ausência de consenso.

A nova sistemática processual trabalhista em muito se assemelha à Lei 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – que prevê norma possibilitando a homologação judicial de acordo extrajudicial, criando assim um



procedimento especial de jurisdição voluntária, sem que haja necessidade de processo contencioso algum.

O novo processo de jurisdição voluntária trabalhista igualmente se equipara com a 'homologação de autocomposição extrajudicial', também de jurisdição voluntária, prevista no art. 725, inciso VIII, do CPC/2015⁸⁵. A doutrina processual civilista defende que a introdução do novel instrumento de homologação de acordo extrajudicial teve como objetivo evitar simulações de ações litigiosas, ajuizadas unicamente para que as partes pudessem ter maior segurança jurídica com um título executivo judicial.

No mundo do trabalho a situação não era diferente; também era comum a existência de lides simuladas, batizadas no jargão jurídico de 'casadinhas', em que reclamações trabalhistas eram ajuizadas, com superveniente apresentação de acordos, normalmente na primeira audiência (ou até antes), para que a homologação judicial trouxesse segurança jurídica às partes.

A segurança jurídica do autor está na garantia de um título executivo judicial, usualmente acompanhado de cláusula prevendo pesadas multas por inadimplemento, e ao demandado na garantia da quitação ampla sobre as discussões da relação de trabalho.

Com o novo instrumento processual trabalhista não haverá mais necessidade de simulação de reclamações trabalhistas, podendo os sujeitos da relação capital-trabalho entabularem acordos extrajudiciais e os apresentarem para chancela judicial.

A 'jurisdição'⁸⁶ é dividida em duas espécies, a 'contenciosa' e a 'voluntária'. A primeira, na descrição de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 117), corresponde

⁸⁵ Art. 725. Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: [...]. VIII - homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor.

⁸⁶ Júlio César Bebbber conceitua a jurisdição “[...] como a atividade, o poder e o dever estatal, exercidos por órgãos independente e imparcial em todo o território nacional, com eficácia vinculativa plena, destinada
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



àquela propriamente dita, isto é, à função jurisdicional estatal de solução dos conflitos de interesse, objetivando a pacificação social. A jurisdição voluntária é aquela em que não há (ou já não mais há) conflito de interesses, mas que para que o efeito jurídico pretendido pelas partes interessadas seja obtido se faz necessária a intervenção judicial do Estado.

A jurisdição voluntária decorre de imposição do legislador, seja em razão das características do objeto transacionado, seja em razão das partes pertencentes à relação processual, conforme leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2016a, p. 39), o que justifica a intervenção do Poder Judiciário.

A natureza jurídica da jurisdição voluntária é controvertida na doutrina. Para a teoria clássica ou administrativista não se trata de espécie de jurisdição, mas de administração pública de interesses privados realizada pelo Estado-Juiz.

Élisson Miessa (2018, p. 231) ensina que para os defensores dessa corrente doutrinária (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 119) a jurisdição voluntária não pode ser considerada atividade jurisdicional por não possuir características como: lide, substitutividade e partes. Seguindo essa linha de entendimento, não haveria ação ou processo, mas requerimento e procedimento. Da mesma maneira, não se poderia falar em coisa julgada, mas sim em preclusão.

Para sustentar referido entendimento, os adeptos da teoria clássica argumentam que o Capítulo XV do Título III, do CPC/2015 e que aborda as hipóteses de jurisdição voluntária foi denominado como “DOS PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA”, de modo a demonstrar que escolha do legislador foi pela terminologia de ‘procedimento’, e não de ‘processo’, assim como de ‘interessados’, e não de ‘partes’. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 121)

a: - solucionar os conflitos de interesse mediante a declaração e/ou a realização forçada do direito; - tutelar interesses particulares”. (2017, p. 263)



A doutrina contraposta é aquela que enquadra a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional. Trata-se da teoria revisionista ou jurisdicionalista e que entende que características essenciais à jurisdição estão presentes na jurisdição voluntária, como a lide; o julgamento por juízes investidos nessa função; a imparcialidade do julgador; a existência de pressupostos processuais; a constituição de uma ação de jurisdição voluntária; a presença de partes; e a formação de coisa julgada.⁸⁷

Apesar de não haver lide no contexto de pretensão resistida, há uma insatisfação das partes que a lei condiciona sua obtenção com os efeitos jurídicos desejados à intervenção do Poder Judiciário. Segundo Fredie Didier Jr (2016, p. 193), o que se tem na jurisdição voluntária não é a ausência de lide, mas a sua não exigência como pressuposto da ação.

A jurisdição voluntária também é realizada por juízes togados e imparciais, tal qual ocorre na jurisdição contenciosa, ressalvado a circunstância de que o magistrado atuará na defesa dos interesses dos particulares, e não no interesse da Administração Pública ou da coletividade, conforme adverte Didier Jr. (2016, p. 194)

Na visão do mesmo autor (2016, p. 194), ainda que se entenda pela natureza administrativa da jurisdição voluntária, isso não exclui a existência de um processo propriamente dito, em que se faz necessária a observância de todos os pressupostos processuais.

Prossegue renomado processualista que na jurisdição voluntária não se deve pensar na acepção substancial do termo 'partes', mas no seu conceito processual. Não há necessidade de conflito ou contraposição processual para que os sujeitos sejam considerados partes, bastando que participem da relação jurídica processual.

⁸⁷ São adeptos dessa corrente Fredie Didier Jr (2016, p. 193) e Araken de Assis (2015, p. 579).
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



A teoria revisionista ou jurisdicionalista, por enquadrar a jurisdição voluntária como verdadeira jurisdição, entende, por consequência lógica e jurídica, que a decisão judicial proferida forma coisa julgada material.

O professor Élisson Miessa, citando Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES *apud* MIESSA, 2018, p. 232), explica que na jurisdição voluntária a inquisitorialidade possui maior carga do que na contenciosa, já que há situações em que o próprio juiz pode, de ofício, dar início a um processo. Por pertinentes, as lições do autor:

Além disso, o juiz possui maiores poderes instrutórios, podendo produzir provas mesmo contra a vontade de ambas as partes. Diferentemente da jurisdição contenciosa, o juiz ainda pode decidir contra a vontade de ambas as partes da relação jurídica, quando, por exemplo, não homologa o acordo extrajudicial apresentado pelas partes.

A inquisitorialidade do juízo na jurisdição voluntária permite que a decisão seja proferida com base no juízo de equidade, nos termos do art. 723, parágrafo único, do CPC/15:

[...].

A partir desse dispositivo, entende-se que na jurisdição voluntária o julgador possui maior discricionariedade, uma vez que não está adstrito à literalidade das normas jurídicas.

De qualquer maneira, o fato de a decisão não se guiar pela legalidade estrita não afasta o dever de fundamentação pelo juiz; ao contrário, reforça a previsão do art. 489, § 1º, do CPC/15, exigindo a apresentação das justificativas que levaram à não aplicação do texto legal.

Interessante registrar que a jurisdição voluntária não é inédita no processo do trabalho. Até o advento da EC 28/2000, que o revogou, vigia o art. 233 da CF/1988⁸⁸ que previa a jurisdição voluntária para os trabalhadores rurais, com créditos à época imprescritíveis.

⁸⁸ CF, art. 233. Para efeito do art. 7º, XXIX, o empregador rural comprovará, de cinco em cinco anos, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o empregado rural, na presença deste e de seu representante sindical. § 1º Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações mencionadas neste artigo, fica o empregador isento de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo. Caso o empregado e seu representante não concordem com a comprovação do empregador, caberá à Justiça do Trabalho a solução da controvérsia. § 2º Fica ressalvado ao empregado, Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



Agora, depois de quase duas décadas, a Lei n.º 13.467/2017 traz de volta ao processo do trabalho a jurisdição voluntária, ditando as condições, pressupostos e procedimentos para a homologação de acordos entabulados em mediações e/ou conciliações extrajudiciais.

Diferentes visões sobre um mesmo fato ou fenômeno são inerentes à natureza humana e com a introdução do processo de homologação de acordo extrajudicial na seara trabalhista não foi diferente. O novo instituto processual foi visto com bons olhos por muitos operadores do direito, mas com ressalvas, críticas e preocupações por tantos outros.

A aflição e desassossego em relação ao novo procedimento especial inserido à CLT residem no fato de a composição não ser intermediada, acompanhada ou assistida por um juiz do trabalho, em razão da assimetria de forças que normalmente existe entre os dois polos da relação de trabalho.

O direito laboral tem como pilares de sustentação princípios de natureza material e processual, como o da proteção, da irrenunciabilidade de direitos, indisponibilidade, inalterabilidade contratual lesiva e o *in dubio pro operario*, por exemplo, que não permitiriam uma composição feita sem a presença e vigilância do Poder Estatal.

A resistência às vias extrajudiciais de resolução de conflitos trabalhistas é indubitavelmente percebida quando o Conselho Superior da Justiça do Trabalho declaradamente afasta a aplicabilidade da Arbitragem (Leis 9.307/1996), do Novo Código de Processo Civil (13.105/2015) e da Lei Geral da Mediação (13.140/2015) em sua Resolução n.º 174 (art. 7º, § 6º).

As críticas são feitas sob várias roupagens, desde ataques à constitucionalidade da Lei n.º 13.467/2017 em geral, às preocupações de utilização

em qualquer hipótese, o direito de postular, judicialmente, os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos. § 3º A comprovação mencionada neste artigo poderá ser feita em prazo inferior a cinco anos, a critério do empregador.



do processo de jurisdição voluntária para fraudar direitos trabalhistas, até mesmo de excessos que historicamente já são praticados em acordos celebrados no curso de processos judiciais e que seriam potencialmente alargados com a autocomposição extrajudicial.

Com relação a esta última, Francesco Cernelutti (2000, p. 54) já advertia que “Infelizmente, a experiência tem mostrado, sem embargo, que não poucas vezes [a autocomposição] se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes”.

A militância na Justiça do Trabalho de fato demonstra que não são raros os casos em que as tentativas de conciliação presididas por magistrados centram-se em valores, no custo-benefício de se encerrar o processo em acordos, comumente sob o argumento do alto grau de congestionamento do Poder Judiciário e da longa duração das marchas processuais, sequer adentrando no mérito dos direitos que estão sendo postulados.

A realidade nem sempre espelha a teoria e, com isso, esvazia o argumento de que os direitos trabalhistas somente estariam assegurados quando se faz presente um juiz do trabalho.

As principais críticas, porém, não gravitam em torno da constitucionalidade ou não da reforma, tampouco do receio de utilização do novo procedimento especial como instrumento para se fazer número, estatística, mas, sim, para desvirtuamento do processo de jurisdição voluntária para burlar a legislação trabalhista, sonogando direitos dos trabalhadores.

De novo a ‘casadinha’⁸⁹. Doutrinadores renomados, como Homero Mateus da Silva (2017, p. 189), enxergam semelhanças entre a famigerada casadinha e o

⁸⁹ “Somadas às rotineiras lides simuladas, não podemos nos esquecer de que o legislador revogou os §§ 1º, 3º e 7º do art. 477 da CLT, eliminando a necessidade de assistência sindical no momento da rescisão do contrato. Disso resulta que, se mal aplicada a norma em comento, a Justiça do Trabalho consistirá em mero
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



novo processo de homologação de acordo extrajudicial, entendendo este último como ferramenta capaz de acabar com 100% dos processos trabalhistas, se utilizado de má-fé. Por oportuna, vale a transcrição da compreensão do autor:

Por essas razões, não deixa de ser surpreendente que o legislador de 2017 tenha inserido, nos arts. 855-B e seguintes da CLT, uma figura muito similar à casadinha, oficializando a possibilidade de acordo extrajudicial, firmado por ambas as partes, para ser levado à homologação judicial. Muito embora revistada de algum verniz jurídico, como o fato de chamar o procedimento de jurisdição voluntária (aquela administração pública de interesses privados que aprendíamos na faculdade), o fato é que o acordo extrajudicial, se alargado ou se deturpado, pode acabar com 100% dos processos trabalhistas. Ninguém duvide do poder de persuasão que o empregador exercerá, durante o contrato de trabalho ou ao seu término, por ocasião do pagamento das verbas rescisórias, para influenciar o empregado a aceitar que a homologação rescisória ocorra via 'acordo extrajudicial. [...]'. Esperando não ferir nenhuma sensibilidade, o fato é que assistimos, candidamente, à oficialização da Justiça do Trabalho como órgão homologador das verbas rescisórias, *capitis diminutio* que parece agradar a vastos seguimentos da sociedade.

Estudiosos outros, como Petrônio Calmon (2015, p. 72), veem com mais parcimônia a figura da casadinha. Para essa parcela da doutrina a casadinha é vista como a alternativa jurídica encontrada pelas partes para dar segurança jurídica a acordos entabulados extrajudicialmente, na ausência de previsão legal de processos de jurisdição voluntária, tal qual o previsto nos art. 855-B e seguintes, da CLT.

A linha de raciocínio para 'justificar' a casadinha é de que os acordos celebrados no âmbito estritamente privado teriam pouca eficácia, já que nem sempre seriam cumpridos e, nesta hipótese, como a parte prejudicada não disporia de um título executivo, teria que ir a juízo, mediante ação judicial para obtenção de declaração de seu direito e posterior execução. Estas situações desestimulariam as autocomposições extrajudiciais.

órgão homologador das rescisões dos contratos de trabalho, desvirtuando de seus preceitos constitucionais e de sua principal função: julgar". (MIESSA, 2018, p. 233)
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



A segunda corrente parece ter encontrado eco na jurisprudência, na medida em que, embora questionável e censurável, a casadinha, por si só, não é causa de rescindibilidade da sentença homologatória do acordo obtido em lide simulada.

Para que seja passível de rescisão é necessário que a transação judicial obtida por intermédio de litígio simulado tenha sido engendrada com o propósito manifesto de: (i) fraudar a lei; (ii) prejudicar terceiros; ou (iii) que tenha havido vício de consentimento.

Este é, precisamente, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e que está sedimentado em dois de seus verbetes sumulares, as Orientações Jurisprudenciais de números 94 e 154, da SBDI.2, *verbis*:

94. AÇÃO RESCISÓRIA. COLUSÃO. FRAUDE À LEI. RECLAMATÓRIA SIMULADA EXTINTA (inserida em 27.09.2002) A decisão ou acordo judicial subjacente à reclamação trabalhista, cuja tramitação deixa nítida a simulação do litígio para fraudar a lei e prejudicar terceiros, enseja ação rescisória, com lastro em colusão. No juízo rescisório, o processo simulado deve ser extinto.

154. AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO PRÉVIO AO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO. QUITAÇÃO GERAL. LIDE SIMULADA. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO APENAS SE VERIFICADA A EXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010) A sentença homologatória de acordo prévio ao ajuizamento de reclamação trabalhista, no qual foi conferida quitação geral do extinto contrato, sujeita-se ao corte rescisório tão somente se verificada a existência de fraude ou vício de consentimento.

A experiência de reclamações trabalhistas ajuizadas quando já havia prévio acordo entabulado entre as partes não é, sem embargos outros, motivo de receio e ataque à nova sistemática processual de homologação de acordos extrajudiciais trazida com a reforma trabalhista. Havendo fraude, intento de prejudicar terceiros ou vício de consentimento, os acordos homologados estarão sujeitos à anulação (Art. 966, § 4º, do CPC) e as partes acordantes às penas da lei.



Ponto outro importante e que merece ênfase está no fato de que o juiz não possuirá mera função administrativa no processo de homologação de acordos extrajudiciais, figurando como homologador de toda e qualquer proposta conciliatória que lhe é apresentada. Sempre caberá ao juiz avaliar a juridicidade e eticidade do pedido que lhe é dirigido, conforme vaticinam Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto. (2018, p. 518)

Os mesmos autores apresentam uma visão otimista em relação ao novel instituto processual trabalhista, aduzindo que:

Evidentemente, nos casos de boa-fé, a nova modalidade de ação permitirá ao empregado não ficar na promessa de pagamento futuro da dívida trabalhista que seu ex-empregador não esteja em condições de saldar imediatamente, mas receber logo o que for possível, inclusive a baixa em sua CTPS e os documentos comprobatórios da comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes, para os fins de direito (CLT, art. 477, §§ 6º e 10º), e ter em mãos um título executivo judicial que lhe poupará da demora e dos transtornos de qualquer ação de conhecimento.

Deve-se enxergar o novo instrumento processual trabalhista de forma propositiva, já que a conciliação é importante instrumento de resolução de conflitos, constituindo-se como mais um desdobramento do princípio do acesso à Justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF/1988.

O juiz não é necessariamente o interlocutor mais adequado para conduzir uma tratativa de conciliação, até porque é preciso preservar a independência do mediador ou do conciliador.

A Lei Geral da Mediação, 13.140/2015, em seu art. 2º, dispõe expressamente que dentre os princípios da mediação estão a 'autonomia da vontade das partes' (inciso V) e a 'confidencialidade' (inciso VII). A negociação intermediada pelo juiz pode se mostrar contraditória a esses princípios, já que o mediador não foi



escolhido pelas partes e o sigilo das informações comprometido, caso a solução do conflito venha a ser feita por sentença.

O acesso a informações sigilosas das partes, durante o processo de mediação, pode reverberar inclusive em outro princípio, o da 'imparcialidade do mediador' (inciso I, art. 2º), caso este venha a ter que sentenciar na hipótese de as partes não chegarem ao consenso.

Leonardo Greco (2015, p. 23-24) defende o entendimento segundo o qual as tratativas de conciliação deveriam ser conduzidas paralelamente ao andamento do processo judicial. Com isso, garantir-se-ia a imparcialidade do juiz, preservar-se-ia os princípios da mediação e conciliação, além de não retardar a marcha processual.

É importante que o mediador ou conciliador desfrute da confiança das partes, não bastando ter autoridade e conhecimentos técnicos-jurídicos. É salutar dominar técnicas de negociação de modo a incentivar as partes ao diálogo e à construção da solução do litígio.

Daí resulta a conciliação extrajudicial como alternativa para a ampliação do direito de acesso à Justiça, já que as audiências judiciais não são necessariamente os ambientes mais adequados para a negociação.

Alcançada extrajudicialmente a composição, intermediada por terceiro imparcial, treinado e eleito pelas partes, em ambiente propício, o acordo é posteriormente submetido a chancela judicial, trazendo segurança jurídica à avença.

Ainda há um aspecto processual interessante, ligado à competência funcional e territorial para homologação do acordo extrajudicial trabalhista.

Para dar aplicabilidade à inovação legislativa regulada pelos artigos 855-B a 855-E, da CLT, foi necessário inserir a alínea "f" no artigo 652, do mesmo diploma legal, oportunidade em que se atualizou seu *caput*.



Art. 652 - Compete às Varas do Trabalho:

[...].

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Juristas como Júlio César Bebbber (2017, p. 264) entendem que não há nada de inovador na inserção da homologação de acordo entabulado extrajudicialmente entre as competências das Varas do Trabalho. O fundamento é de que se essas são competentes para processar e julgar originariamente as demandas trabalhistas em sentido estrito, também o são para homologar os acordos firmados pelos mesmos sujeitos que figurariam na demanda evitada.

Ao contrário do entendimento acima, a ampliação das competências das Varas do Trabalho foi necessária porque a jurisprudência dos tribunais trabalhistas firmou-se no sentido de a Justiça do Trabalho ser, até o advento da Lei n.º 13.467/2017, incompetente para homologar acordos celebrados extrajudicialmente.

Nesse sentido, o ilustrativo precedente da Corte Superior Trabalhista:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL 1. Não compete à Justiça do Trabalho homologar acordo extrajudicial firmado entre empregado e empregador, haja vista a ausência de previsão legal. Precedentes do TST. 2. Agravo de instrumento da Reclamada de que se conhece e a que se nega provimento (AIRR-1542-77.2012.5.04.0234, 4ª Turma, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, DEJT 07/10/2016).

No que toca à competência territorial, esta é definida pelo artigo 651, da CLT, que não sofreu alterações com a inclusão do processo de homologação de acordo extrajudicial:

Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou



reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

A competência territorial é relativa e tem como regra a impossibilidade de ser conhecida de ofício, sendo dependente de provocação do réu, mediante apresentação de exceção de incompetência. O Tribunal Superior do Trabalho tem jurisprudência consolidada nesse sentido (OJ 149-SBDI.2/TST⁹⁰).

É igualmente remansosa a jurisprudência trabalhista no sentido de que o foro de eleição não é aplicado ao processo do trabalho⁹¹, considerando a

⁹⁰ 149. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. HIPÓTESE DO ART. 651, § 3º, DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008)

Não cabe declaração de ofício de incompetência territorial no caso do uso, pelo trabalhador, da faculdade prevista no art. 651, § 3º, da CLT. Nessa hipótese, resolve-se o conflito pelo reconhecimento da competência do juízo do local onde a ação foi proposta.

⁹¹ "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL. VENDEDOR VIAJANTE. ART. 651, §1º, DA CLT. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO DO EMPREGADOR NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS . FORO DE ELEIÇÃO. INEXISTÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO. No caso, o Juiz da Vara do Trabalho de Jataí/GO acolheu, em audiência, a arguição de incompetência em razão do lugar levantada pela reclamada, remetendo os autos ao foro convencionado pelas partes para a apreciação e solução da demanda, que se identifica com a sede da empresa. Por sua vez, o Juiz da Vara do Trabalho de Paracatu/MG, para onde o feito foi enviado, suscitou o conflito, por entender que o reclamante residiria no local do ajuizamento da ação, que coincidiria com o da prestação de serviços, a qual teria se dado na área do mesmo Município e não seria possível a eleição de foro na Justiça do Trabalho. É certo que a competência territorial é relativa, admitindo até mesmo prorrogação. Ademais, as normas sobre competência territorial visam facilitar o acesso do trabalhador à Justiça, não há foro de eleição no processo do trabalho e, na hipótese, a ação foi proposta no local da residência do autor. A melhor exegese que se extrai do art. 651, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, por ser mais benéfica ao obreiro, é no sentido de que a competência para processo e julgamento de reclamação trabalhista de trabalhador viajante de empresa que não tem agência ou filial no local da prestação dos serviços é da vara da localidade do domicílio do empregado. Destarte, levando-se em consideração que o

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



desigualdade inerente às relações capital-trabalho. A Instrução Normativa n.º 39/2016 (art. 2º, I⁹²) do Tribunal Superior do Trabalho é expressa nesse sentido, afastando a aplicação subsidiária do artigo 63, do CPC.⁹³

Com a chegada do processo de homologação de acordo extrajudicial a regra de a competência territorial depender de provocação do demandado, não sendo passível de ser conhecida de ofício pelo juiz, deve sofrer alteração.

Como o artigo 855-B, da CLT, determina que o processo de jurisdição voluntária deve ser inaugurado por petição conjunta, por óbvio que não haverá cabimento para arguição de exceção de incompetência. Haverá, ainda que de forma implícita, eleição de foro pelas partes.

Tendo em vista as peculiaridades do processo de homologação de acordo extrajudicial, há quem defenda que, entendendo o juiz, dentro dos princípios que regem o direito do trabalho, que houve abusividade na eleição do foro, poderá declarar de ofício a sua incompetência territorial, remetendo os autos ao juízo natural e territorialmente competente.

Esta compreensão está estampada no Enunciado n.º 125 da 2ª Jornada de direito material e processual do trabalho:

PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. HOMOLOGAÇÃO DE
ACORDO EXTRAJUDICIAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

obreiro prestava serviços “em Jataí e região” o juízo daquela comarca é competente para apreciação da demanda, posto que ali também o obreiro mantinha domicílio. Conflito negativo de competência julgado procedente para declarar que a competência para apreciar e julgar a reclamação trabalhista é da Vara do Trabalho de Jataí/GO, para onde deverão ser remetidos os autos” (CC-1952366-71.2008.5.00.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 12/12/2008).

⁹² Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: I - art. 63 (modificação da competência territorial e eleição de foro);

⁹³ Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. § 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. § 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.



I – A competência territorial do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial segue a sistemática do art. 651 da CLT.

II – Aplica-se analogicamente o art. 63, § 3o, do CPC, permitindo que o juiz repute ineficaz de ofício a eleição de foro diferente do estabelecido no art. 651 da CLT, remetendo os autos para o juízo natural e territorialmente competente.

Muito embora o texto formal do artigo 651 da CLT não tenha sofrido alteração com a Lei n.º 13.467/2017, a sua interpretação tende a mudar, com presumida revisão dos entendimentos consolidados na OJ 149-SBDI.2/TST e IN 39/2016.

A propósito da amplitude do processo de jurisdição voluntária, sustentamos que a possibilidade de sua adoção alcança as relações de trabalho em geral, e não apenas as relações de emprego.

A análise dos dispositivos que disciplinam o processo de homologação de acordo extrajudicial levam ao entendimento segundo o qual a nova via resolutiva de conflitos individuais trabalhistas não se restringe a relações empregatícias, até porque a parte final do art. 652, da CLT, é expressa em atribuir competência às Varas do Trabalho para decidirem quanto à homologação de transações extrajudiciais “[...] em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

Renomados estudiosos endossam essa compreensão, como Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, anotando que

[...] que nada impede o uso desse novel ‘processo’ de homologação de acordo extrajudicial em causas não relacionadas a contratos de emprego. Trata-se, em verdade, segundo pensamos, de instrumento democraticamente disponível a todo e qualquer trabalhador ou tomador de serviço cuja relação contratual, embora não empregatícia, esteja sujeita à competência material da Justiça do Trabalho (CF, art. 114). (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2018, p. 521)



Considerando que todo o arcabouço normativo contemporâneo está convergindo para o prestígio à solução consensual dos conflitos, sendo certo que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Parquet (CPC, art. 3º, §§ 2º e 3º), seria ilógico, antidemocrático e desarrazoado limitar a aplicação da inovação legislativa a relações estritamente empregatícias.

6. Riscos econômicos no acesso à Justiça: princípio da sucumbência e honorários advocatícios e periciais, custas processuais para beneficiários da gratuidade da justiça

Uma das causas que a Lei 13.467/2017 procurou combater foi a denominada litigiosidade endêmica ou excessiva, responsável por promover o crescimento exponencial do volume de ações trabalhistas ano a ano, com diversos impactos negativos na capacidade do sistema judicial de responder em tempo razoável aos reclamos sociais.

O relatório apresentado pelo Relator da Reforma, Deputado Rogério Marinho, assim descreveu esse fenômeno:

Um dos problemas relacionados ao excesso de demandas na Justiça do Trabalho é a falta de onerosidade para se ingressar com uma ação, com a ausência da sucumbência e o grande número de pedidos de justiça gratuita. Essa litigância sem risco acaba por estimular o ajuizamento de ação trabalhista. (...) Segundo Valentin Carrion, em seus Comentários à CLT, esse dispositivo “coloca o juiz entre dois princípios: não obstaculizar a pretensão do reclamante, de um lado, e, de outro, não sucumbir ao abuso dos que pedem caprichosamente, sem se importar com o prejuízo alheio”. De fato, é superlativo o número de ações em que a parte requer a realização de perícia sem fundamento, apenas por que não decorrerá, para ela, quaisquer ônus. No entanto o perito que realizou a perícia não fica sem seus honorários, o que implica dizer que alguém a custeará. O fato é que, hoje, a União custeia, a título



de honorários periciais, valores entre dez a vinte milhões de reais por ano, para cada um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, somente em relação a demandas julgadas improcedentes, ou seja, demandas em que se pleiteou o que não era devido. Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente. (...) Cabe ressaltar que o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. Assim, a modificação sugerida não desampará o trabalhador cuja reclamação esteja fundamentada. Além de contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário, que não mais terá que arcar com os honorários periciais. (...) A inclusão do art. 791-A na CLT tem por objeto disciplinar o pagamento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. O entendimento corrente no TST é o de que não são admissíveis os honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, nos termos da Súmula nº 219, em face do *jus postulandi*, ou seja, o direito de as partes ajuizarem reclamação sem a assistência de advogado. A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias. A entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária. Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho. Além disso, o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna-se com o princípio da boa-fé processual e tira o processo do trabalho da sua ultrapassada posição administrativista, para aproximá-lo dos demais ramos processuais, onde vigora a teoria clássica da causalidade, segundo a qual quem é sucumbente deu causa ao processo indevidamente e deve arcar com os custos de tal conduta.⁹⁴

⁹⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em 15 abril 2018.



A sociedade brasileira vem acompanhando com grande interesse o amplo debate que se instalou no Brasil em torno da denominada Reforma Trabalhista. Marcado por elevado colorido político-ideológico, o processo de revisão da legislação trabalhista mobilizou todos os segmentos que se articulam em torno das relações entre o capital e o trabalho, entre os quais se destacaram as entidades de classe da magistratura e do Ministério Público, as associações de advogados e as entidades sindicais que congregam trabalhadores e empresários. Entre a defesa do sistema secular inscrito na Consolidação das Leis do Trabalho, que recebeu ajustes pontuais ao longo do tempo, e a mudança significativa das bases desse sistema, no âmbito das relações individuais e coletivas de trabalho, as posições antagônicas então sustentadas bem demonstraram a relevância que o tema oferece, sob as perspectivas econômica, social, jurídica e política.

Afinal, se o direito do trabalho surgiu como forma de correção das iniquidades observadas no alvorecer do capitalismo moderno, buscando preservar conteúdos éticos mínimos em relações jurídicas marcadas por profunda assimetria entre os sujeitos contratantes, nada mais natural que a disputa em torno dos conteúdos desse sistema sempre estivesse amparada em contundentes e fortes argumentos: os trabalhadores, em busca da consagração de novas vantagens em instantes de expansão da atividade econômica e de preservação de direitos em momentos de retração; os empregadores, visando à redução ou flexibilização desses direitos, adequados que deveriam ser às realidades e possibilidades próprias a cada segmento econômico, além da ampliação do espaço de negociação individual e coletiva dos próprios conteúdos dos contratos de trabalho, afastando-se, na máxima medida possível, a intervenção estatal.

No universo recente das relações de trabalho no Brasil, algumas características eram marcantes e devem ser realçadas: elevada taxa de



desemprego, girando em torno de 12% ao tempo da tramitação da proposição legislativa que resultou na Lei 13.467/2017; alto índice de informalidade (40%), com exclusão de expressivo contingente de trabalhadores do sistema previdenciário; elevada taxa de rotatividade da mão de obra, embora com níveis diferenciados nos vários setores da economia; baixo nível dos salários (pesquisa divulgada recentemente pelo IBGE, em novembro/2017, revela que metade dos trabalhadores brasileiros, subordinados e autônomos, possuem renda inferior a 15% do salário mínimo); expressivo e crescente volume de ações trabalhistas; negociações coletivas que não pacificam conflitos, antes os estimulam, geram instabilidade e comprometem a necessária previsibilidade, alimentando o ciclo vicioso de transferência de custos ao conjunto da sociedade; número explosivo de sindicatos em um sistema que consagra a unicidade, totalizando mais de 17.300 sindicatos, dos quais mais da metade jamais celebrou qualquer ajuste coletivo; baixos índices de representatividade dos sindicatos, financiados com a intervenção do Estado.

Diante desse cenário -- resultado, entre tantos fatores, do onipresente processo de globalização econômica, ainda percebido em sua real extensão e complexidade por muitos atores sociais --, mostrava-se mesmo necessário promover alguns ajustes na legislação laboral, ainda que pontuais, especialmente em relação ao modelo sindical e à negociação coletiva, na perspectiva de criar condições para a construção de relações de emprego mais colaborativas e democráticas, menos conflitivas ou adversariais.

No conjunto de argumentos favoráveis às múltiplas inovações que resultaram na Lei 13.467/2017, sustentava-se a necessidade de flexibilizar e modernizar a legislação, como condição necessária para ampliar a competitividade das empresas nacionais e gerar novos empregos, atendendo à realidade econômica globalizada e às inovações legadas pelo progresso da tecnologia.



Também afirmava-se a necessidade de adequação da legislação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no plano da negociação coletiva de trabalho (RE 590.415) e a importância de se restabelecer o equilíbrio na interpretação e aplicação das regras de direito material, que teria sido rompido pela forma como a jurisprudência que se edificou ao longo dos últimos anos compreendeu e aplicou o ideal protetivo que figura na base do próprio Direito do Trabalho.

Finalizado na arena parlamentar o debate a propósito do sistema ideal de regulação das relações entre o capital e o trabalho, bem assim do conjunto de regras processuais que deveriam orientar a gestão dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, vários questionamentos foram apresentados ao STF pela via do controle concentrado de constitucionalidade, envolvendo a conformidade de algumas das novas regras inseridas pela Lei 13.467/2017 com as regras e princípios inscritos na Carta Política de 1988.

Entre essas novas disposições figuram as normas dos artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da CLT, as quais, respectivamente: fixam o dever de pagamento de honorários periciais pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, reservando-se à União esse ônus apenas quando o beneficiário da justiça gratuita não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida, ainda que em outro processo; impõem ao beneficiário da justiça gratuita a responsabilidade pelo pagamento de honorários sucumbenciais, mediante retenção de crédito judicial que lhe tenha sido eventualmente reconhecido, ou mediante suspensão de sua exigibilidade por dois anos, prazo em que o credor poderá demonstrar a aquisição de capacidade econômica, extinguindo-se, após esse prazo, a obrigação; determinam o pagamento das custas processuais caso a reclamação seja arquivada por ausência injustificada à audiência.



Especificamente em relação a essas regras, o Procurador-Geral da República propôs a ADI 5766, expressando, inicialmente, a clara visão de que a Reforma Trabalhista promoveu a redução de direitos sociais trabalhistas, pois, entre tantas medidas, facilita o uso do trabalho autônomo (CLT, art. 442-B), amplia a contratação terceirizada de mão de obra (art. 2º), institui modalidades contratuais ultraflexíveis, como o trabalho intermitente (CLT, art. 452-A), fomenta negociação coletiva com finalidade redutora de direitos de fonte legal (CLT, arts. 611-A e 611-B), inclusive em matérias relativas à saúde e segurança do trabalhador (CLT, art. 611-A, XII), flexibiliza a composição salarial (CLT, art. 457, §§ 2º e 4º) e a jornada de trabalho (CLT, arts. 59, §§ 5º e 6º, 59-A, 59-B, 611-A, I a III, e 611-B, parágrafo único), dificulta a equiparação salarial (CLT, art. 461, §§ 1º e 5º).

Na petição inicial da referida ADI 5766, sustentou o Procurador-Geral da República, em densa e erudita fundamentação, que as regras impugnadas ao preverem o pagamento de despesas de sucumbência e custas processuais com seus créditos de natureza alimentar, violam o direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade da Justiça, também vulnerando o dever estatal de assegurar aos necessitados a assistência judiciária integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXXIV). Ainda na visão do Chefe do *Parquet*, as novas regras contrariam os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput), da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), revelando-se também contrárias aos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso, em autêntico desvio de finalidade legislativa.

Distribuída a ação ao Ministro Luís Roberto Barroso, o julgamento foi iniciado em 10/05/2018, interrompendo-se após os votos do Relator e do Ministro Edson Fachin, em razão de pedido de vista formulado pelo Ministro Luiz Fux. Espera-se, pois, que a questão da gratuidade da justiça seja revisitada em breve pela Suprema Corte, pacificando-se as expectativas a respeito do tema.



7. O cenário da “jurisdição” coletiva no Brasil após a EC 45/2004.

A análise do sistema legal de regulação do processo de negociação coletiva revela a existência de um claro e inescusável dever de negociação.

A regra inscrita no art. 616 da CLT preconizava que “Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.”, para, logo em seguida, remarcar que eventual recusa deveria ser levada ao conhecimento do Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes. Ainda, persistindo a recusa, pelo desatendimento às convocações ou pelo insucesso da negociação pretendida, estaria aberta a porta para a instauração de dissídio coletivo.

Com o advento da EC 45/2004, no entanto, esse cenário de compulsória tentativa de negociação foi substancialmente alterado, com a introdução da denominada cláusula do comum acordo. O parágrafo 2º do art. 114 da Constituição passou a dispor que, havendo recusa à negociação coletiva ou à arbitragem, seria facultado às partes interessadas, “de comum acordo”, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, observando as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Com isso, empresas e sindicatos patronais passaram a se recusar sistematicamente, a negociar com os sindicatos profissionais, rompendo a prática secular das revisões a cada data-base do equilíbrio econômico dos contratos de trabalho, que estão sempre sujeitos às intempéries e aos efeitos negativos do processo inflacionário sobre o poder de compra dos salários.



No quadro histórico que se seguiu, a jurisprudência avançou para analisar, concretamente, a licitude da recusa apresentada à negociação coletiva ou mesmo ao ajuizamento de dissídios coletivos, com base nos postulados da lealdade e boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, notadamente em razão de que a própria ordem jurídica – tendo presente a concepção de que a negociação coletiva integra o conjunto de obrigações recíprocas das categoriais profissionais e econômicas – repudia as condições puramente potestativas, que inviabilizam o exercício de direitos que dependem da manifestação de vontade exclusiva de uma das partes (CC, art. 122), vontades que podem ser supridas judicialmente.⁹⁵

A inovação constitucional em questão, ainda que tenha visado à criação de uma nova cultura de negociação responsável e independente por parte dos atores sociais, acabou produzindo um efeito reverso, com as recusas não justificadas das classes patronais, situação que ensejou cenários curiosos, como, por exemplo, o da realização de greve apenas para forçar à negociação.

Diante do quadro grave da baixa representatividade das entidades sindicais no Brasil, os efeitos decorrentes desse novo quadro normativo logo se fizeram sentir com a redução dos padrões autônomos de regulação dos contratos de trabalho, em claro retrocesso e em franca contrariedade ao horizonte de valor da melhoria da condição social dos trabalhadores, inscrito no art. 7º da CF.

8. A reação judicial em busca do equilíbrio: a Súmula 277 e a releitura da “ultratividade”

Diante do cenário criado com a cláusula do comum acordo, logo se assistiu a uma intensa disputa doutrinária vinculada ao prazo de vigência das normas coletivas de trabalho ou, mais especificamente, à possibilidade de incorporação do

⁹⁵ Decisão nesse sentido foi proferida pelo TRT da 5ª Região, nos autos do Dissídio Coletivo nº 0001103-91.2014.5.05.0000, Relator o Desembargador Edilton Meireles.
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



conteúdo de negociações coletivas aos contratos de trabalho após o prazo de vigência inicialmente ajustado.

Nesse processo de reconstrução de bases sólidas para a negociação coletiva e defesa dos direitos coletivos, a Súmula 277 foi substancialmente alterada, em 2012, fixando-se a tese de que as normas ajustadas em acordos e convenções coletivas de trabalho vigoram indefinidamente até que outra norma coletiva as suprima ou modifique: “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”

Para além da discussão acerca da adequação do procedimento adotado para a alteração da referida diretriz jurisprudencial⁹⁶, fato é que a introdução da cláusula do comum acordo pela EC 45, de 2004, como condição para a admissão de dissídios coletivos perante a Justiça do Trabalho, parece ter representado significativo retrocesso, na medida em que sugeriu a possibilidade de recusa, objetiva e injustificada, à negociação coletiva ou à arbitragem estatal de conflitos coletivos, vulnerando a garantia fundamental de negociação coletiva (art. 7º., XXVI) e de evolução da condição social dos trabalhadores (art. 7º., “caput”, da CF).

Ainda que a intenção da Corte Superior Trabalhista tenha sido a de estimular a negociação coletiva, nem sempre esse efeito vem sendo alcançado, pois a mera subsistência das condições de trabalho já incorporadas aos custos da produção tem, igualmente, fomentado recusas empresariais injustificadas à negociação coletiva, inviabilizando, também pela mera recusa à instauração da instância

⁹⁶ As críticas ao procedimento adotado (alteração da Súmula 277 após em uma semana de discussão interna do TST) e mesmo à ausência de precedentes anteriores que autorizassem a modificação foram largamente rebatidas em artigo publicado pelos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012_sumula_277_aclc_kma_mgd.pdf?sequence=1 >. Acesso em 2.11.2015.



coletiva, a revisão necessária do equilíbrio das obrigações e direitos dos titulares das relações de emprego.

A rigor, sob uma concepção verdadeiramente democrática, o conflito não deveria ser visto como algo negativo, que exigisse solução rápida a partir da intervenção do próprio Estado, por meio da Justiça do Trabalho. Afinal, a greve, espécie de “desobediência civil” no âmbito das relações assimétricas de produção, é a pedra de toque do equilíbrio que deve pautar relações verdadeiramente democráticas de trabalho.

Por isso, a recusa à negociação coletiva pela classe patronal deveria produzir a máxima mobilização dos trabalhadores, como forma de criar as condições necessárias à superação do conflito instaurado. Nesse campo, os ventos históricos ainda seguem seu curso.

9. As sementes da Reforma Trabalhista no Brasil: a decisão seminal do STF no RE 590.415.

No dia 30 de abril de 2015, o STF julgou o RE 590.415, cumprindo destacar suas principais premissas e analisá-las de forma singularizada, como forma de entender as críticas ao modelo legal trabalhista e as sugestões veladas de alteração legislativa.

A partir do voto proferido pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, relator do referido recurso, podem ser apontadas as principais questões consideradas: a) paralelo entre a autonomia de vontade nos âmbitos individual e coletiva das relações de trabalho; b) o postulado democrático e a negociação coletiva; c) o modelo sindical da CF de 1988, a representatividade dos sindicatos e a equivalência dos atores coletivos.



O primeiro aspecto realçado, e ponto de partida do instigante raciocínio desenvolvido, envolveu a forma como deve ser compreendida a autonomia negocial dos atores da relação de trabalho, nos âmbitos individual e coletivo. Ponderou o Ministro Relator (BRASIL, 2015, p. 23):

“20. Diferentemente do que ocorre com o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, que emerge com nova força após a Constituição de 1988, tem nas relações grupais a sua categoria básica. O empregador, ente coletivo provido de poder econômico, contrapõe-se à categoria dos empregados, ente também coletivo, representado pelo respectivo sindicato e munido de considerável poder de barganha, assegurado, exemplificativamente, pelas prerrogativas de atuação sindical, pelo direito de mobilização, pelo poder social de pressão e de greve. No âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 21. Ao contrário, o direito coletivo do trabalho, em virtude de suas particularidades, é regido por princípios próprios, entre os quais se destaca o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, que impõe o tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos – empregador e categoria de empregados.”

Ainda que do ponto de vista teórico ou dogmático as considerações expostas sejam irrepreensíveis, não se pode negar que a realidade nem sempre confirma a tese de que os sindicatos possuem, de fato, “considerável poder de barganha”, forjado a partir dos direitos de mobilização e de greve. Lamentavelmente, os baixos índices de representatividade de expressivo contingente de sindicatos (que já suplantam a casa dos 16.000) não autorizam a assertiva, objetiva, da equivalência dos atores coletivos como pressuposto ou premissa apodítica para a análise da validade de toda e qualquer negociação.

Por essa mesma razão, não parece possível afirmar que o pactuado coletivamente deve prevalecer sobre o direito estatal mais benéfico, apenas porque a Carta Política confere aos sindicatos a representação das categorias.

Ainda que se possa admitir que o prestígio à vontade coletiva seja o objetivo ideal

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



a ser alcançado em um ambiente verdadeiramente democrático, com a consagração da hierarquia dinâmica das fontes do direito, não se pode negar que o sistema sindical brasileiro, porque fundado nas amarras da unicidade e da contribuição sindical compulsória, inibe o surgimento e desenvolvimento do espírito associativo legítimo, cenário que se reflete nos inexpressivos índices de filiação sindical, maculando a representatividade e tisonando a legitimidade dos sindicatos para ajustes coletivos de larga envergadura, principalmente daqueles em que se busca flexibilizar as normas de tutela laboral.

Também não se deve cerrar os olhos para a realidade das relações de trabalho no Brasil, caracterizadas, entre tantos aspectos, pela ausência de proteção genérica contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa – o que inviabiliza o exercício pleno do direito de participação na vida coletiva da categoria por parte dos trabalhadores – e ainda por elevados índices de rotatividade de mão-de-obra – que atingem a incrível cifra de 80% de trabalhadores cujos vínculos não vigoram por mais de um ano de duração. Em um sistema sem garantias contra dispensas abusivas ou imotivadas, parece inquestionável que os trabalhadores não são estimulados a participar da vida sindical, debatendo democraticamente no local de trabalho ou em assembleias as condições de trabalho a que submetidos. O receio de perseguições ou mesmo de perda do emprego desestimula a participação na vida coletiva da categoria.

No entanto, enquanto não se logra avançar no marco regulatório da legislação social no Brasil, faz-se necessário que os atores coletivos defendam a validade das normas coletivas que celebram, quando questionadas em ações anulatórias ou ações coletivas movidas pelo Ministério Público do Trabalho ou mesmo em ações individuais propostas por trabalhadores, para as quais deveriam, no mínimo, ser notificados para eventual assistência litisconsorcial. Nesse sentido, com vistas ao fortalecimento da negociação coletiva, seria conveniente que os



atores coletivos demonstrassem os procedimentos que precederam a celebração das normas coletivas, com a apresentação de dados que poderiam, inclusive, compor o próprio conteúdo introdutório dessas normas, permitindo a aferição de sua legitimidade, a partir da indicação das formas de convocação dos membros das categorias, das pautas, do número de assembleias realizadas e das deliberações alcançadas, além dos quóruns de votação e outros aspectos relevantes. A partir das informações prestadas pelos atores coletivos, seria possível ao Poder Judiciário aferir, concreta e objetivamente, se a norma coletiva pode ou não ser reputada válida frente a ordem jurídica.

Também se mostra conveniente, na perspectiva de proteção ao equilíbrio da negociação coletiva, que sejam indicadas as cláusulas com restrições ou vantagens que, na visão dos signatários, se compensaram reciprocamente. Com isso, o trabalhador saberá, de antemão, quais direitos poderá ver excluídos ou compensados de seu patrimônio caso insista na discussão judicial em torno da validade de cláusula convencional determinada que lhe teria criado, aparentemente, um ônus ou lhe causado um prejuízo expressivo. Com essa ressalva, eventual anulação parcial da avença, de forma incidental, poderá se processar sem quebra do necessário equilíbrio do conteúdo negocial remanescente.

Essa solução - de exame da legitimidade da manifestação de vontade dos sujeitos estipulantes e de defesa do equilíbrio do negócio firmado - parece harmonizar tanto o prestígio que deve ser creditado à negociação coletiva, quanto o direito dos trabalhadores urbanos e rurais à melhoria de sua condição social, afastando o risco de ônus excessivos e indesejáveis aos titulares das relações de emprego.

O Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2015, p. 19) ainda assentou no julgamento em exame que:



“15. A transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justralhista mais democrático e autônomo tem por marco a Carta de 1988. A Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical, vedando a prévia autorização do Estado para a fundação do sindicato, proibindo a intervenção do Poder Público em tal agremiação, estabelecendo a liberdade de filiação e vedando a dispensa do diretor, do representante sindical ou do candidato a tais cargos. Nota-se, assim, que a Constituição prestigiou a negociação coletiva, bem como a autocomposição dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos.”

Neste ponto, o registro genérico de que a Constituição teria legitimado a redução de direitos pela via negocial coletiva mostra-se preocupante, pois não parece ter sido considerada a evolução histórica, doutrinária e jurisprudencial vinculada aos limites da autonomia negocial coletiva, como se esse relevante debate estivesse circunscrito apenas à mutação – altamente discutível e não pretendida pelo legislador fundamental de 1988 – do modelo brasileiro de regulação das relações de trabalho. Ainda que se possa admitir que alguns sinais nessa direção tenham sido emitidos a partir da própria proclamação da liberdade sindical em 1988 e da alteração do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, nesse último caso por ocasião da edição da EC 45, de 2004, é fato que os pressupostos para a consagração de um modelo de regulação autônomo das relações de trabalho possui, como pressuposto lógico, a reformulação do sistema normativo de relações de trabalho, com a revisão de temas sensíveis como a proteção do emprego contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, a unicidade sindical e as fontes de custeio das associações sindicais. Nesse exato sentido, aliás, no



juízo em exame foram expostos os seguintes registros (BRASIL, 2015, p. 35-36):

“43. Um último esclarecimento deve ser feito sobre a liberdade sindical e, conseqüentemente, sobre o exercício legítimo da autonomia coletiva pelas categorias dos trabalhadores. Muito embora a Constituição de 1988 tenha iniciado a transição para um regime de maior valorização da liberdade sindical, entende-se que, contraditoriamente, ela manteve alguns relevantes institutos do antigo sistema corporativista do país, institutos que comprometeriam, em medida relevante, a plena liberdade sindical. 44. Nessa linha, a Carta de 1988 manteve o sistema de unicidade sindical obrigatória dentro de uma mesma base territorial, determinou que a representatividade do sindicato se daria de acordo com a categoria profissional e estabeleceu o financiamento compulsório e genérico do sindicato, através da cobrança da contribuição sindical de todo e qualquer membro da categoria profissional, ainda que não seja associado. Impediu, portanto, a formação espontânea dos sindicatos. Com base territorial, representatividade e recursos garantidos, os sindicatos ficam menos ligados à vontade de seus associados e, sem a possibilidade de concorrência com outros sindicatos, não são motivados a melhorar seu desempenho ou a se bater por maiores ganhos para a categoria. 45. Em virtude desses aspectos, entende-se que a liberdade sindical não foi plenamente garantida pela Constituição de 1988, circunstância que, inclusive, inviabilizou a ratificação da Convenção n. 87/1948 da OIT pelo Brasil. E afirma-se que o não reconhecimento da plena liberdade sindical impacta negativamente sobre a representatividade do sindicato, podendo comprometer a ideia de equivalência entre os entes coletivos e justificar a incidência do princípio da proteção sobre o direito coletivo do trabalho nos mesmos termos das relações individuais trabalhistas.”

Curiosamente, porém, esses questionamentos não foram respondidos, pois se limitou o d. Ministro Relator, em seguida, a examinar o caso concreto, no qual houve grande mobilização dos trabalhadores, inclusive contra a própria orientação dos sindicatos profissionais envolvidos.

Ainda outro registro merece ser reprisado (BRASIL, 2015, p. 36-37):



“48. Não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que “o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância”. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz.”

Muito embora a argumentação exposta parta, obviamente, do pressuposto de que se está diante de uma negociação coletiva conduzida por um ente sindical verdadeiramente representativo, não se pode desconsiderar, insista-se, situações distintas, nas quais não se faça presente esse mesmo pressuposto e que parecem ser a regra diante dos inexpressivos índices de representatividade dos sindicatos no Brasil.

Mostra-se impositiva, por isso, a conclusão de que remanesce aberta aos órgãos do Poder Judiciário a possibilidade de examinar, em cada caso concreto, a licitude de norma coletiva em que processadas alterações em direitos trabalhistas.

Por fim, também dignos de destaques os seguintes excertos do voto condutor (BRASIL, 2015, p. 26-29):

“26. A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão



e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

27. O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público. [...].

28. Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.

29. Além disso, o voluntário cumprimento dos acordos coletivos e, sobretudo, a atuação das partes com lealdade e transparência em sua interpretação e execução são fundamentais para a preservação de um ambiente de confiança essencial ao diálogo e à negociação. O reiterado descumprimento dos acordos provoca seu descrédito como instrumento de solução de conflitos coletivos e faz com que a perspectiva do descumprimento seja incluída na avaliação dos custos e dos benefícios de se optar por essa forma de solução de conflito, podendo conduzir à sua não utilização ou à sua oneração, em prejuízo dos próprios trabalhadores."

À margem a questão relativa à necessidade de comprovação da representatividade, os argumentos lançados parecem sugerir a prevalência absoluta do negociado sobre o legislado, abrindo-se as portas para a flexibilização sem limites, com riscos concretos de retrocesso social.



10.O negociado sobre o legislado na Reforma Trabalhista e o conteúdo normativo dos direitos indisponíveis

Compreende-se por negociação coletiva as tratativas negociais realizadas entre representantes de trabalhadores e empregadores, visando à autocomposição de interesses concretizados através de normas autônomas estabelecidas em acordos ou convenções coletivas de trabalho e que serão aplicáveis à categoria profissional.

A negociação coletiva resultante de pactuação normatizada – convenção coletiva de trabalho – foi instituída pelo Decreto n.º 21.761/1932, posteriormente disciplinada no Decreto-Lei n.º 1.237/1939. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 também tratou da negociação coletiva, regulamentando-a de forma mais ampla. Foi a Constituição Federal de 1988 que primeiramente reconheceu o *status* constitucional da negociação coletiva de trabalho, garantindo-a como direito dos trabalhadores.

Alexandre Agra Belmonte entende que são três os objetivos da inserção da negociação coletiva em patamar constitucional:

- valorizar e legitimar as normas coletivas como meios autônomos de prevenção e composição de interesses coletivos;
- permitir o ajuste privado das condições de trabalho às peculiaridades das categorias profissionais e econômicas correlatas (convenções coletivas) ou das empresas (acordos coletivos) e em atenção à sua destinação social e econômica; e
- permitir a aplicação cogente sobre os contratos individuais em vigor e os formados em sua vigência, de forma a que, excluídos os direitos indisponíveis, os interesses coletivos prevaleçam sobre os interesses individuais, respeitados, no entanto, os direitos adquiridos, porque incorporados ao patrimônio e personalidade do trabalhador. (BELMONTE, 2018, p. 492)

A Carta Magna de 1988 consagrou a negociação coletiva como a forma apropriada de solucionar os conflitos coletivos do mundo do trabalho,



sobrepondo-a, inclusive, à solução jurisdicional estatal, que somente atuará em caso de comum acordo quando houver recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem (CF, art. 114, § 2º).

A vontade do legislador constituinte, em certa medida, resgata as origens do direito do trabalho, um direito coletivo e autônomo, que tem como paradigma o grupo e não o indivíduo. O diálogo realizado diretamente entre os atores sociais e a autorregulação são genuínos do mundo laboral e transcendem o próprio direito do trabalho.

Ao Estado compete a tutela dos direitos básicos e essenciais dos trabalhadores, além de estabelecer os procedimentos a serem observados nas negociações coletivas, segundo o modelo democrático defendido pela Organização Internacional do Trabalho em que as relações laborais serão essencialmente reguladas por normas elaboradas pelos próprios atores sociais, com liberdade.

Vólia Bomfim Cassar ensina que “Os grupos sociais quando entram em negociação coletiva demonstram desenvolvimento e maturidade nas formas de composição de litígios, pois reduz a participação do Estado nas lides. A negociação coletiva é base de formação do Direito do Trabalho, pois se caracteriza como atividade típica de toda estrutura deste ramo do direito”. (CASSAR, 2018, p. 205)

Aloysio Corrêa da Veiga compreende da mesma forma, vaticinando que:

A negociação coletiva é o instrumento democrático mais relevante e eficaz para solucionar os conflitos decorrentes das relações de trabalho e, também, aquele que representa a maturidade dos atores sociais, representados pelas categorias profissional e econômica, cujos dirigentes legitimamente investidos promovem a defesa dos interesses da categoria que representam com um contingente cada vez maior de integrantes que participam como associados do movimento sindical. Aí sim estaremos no rumo certo de uma sociedade soberana, livre, equilibrada, justa, solidária e feliz. (VEIGA, 2018, p. 504)



Fonte genuína de direito material do trabalho, as negociações coletivas têm funções jurídica, política, econômica e social importantes.

As funções jurídicas são aquelas de criação, modificação ou supressão de condições de trabalho, ou seja, funções normativas ou flexibilizadoras, que acabam reverberando em uma outra função primordial, a de pacificação social, já que as negociações coletivas se destinam à composição de conflitos.

Função política porque pressupõe diálogo entre sujeitos com interesses antagônicos, com capacidade de influenciar a estrutura política do Estado, sendo que esse tem interesse que a luta entre os atores da relação capital-trabalho seja feita de forma pacífica e por isso prestigia as iniciativas espontâneas de resolução dos conflitos.

A função econômica está justamente no fato de que as normas coletivas, enquanto fontes autônomas de direitos, são distribuidoras de riquezas que movimentam a economia. O mesmo raciocínio se aplica quando a realidade socioeconômica do país ou do próprio empregador impõem a redução de custos e adaptações no quadro social da empresa, o que é feito mediante construção de normas coletivas com características flexibilizadoras, com concessões.

A participação dos trabalhadores nas decisões da empresa caracteriza a função social da negociação coletiva, harmonizando o ambiente de trabalho e criando as dinâmicas e condições de trabalho, o que também contribui para a pacificação social.

Inobstante o tratamento destacado conferido pelo texto constitucional às negociações coletivas, doutrina e jurisprudência sempre foram rigorosas em relação à liberdade de atuação dos atores de capital e trabalho na construção de normas jurídicas, até porque não existia, até a promulgação da Lei n.º 13.467/2017, nenhum parâmetro legal objetivo de quais seriam os limites e balizamentos do que seria possível ou não negociar coletivamente.



Os artigos 611-A e 611-B introduzidos à Consolidação das Leis do Trabalho pela lei da reforma trabalhista vieram justamente dar maior efetividade ao princípio da equidade ou da autonomia negocial coletiva tratado por António Manuel Carvalho de Casimiro Ferreira, estabelecendo critérios e parâmetros do que pode ou não ser objeto de negociação coletiva, visando a segurança jurídica.

O artigo 611-A dispõe que “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei [...]” em situações ilustrativamente enumeradas em seus 15 (quinze) incisos. São ilustrativas porque a lei contém a expressão ‘dentre outros’, o que sinaliza que o rol estabelecido é meramente exemplificativo.

O artigo 611-B, por sua vez, identificou quais são os direitos de indisponibilidade absoluta, tendo o legislador utilizado o termo ‘exclusivamente’ para o rol de matérias que não poderão ser objeto de flexibilização redutora, o que reforça a interpretação de que as matérias que prevalecerão sobre a lei e que estão previstas no artigo 611-A não são exaurientes.⁹⁷

Em poucas palavras, a Lei n.º 13.467/2017 traz a perspectiva de prevalência do negociado sobre o legislado desde que a matéria objeto da negociação coletiva não esteja expressamente proibida no rol taxativo do artigo 611-B, da CLT.

A nova legislação trabalhista impede a revisão do conteúdo daquilo que foi avençado coletivamente pelos atores sociais, desde que observados os limites e

⁹⁷ O parecer do relator do projeto de lei que culminou a publicação da Lei n.º 13.467/2017 foi exatamente nesse sentido, o de que o rol previsto no artigo 611-A, da CLT é meramente exemplificativo, ao passo que aquele disposto no artigo 611-B, da CLT, é taxativo: “Visando a aumentar ainda mais a segurança jurídica do acordado, seja para os empregados seja para os empregadores, além de um rol exemplificativo do que pode ser negociado, estamos acrescentando um novo artigo à CLT (art. 611-B) para especificar taxativamente um marco regulatório com as matérias que não podem ser objeto de negociação, por serem direitos que se enquadram no conceito de indisponibilidade absoluta, preservando-se, dessa forma, o que se convencionou denominar de patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores. Quanto ao que não se enquadra nesse conceito, permite-se a negociação coletiva e a participação direta das partes na formulação das normas trabalhistas que lhes sejam mais benéficas”. (BRASIL. Câmara Legislativa. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que “altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”)



balizamentos dispostos nos artigos 611-A e 611-B, da CLT, isto é, os direitos fundamentais sociais constitucionais.

Maximizando o prestígio que o legislador reformista conferiu às negociações coletivas, o § 1º, do artigo 611-A, da CLT, reiterou a incidência do princípio da intervenção estatal mínima na autonomia da vontade coletiva, estabelecendo que “No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação”.

A lei também estabelece que a mera ausência de indicação expressa de contrapartidas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico (BRASIL, CLT, art. 611-A, § 2º).

A previsão legal não exclui as contrapartidas nas negociações coletivas, até porque as concessões mútuas ou recíprocas são pressuposto da transação (BRASIL, CC, art. 840). O que a lei dispõe é que não constituirá vício do negócio jurídico a simples falta, no texto do instrumento coletivo, acordo ou convenção, de cláusulas específicas apontando quais as contrapartidas decorrentes de cada ajuste celebrado.

A inovação legal também vem esclarecer questão controvertida no âmbito dos tribunais trabalhistas, já que o TST⁹⁸ tem entendimento firmado no sentido de

⁹⁸ Digno de nota que mesmo após a vigência da Lei n.º 13.467/2017 o C.TST vem decidindo no sentido de se exigir contrapartida expressa para as cláusulas que flexibilizam direitos legalmente previstos, a exemplo dos precedentes abaixo: "RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015. HORAS "IN ITINERE". SUPRESSÃO POR NORMA COLETIVA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 . AUSÊNCIA DE PROVA DE VANTAGENS COMPENSATÓRIAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Eg. 6ª Turma deu provimento a recurso de revista. Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva. Até a edição da Lei nº 10.243/2001, o conceito de horas "in itinere" decorria de construção jurisprudencial, extraída do art. 4º da CLT, não havendo, à época, preceito legal que, expressamente, normatizasse o instituto. Estavam os atores sociais, em tal conjuntura, livres para a negociação coletiva. Modificou-se a situação com o diploma legal referido, quando acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º: a matéria alcançou tessitura legal, incluindo-se a remuneração das horas "in itinere" entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. Assim, não se poderá ajustar a ausência de remuneração do período de trajeto. Não há como se chancelar a supressão

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



invalidar norma coletiva flexibilizadora de direitos que não venha acompanhada de contrapartida expressa.

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. ACORDO COLETIVO. EXCLUSÃO DA JORNADA DE TRABALHO E DO CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. O debate se trava acerca da validade de cláusula de norma coletiva que atribuiu à remuneração do tempo in itinere a característica de ser parcela indenizatória, devida sem o adicional de horas extras e sem reflexo no cálculo de outras verbas. Em rigor, discute-se sobre tal cláusula revestir-se de eficácia que derivaria da autonomia privada coletiva ou, por outra, se teria tal preceito excedido o limite de disponibilidade reservado à autodeterminação dos atores sociais. Ao considerar, tendo em perspectiva o caso dos autos, que a remuneração do tempo de trabalho ou do tempo à disposição do empregador, nos limites da lei, não poderia ter sofrido redução ou desvirtuamento, o Tribunal Superior do Trabalho remete às seguintes razões de decidir: 1. Em sistemas jurídicos fundados em valores morais ou éticos, a autonomia privada não é absoluta; 2. Os precedentes do STF, como os precedentes em geral, não comportam leitura e classificação puramente esquemáticas, como se em seus escaninhos se acomodassem, vistos ou não, todos os fragmentos da realidade factual ou jurídica. Para além das razões de decidir, acima enumeradas, cabe registrar que os precedentes

de direito definido em Lei, pela via da negociação coletiva. Além de, em tal caso, estar-se negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, ofender-se-ia o limite constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão. 2. Ainda que a jurisprudência tenha evoluído para admitir a negociação limitada da parcela nos casos em que há contraprestação razoável, a simples alusão à teoria do conglobamento, sem prova específica da vantagem auferida, não é suficiente para legitimar a supressão do direito ou sua redução significativa. Precedentes. 3. Inaplicabilidade dos precedentes do STF (RE 590.415/SC e RE 895.759/PE), ao caso, que trata de supressão do direito, sem contrapartida. Recurso de embargos conhecido e desprovido" (E-ARR-11336-35.2015.5.18.0103, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 28/06/2019). "AGRAVO EM RECURSO DE EMBARGOS - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO ECT x FENTECT - PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS COM ADICIONAL DE 70% - BASE DE CÁLCULO LIMITADA AO SALÁRIO-BASE - VALIDADE. 1. É válida a Cláusula nº 31 do Acordo Coletivo de Trabalho firmado pela ECT e pela FENTECT, por meio do qual foi previsto o pagamento de horas extraordinárias incidindo sobre o salário-base, e não sobre a remuneração, porém mediante adicional de 70%, ou seja, significativamente acima do percentual mínimo exigido pela norma constitucional (50%). 2. Esta Corte tem se manifestado no sentido de que, havendo concomitantemente a concessão de outras vantagens aos trabalhadores, deve-se reconhecer a validade da norma coletiva de forma a se respeitar a diretriz inserta no caput do art. 7º da Constituição Federal. 3. Assim, estaria albergado pelo art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988 a possibilidade de, por meio de concessões recíprocas, estabelecer-se um patamar acordado em matéria de pagamento das horas extraordinárias, que, justamente pela existência de contrapartida, não se coloca como desfavorável ao trabalhador. Precedentes. Agravo desprovido" (Ag-E-RR-292-76.2016.5.09.0671, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 07/06/2019).



do STF (RE 590.415/SC e RE 895759/PE) que enlevam a autodeterminação coletiva cuidam de situações concretas nas quais a Excelsa Corte enfatizou a paridade de forças que resultaria da participação de sindicato da categoria profissional, não se correlacionando com caso, como o dos autos, em que o Tribunal Regional do Trabalho constata não ter havido qualquer contrapartida, sob as vestes da negociação coletiva, para compensar a renúncia de direito pelos trabalhadores. Embargos conhecidos e não providos" (TST, E-RR-205900-57.2007.5.09.0325, Tribunal Pleno, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 03/02/2017).

A compreensão do legislador em relação à questão é que a própria negociação coletiva, realizada junto ao sindicato profissional, pressupõe a concessão de vantagens aos trabalhadores, ainda que seja o aumento do número de postos de trabalho ou a manutenção destes, não havendo necessidade de menção expressa.

Para algumas situações particulares a norma legal exigiu contraprestação específica, certa e determinada, como no caso de se transacionar reduzindo salário ou jornada dos trabalhadores, em que o instrumento coletivo deverá prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o seu prazo de vigência. (BRASIL, CLT, art. 611-A, § 3º)

A lei também inovou ao dispor que na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, quando houver cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. (BRASIL, CLT, art. 611-A, § 4º)

Na ação anulatória de cláusula coletiva somente caberá anulação de cláusula instituidora de vantagem compensatória se houver expressa correspondência entre elas, isto é, se a cláusula compensatória corresponder expressamente à cláusula flexibilizadora de direitos cuja ação objetiva anular.



Como a lei prevê a possibilidade de não haver contrapartida expressa para validar norma coletiva flexibilizadora (BRASIL, CLT, art. 611-A, § 2º), não haverá falar em anulação caso a cláusula compensatória não seja estabelecida em troca da transação de um direito específico.

A Justiça do Trabalho não poderá declarar a nulidade da cláusula compensatória de ofício, mesmo que estabelecida de forma expressa como contrapartida a uma flexibilização de um direito que venha a ser declarada ilícita em regular ação anulatória. Para a anulação da cláusula compensatória faz-se necessário formular pedido contraposto ou ajuizar ação própria com tal finalidade.

A lei estabelece que não haverá repetição de indébito nas hipóteses em que cláusula compensatória for declarada nula. A ação anulatória terá efeito declaratório desconstitutivo. Não poderá o empregador exigir do empregado o benefício auferido até a anulação da cláusula compensatória.

Parte da doutrina defende que a regra que prevê a anulação de cláusula compensatória em caso de anulação de cláusula de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho só se aplica para as ações anulatórias originárias de Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, não se aplicando às ações individuais.

A justificativa está na terminologia empregada na lei, 'ação anulatória', que é essencialmente coletiva e tem conteúdo próprio e específico, não podendo o legislador, segundo essa corrente, desconhecer "[...] tal aspecto a ponto de confundir reclamação trabalhista com ação anulatória". (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018, p. 360)

A compreensão de que não se poderia postular nulidade de cláusulas coletivas compensatórias em reclamações trabalhistas individuais parece não convergir com a vontade do legislador reformista, que ao tratar da participação dos sindicatos subscritores de convenção ou de acordo coletivo de trabalho como



litisconsortes necessários em ações que tenham como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, o fez dispondo expressamente de ações individuais ou coletivas (art. 611-A, § 5º, da CLT).

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos. (BRASIL, CLT, art. 611-A, § 5º)

Tendo a lei previsto a possibilidade de ações individuais para objetivar a anulação de cláusulas de instrumento coletivo, possível é, também, a anulação de cláusula compensatória em reclamações trabalhistas.

A anulação em reclamação trabalhista de cláusula compensatória, por possuir caráter meramente incidental e com eficácia limitada às partes litigantes, terá pouco ou quase nenhum efeito prático, já que sendo vedada a repetição de indébito, não poderá o empregador exigir do empregado, em reconvenção ou pedido contraposto, a compensação do benefício auferido até a anulação da cláusula compensatória. Eficácia haverá apenas nos casos de reclamações trabalhistas ajuizadas no curso do contrato de trabalho e enquanto vigente o instrumento coletivo.

É natural a previsão legal de inclusão dos sindicatos nas típicas ações anulatórias de cláusulas de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, originárias de Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que a decisão desconstitutiva afetará diretamente os sujeitos signatários do ato jurídico normativo impugnado e, por isso, deverão necessariamente integrar a relação processual.

O mesmo se aplica aos empregadores convenientes, embora o § 5º, do artigo 611-A, da CLT os tenha omitido, na medida em que a decisão que



eventualmente venha a anular cláusula coletiva produzirá efeito em sua órbita jurídica da mesma maneira que produzirá na esfera dos sindicatos.

Na condição de litisconsortes necessários, o juiz deverá, na omissão da petição inicial da reclamação trabalhista, abrir prazo para o autor requerer a citação dos sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, sob pena de extinção do processo, nos termos do parágrafo único do artigo 115, do CPC (BRASIL. CPC, art. 115, parágrafo único).

A previsão legal de tornar litisconsortes necessários os sindicatos subscritores de instrumentos coletivos nas ações individuais que visam a nulidade de cláusulas daqueles acordos coletivos ou convenções coletivas gerou polêmica em parte da doutrina especializada. É o caso de Antônio Umberto de Souza Júnior; Fabiano Coelho de Souza; Ney Maranhão; e Platon Teixeira de Azevedo Neto:

Por outro lado, pensar que o litisconsórcio necessário seja aplicado a um dissídio individual produz outro efeito indesejável. É que, neste caso, o sindicato da categoria profissional, legitimado pela Constituição para defender interesses individuais dos trabalhadores representados (CF, art. 8º, III), assumiria a estranha posição de litisconsorte do empregador e do sindicato patronal para, em tese, defender a validade do instrumento contra o interesse de seu representado. É que, conforme redigida a norma, os sindicatos convenientes participariam em litisconsorte passivo. Com isso, o sindicato representante do trabalhador estaria litigando em face do trabalhador, seu representado. (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018, p. 362)

Os renomados autores defendem que a interpretação que se deve dar ao dispositivo legal em comento é de só se permitir a formação de litisconsórcio necessário entre os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho nas hipóteses em que a pretensão do autor afetar diretamente a esfera jurídica e patrimonial dos sindicatos, a exemplo do que ocorre nas ações individuais em que se busca a nulidade de cláusula instituidora de descontos



assistenciais compulsórios, independentemente de filiação. (SOUZA JÚNIOR et al, 2018, p. 362)

Interpretação diversa à dada pelos respeitados juristas é aquela no sentido de que a presença dos sindicatos convenientes como litisconsortes necessários não contraria a Constituição Federal por aparente conflitualidade com a representatividade sindical por ela delegada aos entes sindicais. Muito ao contrário, a interpretação que se tem é de prestígio aos mandamentos constitucionais.

É que a atuação do sindicato profissional no polo passivo da ação individual, defendendo a validade do instrumento coletivo, representa a defesa da autonomia negocial coletiva, igualmente tutelada pela Carta Magna brasileira e que se sobressai à vontade individual de um representado. A prevalência da vontade coletiva sobre o interesse meramente individual justifica e autoriza a participação dos sindicatos como litisconsortes necessários.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Instrução Normativa n.º 41/2018, estabeleceu em seu artigo 3º que “A obrigação de formar o litisconsórcio necessário a que se refere o art. 611-A, § 5º, da CLT dar-se-á nos processos iniciados a partir de 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017)” (TST, IN 41/2018, art. 3º), não fazendo nenhuma ressalva em relação às ações individuais, reforçando o entendimento de que a elas se aplicam sem nenhuma restrição.

O que se tem é que a Lei n.º 13.467/2017 veio prestigiar a negociação coletiva, estabelecendo balizamentos que até então não existiam, atribuindo ainda mais responsabilidade às entidades sindicais e visando estabelecer segurança jurídica.

Secundando Luís Roberto Barroso, em trecho do voto condutor do acórdão do STF-RE 590415/SC, julgado em 30/04/15, o “Na negociação coletiva, o poder econômico do empregador é contrabalançado pelo poder dos sindicatos, que têm



poder social, de barganha, de mobilização, estabilidade sindical e o direito de greve. A autonomia dos trabalhadores não se encontra sujeita ao mesmo grau de proteção”.

O voto proferido pelo saudoso Ministro Teori Zavaski, na mesma sessão de julgamento, é até mais contundente acerca da validade e eficácia das cláusulas negociadas e celebradas com a participação do sindicato profissional. Transcreve-se excerto do referido voto:

Concordo plenamente com Sua Excelência que, no atual estágio do Direito Constitucional brasileiro, não há mais base normativa para considerar que as entidades sindicais sejam tidas juridicamente como uma espécie de entidade de relativamente incapazes. Por outro lado, não posso considerar como princípio do Direito do Trabalho, muito menos no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, que a reserva mental seja inerente a esse tipo de negociação. Portanto, no meu entender, nas negociações coletivas se aplica o artigo 110 do Código Civil, que é, afinal de contas, uma norma universal que vem, a rigor, até de tempos mais antigos, do princípio do *pacta sunt servanda*.

Os atores da relação capital-trabalho têm nos acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho os instrumentos apropriados para ajustarem as condições de trabalho, segundo as particularidades da categoria profissional e econômica, ainda que para isso tenham que suspender, durante o prazo de vigência da norma coletiva, os feitos de normas legais. É o que Alexandre Agra Belmonte denomina de ‘efeito paralisante’ da norma coletiva:

Em todos esses casos, a norma legal permanece vigente como norma reguladora. No entanto, para as partes envolvidas num acordo individual ou coletivo, ou numa convenção coletiva, ela tem efeito paralisante, porque a normatividade legal é substituída por uma normatividade produzida pela autonomia da vontade privada, individual ou coletiva. (BELMONTE, 2018, p. 492)



O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral⁹⁹ da questão e se debruçará sobre a polêmica envolvendo a possibilidade de se negociar coletivamente reduzindo ou suprimido direito legalmente previsto.

A decisão da Suprema Corte será muito importante para o futuro da negociação coletiva no Brasil.

Considerações finais

Os cenários que se apresentam para o futuro das relações de trabalho no Brasil e no mundo são, sem dúvida, preocupantes, não apenas pelos impactos sociais negativos, e cada vez mais fortes, gerados pelas crises cíclicas do sistema capitalista, mas em razão mesmo da própria realidade gerada pela economia globalizada, em que a busca por competitividade faz elevar a pressão por novas formas e modelos de produção, as quais, muito além da mera incorporação de novas tecnologias, alcançam a ampliação da terceirização e a precarização de direitos sociais, especialmente em países ainda em estágios iniciais de desenvolvimento social, econômico e político.

Nesse contexto amplo de crise e globalização econômica, a relevância da atuação dos sindicatos é manifesta e evidente, razão pela qual se mostra imperativo fortalecê-los em todos os âmbitos, reafirmando não apenas a ampla legitimidade para a defesa judicial de direitos e interesses, individuais e coletivos, mas repensando, com urgência e transparência, o marco da unicidade sindical, uma das travas antidemocráticas que inibem a emancipação das categorias e a conquistas de novos estágios civilizatórios consentâneos com os ideais da democracia e da valorização da experiência humana.

⁹⁹ Tema 1.046: Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente.



Ainda relevante corrigir a grave distorção que foi introduzida com a supressão, pura e simples, do sistema de custeio das organizações sindicais, com a transformação do caráter compulsório em facultativo das contribuições sindicais. Seria preciso, em um contexto ideal de transição, que as entidades de classe fossem guarnecidas com os recursos vertidos da arrecadação compulsória, cujos montantes seriam gradativamente reduzidos, em um período razoável, assim possibilitando a readaptação dessas entidades ao novo cenário de competitividade e mérito junto às categorias representadas, sem o suporte estatal.

Apesar dos avanços legislativos na linha da previsão de vias adequadas para a desjudicialização, o Poder Judiciário trabalhista há de ser fortalecido, enquanto instituição permanente e essencial ao equilíbrio das relações entre o capital e o trabalho, notadamente no âmbito das relações coletivas de trabalho.

Referências

AGUIAR, Adriana. Juízes estimulam consumidores a buscar conciliação com fornecedores. **Valor Econômico**, Caderno Legislação e Tributos Centro Oeste, São Paulo, 3 maio 2019.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A Reforma trabalhista e o acesso à justiça. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães, TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia, FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à justiça como direito fundamental & defensoria pública**. Curitiba: Juruá, 2017.

ANNONI, Daniele. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2009.

BEBBER, Júlio César. Reforma trabalhista: homologação de acordo extrajudicial. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães, TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia, FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**; São Paulo: LTr, 2017.



BELMONTE, Alexandre Agra. A reforma trabalhista e a flexibilização das relações de trabalho via negociação coletiva. In: TUPINAMBÁ, Carolina (coord.). **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Câmara Legislativa. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que "altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências"**. Disponível em:

https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/parecer-do-relator-dep-rogerio-marinho_120417.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quadro Estatístico**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14/mar/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quadro Estatístico**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14/mar/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quadro Estatístico**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14/mar/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 601832 AgR**, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 590.415**. Relator Ministro Roberto Barroso. 2015. Julgamento: 30/04/2015, Publicação: 29/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 901.936/RJ**, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 490641-PR**. Relator. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJU 03.11.2003, p. 00254.



BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 547414/1999.4**, Relator Juiz Convocado: Luiz Antonio Lazarim, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 04/06/2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/09/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2016

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho **AIRR-1542-77.2012.5.04.0234**, 4ª Turma, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, DEJT 07/10/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **CC-1952366-71.2008.5.00.0000**, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 12/12/2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-ARR-11336-35.2015.5.18.0103**, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 28/06/2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ag-E-RR-292-76.2016.5.09.0671**, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 07/06/2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR-205900-57.2007.5.09.0325**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 03/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802044963**, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 27.04.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802765580**, LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE DATA:01/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1213614/RJ**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**, 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. II.



CASSAR, Vólia Bomfim. Métodos de solução de conflitos individuais e coletivos extrajudiciais. In: TUPINAMBÁ, Carolina (coord.). **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 20. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

FERNANDES, Anais. Acordo extrajudicial salta de 1,7 mil para 33,2 mil após reforma da CLT. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 4 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/02/acordo-extrajudicial-salta-de-17-mil-para-332-mil-apos-reforma-da-clt.shtml>. Acesso em: 16 maio 2019.

FERREIRA, Antônio Manuel Carvalho de Cassimiro. **Trabalho procura justiça – os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2005.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Orlando. **A Convenção Coletiva de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade**. Vol 1, 2 ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.]

KHAN-FREUND, Otto. **Il lavoro e la legge**. Trad. Guido Zangari. Milano: Giuffrè, 1974.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO, Délio. Fontes do Direito do Trabalho. in SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. – 5. ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELHADO, Reginaldo. Trabalhador pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na 'reforma' trabalhista. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães,



MIESSA, Élisson. Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. TUPINAMBÁ, Carolina (coord.). **Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018.

MOTA, Dorotéia Silva de Azevedo. A Mediação no Direito do Trabalho no Brasil. **1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas**. p. 228-241. Porto Alegre: Magister, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016a. v. único.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 23. São Paulo: abr 1998.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1.

REALE, Miguel. Lições **Preliminares de Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, 2. ed.

ROMITA, Arion Sayão. **A (des)organização sindical brasileira**. São Paulo: LTr, Revista LTr, Volume 71, n. 6, junho de 2007.

ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. **Revista de Processo** nº 161/21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito do Trabalho: pronunciamentos inéditos**. Curitiba: Juruá, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SALLES, Carlos Alberto. **Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALGADO, Alinne Bessoni Boudoux. Princípio da Autonomia Privada e Direito Individual do Trabalho: um Diálogo Possível. **1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas**. p. 132-149. Porto Alegre: Magister, 2017.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça, **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007.



SILVA, Homero Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**; 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO, Ygor Farias; ARAÚJO, Jailton Macena de. Conciliação Judicial na Justiça do Trabalho: instrumento de efetivação ou de precarização dos direitos laborais?. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 185. ano 44. p. 185-2012. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da lei nº 13.467/2017 e da med. prov. nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. A OIT e o princípio da liberdade sindical. In: FRANCO FILHO, Georzenor de Souza (coord.). **Curso de Direito Coletivo do Trabalho**. Estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr., 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. Instituições de Direito do Trabalho. v. 2. 18 ed. São Paulo: LTr., 1999.

TARTUCE, Fernanda. **Advocacia e meios consensuais**: novas visões, novos ganhos. A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça, v. 1, p. 125-146, 2017.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei 13.467 de 2017. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 187. ano 44. p. 51-89. São Paulo: Ed. RT, março 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. – 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia, FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). **Reforma trabalhista**: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. Negociação coletiva à luz da reforma trabalhista no Brasil. In: TUPINAMBÁ, Carolina (coord). **Solução de conflitos trabalhistas**: novos caminhos. São Paulo: LTr, 2018.

VIANNA, Segadas. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1972

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil** – como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais – Thompson Reuters. São Paulo, 2019.

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.7, n.7, jul./dez., 2019.



BASE IDEOLÓGICA DO RACISMO: IDEOLOGIA TOTALITÁRIA OU CULTURA DA OPRESSÃO?

Dados da Pesquisa

Início: março de 2018

Linha de Pesquisa: Direitos Sociais, Relações de Trabalho e Desenvolvimento
Sustentável

345

Professores responsáveis

Profa. Dra. Any Ávila Assunção

Prof. Dr. Augusto Cesar Leite de Carvalho

Prof. Dr. Ulisses Borges de Resende

Mestrandos integrantes da Pesquisa

Arlene Pereira da Silva Sacco

Maria Marclane Bezerra Vieira

Daniel Rocha Lacerda

Manuel Jasmim Correia Barros

Emerson Marialva de Jesus

Maria Carolina Lopes Teles

Hugo Antunes Rodrigues

Aldo Matos Moreno

Rafael Mesquita Da Rosa

Resumo

Este artigo retrata o atual estágio da investigação que se desenvolve no âmbito do grupo de pesquisa dedicado ao tema “racismo”, grupo formado por professores do Curso de Mestrado em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB – Instituto de Educação Superior de Brasília, bem assim por alunos da graduação e pós-graduação do Curso de Direito dessa instituição. Tem-se como ponto de partida que o racismo não atende a causas naturais que justifiquem políticas eugenéticas, resultando invariavelmente de influências culturais, as quais precisam ser incansavelmente investigadas.

Abstract

This essay reveals the current phase of the research that deals with the structural and ideological racism. The academic survey is developed from the premise that the racism concerns with cultural causes. The search group is joined by the college professors and students of the Centro Universitário IESB – Instituto de Educação Superior de Brasília.

Palavras-chave (key words): racismo; ideologia; supremacia racial; escravidão; interseccionalidade.



Introdução

Na busca das origens do racismo, a pesquisa acadêmica ora retratada adota como premissa axiomática a constatação de estarmos a tratar de um elemento da cultura, o que importa desconsiderar, como esforço puramente intelectual e hegemônico relacionado comumente a algum projeto de poder, as teorias eugênicas que atribuíram supremacia a alguma cor, raça ou fenótipo humano de qualquer natureza.

Como marcos teóricos seminais, será submetida a validação a premissa de que o racismo serviu ao colonialismo da era moderna como estratégia de conquista territorial e, em seguida, ao imperialismo que se encarna a partir do século XX, aflorando já então o racismo como justificativa para movimentos totalitários que arrebataram, com pretensão expansionista, o poder político de várias nações, na linha do que vem de ser condensado pelas reflexões externadas, a título ilustrativo mas com ênfase, por Hannah Arendt, em “As Origens do Totalitarismo”.

Também haverá de ser problematizada a premissa de estar o racismo associado a projetos de hegemonia política que adicionam gradualmente ao elemento fenotípico – em especial ao critério de cor ou raça – algumas variáveis relacionadas à nacionalidade, à condição econômica, ao gênero e a outros discrímens adotados para que, no plano ideológico e por meio da progressiva aculturação dos coletivos subalternizados, justifique-se a estratificação econômica e social que garante, com ou sem o uso de violência, a continuidade das elites apoderadas desde antes. As análises sociológicas por meio das quais Jessé de Souza entende superar as conclusões de Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Roberto DaMatta, em “A Elite do Atraso”, são adotadas como referências epistemológicas a serem submetidas à prova.



A intersecção entre os interesses experimentados por minorias ou por grupos vulneráveis, muito comumente inferiorizados no trato social, quando não tornados socialmente subalternos ou quiçá invisíveis, não pode permitir a “primazia de uma opressão em relação a outras”, na linha do que defendem Angela Davis, em “Mulheres Negras na Construção de uma Nova Utopia”; Djamila Ribeiro, em “Lugar de Fala”; Carla Akotirene, em “Interseccionalidade”; Viviane Gonçalves Freitas em “Feminismos e Interseccionalidade”, e Marcelo Holanda, em “A Aplicabilidade da Lei Maria da Penha para Casais Homoafetivos Masculinos”, entre outros.

Ilustrativamente, e ainda sobre a interseccionalidade dos espaços de opressão, a compreensão de que dialogam as manifestações discriminatórias em razão de classe, raça, gênero ou deficiência pode contribuir para a formação de comunidades identitárias mais amplas e fortes, em sintonia com a ideia de estarmos a vivenciar um culturalismo racista, ou um amplo racismo estrutural, cuja superação não se alcançará sem a união dos coletivos socialmente inferiorizados. O julgamento do Supremo Tribunal Federal que corresponde ao Mandado de Injunção n. 4733, a colmatar lacuna normativa sobre a proscrição de atos de discriminação de gênero com base em preceitos legais concebidos para a discriminação racial, indica a possibilidade de investigar-se a citada “interseccionalidade” a partir da experiência jurídica.

O método de problematizar cada uma dessas três premissas sociológicas, e seus possíveis desdobramentos, exige o esforço, ora empreendido, de relatar os avanços do grupo de pesquisa dedicado, no âmbito do Centro Universitário IESB, ao tema do racismo.

Os subtítulos que seguem ensaiam o que se está a pesquisar acerca da primeira das premissas acima mencionadas, a de ter servido o racismo como base ideológica para o colonialismo e o imperialismo. As duas premissas seguintes, e



outras que surjam no desenvolvimento da pesquisa, serão problematizadas em textos posteriores.

2. O racismo no contexto do colonialismo e do imperialismo

2.1 A escravidão no contexto do colonialismo

Como limite temporal para a presente pesquisa acadêmica, indica-se a expansão de domínios envidada pelos estados europeus desde quando se lançaram aos mares, a partir do século XV, em busca de riquezas que haveriam de subtrair de territórios ocupados por povos que se renderiam à sua cobiça, pouco ou nada compreendida pelos povos dominados, e ao seu poder bélico significativamente superior, deixando-se colonizar.

Vale dizer: antes de se tornar pretexto ideológico para movimentos totalitários que ganhariam divisas a partir do início do século XX, o racismo com argumento em fenótipos puramente físicos ofereceu-se, desde o início da era moderna, como motivo para a submissão de povos não europeus que ocorria a reboque de conquistas territoriais havidas em sacrifício de toda gente não branca a ser dominada a partir das descobertas ultramarinas.

Por vezes, a identificação de alguns povos com a terra, como se a natureza se integrasse à extensão de seu corpo e alma, facilitou a dominação. É o caso, exemplificado por Arendt (2013, cap. 3, p. 27), de submissão dos nativos sul-africanos aos colonos holandeses bôeres.

Os bôeres se instalaram em um posto marítimo da atual Cidade do Cabo com o objetivo de comerciar legumes e carne para as expedições marítimas a caminho das Índias. E se desenvolveram a partir de dois fatores materiais: “o solo de péssima qualidade, que só podia ser usado para a criação de gado, e a numerosa população negra, organizada em tribos nômades que viviam da caça” (Arendt, *op. cit.*, p. 28).



Arendt sustenta que o termo “raça” só parece fazer sentido “quando e onde os povos com história conhecida se defrontam com tribos das quais não têm registro histórico e que ignoram a sua própria história”, parecendo “sobreviventes de alguma grande catástrofe seguida de desastres menores, até que a monotonia catastrófica passou a ser a condição natural da sua vida” (*op. cit.*, p. 30).

No caso dos nativos sul-africanos, “o que os fazia diferentes dos outros seres humanos não era absolutamente a cor da pele, mas o fato de se portarem como se fossem parte da natureza; tratavam-na como sua sombra inconteste; não haviam criado um mundo de domínio humano, uma realidade humana, e, portanto, a natureza havia permanecido, com toda a sua majestade, como a única realidade esmagadora, diante da qual os homens pareciam meros fantasmas, irreais e espectrais”. De tal modo que quando os bôeres os escravizaram, “não sentiam como se estivessem cometendo um crime contra homens” (*op. cit.*, p. 32).

Entre os pretos nativos, o extermínio de grupos hostis também era comum. A sua submissão aos bôeres, arremata Arendt, “apenas superficialmente lembra fenômenos históricos resultantes da conquista ou do comércio escravo. Nenhuma estrutura política, nenhuma organização comunitária unia os bôeres, nenhum território delimitado foi definitivamente colonizado por eles, e os escravos negros não serviam a nenhuma civilização branca” (*op. cit.*, p. 34).

Os bôeres passaram então a ocupar posição semelhante à dos chefes das tribos nativas que haviam liquidado e os africanos sobreviventes “reconheciam neles uma forma superior de liderança tribal, uma espécie de deidade natural à qual era mister obedecer, de sorte que o divino papel dos bôeres não foi imposto apenas pela escravização dos negros, mas também livremente assumido por eles” (*op. cit.*, p. 35).

O colonialismo que se contextualiza a partir das grandes descobertas do além-mar, sobretudo a conquista pelos europeus de extensas terras das Américas



e da Oceania em que abundavam recursos minerais, é, por sua vez, ideologicamente fundado em “uma visão histórica do mundo que transforma o *ser* do *outro* em um *ser* de *si mesmo*”, como explica Silva Filho (2011, p. 345): “nessa visão, ao se fazer a apologia da modernidade, entende-se que todos os ‘avanços’ que ela representa constituem o resultado de um desenvolvimento natural do próprio ‘ser europeu’, sem levar em conta a existência da América e da África”.

Antes de escravizarem os africanos de cor, os europeus submeteram os índios a seu jugo, cabendo lembrar o relato de Bartolomé de las Casas sobre índios que saíam em expedição à busca de ouro e de suas mulheres, estas a revolverem com paus e penosamente a terra para amontoá-la à altura de servir à fabricação de pães, relato esse reproduzido por Silva Filho (*op. cit.*, p. 353):

[...] marido e mulher não se viam pelo espaço de oito ou dez meses ou de um ano. E quando ao cabo desse tempo vinham encontrar-se estavam tão extenuados e tão fracos de fome e de trabalhos que não tinham desejo de coabitar: e com isso a geração cessava entre eles. E as crianças engendradas morriam porque as mães não tinham leite para nutri-las, em virtude dos trabalhos e da fome que padeciam (SILVA FILHO, 2011, p. 353).

Moreira Filho está a secundar Eugenio Raúl Zaffaroni e remete a Enrique Dussel, este a criticar Hegel que, ao dissertar sobre ao grau de civilização da América recém descoberta e colonizada, refere-se a “uma cultura inteiramente particular, que expira no momento em que o Espírito se aproxima dela [...]”. A inferioridade destes indivíduos é, em tudo, inteiramente evidente”. Para Hegel e tantos que teorizavam à sua época, o Espírito era genuinamente o europeu.

Embora os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade se disseminassem na era contemporânea em oposição a toda política de supremacia racial, é possível observar, mais uma vez com Hannah Arendt (2013, cap. 2, p. 72), que ingleses e alemães opunham-se aos novos ventos que sopravam da França e seguiam o conservadorismo de Edmund Burke, declaradamente refratário a “direitos do



homem” que sobrepujassem as liberdades que os ingleses haviam legado de seus antepassados como “herança vinculada” e haveriam de transmitir aos seus pósteros “como um patrimônio pertencente especialmente ao povo deste reino, sem qualquer referência a outros direitos mais genéricos e anteriores”.

2.2 O racismo no contexto do imperialismo

351

O ideário da Revolução Francesa ganha maior horizontalidade somente ao final do século XIX, mas já então se fazia necessária alguma base ideológica para impor a povos do hemisfério sul, libertos assim da escravidão formal, uma nova forma de submissão a interesses políticos hegemônicos e expansionistas.

A pressão social e política contra o escravagismo se acentuava. Os anticolonialistas valiam-se, por exemplo, do evolucionismo preconizado por Charles Darwin para desafiar os conservadores quanto à convicção de que o homem branco europeu prevaleceria como a espécie mais apta à sobrevivência, pondo assim à prova o *overman*, ou “gênio da raça”.

Arendt (*op. cit.*, p. 75) argumenta que, a seu ver, a escravidão não se baseava, propriamente, em uma “ideologia racista”, malgrado estabelecida em base estritamente racial. Em rigor, os povos que dela se valiam a defendiam como instituição útil à colonização, mas provisória, desafortunadamente a contrastar com a origem comum dos descendentes de Adão e Eva, sendo de tudo significativa a exclamação de Thomas Jefferson: “Aterroriza-me pensar que Deus é justo”.

A ideologia racista que serviu ao imperialismo a partir das duas últimas décadas do século XIX, não nasceu *para* substituir a base ideológica da escravidão. Não há uma perfeita cronologia entre correntes ideológicas estanques e sucessivas. Em rigor, o imperialismo remete, ao menos por aproximação, a tempos idos nos quais já se formulavam ideias que serviam à segregação de povos com certa origem étnica ou racial.



Nesse sentido, a própria Hannah Arendt (2013, cap. 1, p. 15) nos transporta a escritos do Conde de Boulainvilliers, nobre francês que, ao início do século XVIII, interpretava a história da França como a história de duas nações diferentes “das quais uma, de origem germânica, havia conquistado os habitantes mais antigos, os gauleses, impondo-lhes suas leis, tomando suas terras e estabelecendo-se como classe governante, a ‘nobreza’, cujos direitos supremos se baseavam no ‘direito de conquista’ e na ‘necessidade de obediência que sempre é devida ao mais forte’”.

Preocupado em combater o crescente poder político do Terceiro Estado, Boulainvilliers passou a combater também a monarquia porque o rei francês “já não queria representar a nobreza como *primus inter pares*, e sim a nação como um todo”. Porque pretendia resgatar o poder da nobreza e negando então qualquer conexão predestinada entre o homem e o solo, Boulainvilliers propôs que os companheiros da nobreza negassem ter origem comum com o povo francês, quebrassem a unidade da nação e alegassem uma distinção peculiar e eterna (*apud* Arendt, 2013, cap. 2, p. 16).

Outro nobre francês, o Conde de Dubuat-Nancay, cujos escritos foram igualmente recuperados por Hannah Arendt (2013, cap. 2, pp. 20-21), sublinhava, às vésperas da Revolução Francesa, que a aristocracia (francesa) de origem bárbara deveria fundar uma *Internationale* que defendesse a origem germânica da nobreza, aquela única que era livre por nascimento e por graça da qual as classes inferiores da França se libertaram. Inspiração semelhante à que teve, como retomaremos adiante, o Conde Arthur de Gobineau, em escrito de 1853, ao afirmar que os burgueses descendiam de escravos galo-romanos enquanto os nobres teriam origem germânica.

O germanismo era a base das teorias raciais dos nobres gauleses que, na expressão do Abade de Siéyès, eram “famílias que conservavam a absurda



pretensão de descenderem da raça conquistadora e de terem herdado os seus direitos” (*apud* Arendt, 2013, cap. 2, p. 24).

Derrotado o exército prussiano por Napoleão, a ideologia racista passa a se desenvolver também na Alemanha, mas não como obra de nobres e sim por influência de patriotas prussianos e do romantismo político, com suas incursões teóricas de enorme plasticidade. O esforço era então o de unir o povo germânico, sem exclusão, contra o domínio estrangeiro, despertando-o para a consciência de uma origem comum.

Era tal essa combinação entre o nacionalismo alemão e a discriminação de outros povos que “até mesmo os historiadores que identificaram o racismo alemão do século XX com a linguagem peculiar do nacionalismo alemão são levados a confundir o nazismo com o nacionalismo alemão, contribuindo desse modo para que se subestime a extraordinária atração que a propaganda de Hitler exerceu internacionalmente” (Arendt, 2013, cap. 2, p. 29).

Diversamente do que sucedera na França pré-revolucionária, a nobreza prussiana sentia que os seus interesses estavam ligados aos da monarquia absoluta e, pelo menos desde os tempos de Frederico II, almejava ser reconhecida como legítima representante da nação como um todo. Sendo essa nação formada por todos que falavam o mesmo idioma, não partiria da nobreza o reforço a alguma ideologia (propriamente) de raça.

A nobreza alemã, como anota Arendt (2013, cap. 2, p. 31), “não se assustou com a ascensão da burguesia nem receou uma coligação entre as classes médias e a casa governante, já que o rei da Prússia era o maior latifundiário do país, permanecendo *primus inter pares* a despeito dos esforços dos reformadores”. Como se propunha a união de todos os povos de língua alemã, essa origem comum definida pela língua comum não podia, até então, denominar-se ideologia racial.



Sucedeu que nos albores do século XIX essa origem comum passa a ser associada a “parentesco de sangue”, ou de laços familiares, de unidade tribal, de origem pura sem misturas, muito por influência das obras de liberais nacionalistas como Ernst Moritz Arndt, para quem os alemães “tinham pelo menos a sorte de formarem uma raça pura e sem mistura, um ‘povo genuíno’” (Arendt, *op. cit.*, cap. 2, p. 33).

Mas há, nesse ponto, nuance que impede possamos considerar essas ideias nacionalistas como manifestações racistas que haveriam de disseminar-se como modo de dar sustentação ao nazismo “pois mesmo aqueles que se utilizavam da terminologia racial defendiam com ela o conceito da genuína nacionalidade, que é o princípio da igualdade dos povos”. Di-lo Hannah Arendt ao esclarecer que o próprio Arndt, há pouco citado como influente liberal nacionalista, teria exclamado: “Maldito aquele que subjugar e dominar povos estrangeiros” (*op. cit.*, cap. 2, p. 34).

Enquanto o nacionalismo se valeu de tendências difusas de supremacia biogenética, em um mundo desprovido de uma política internacional de harmonização entre os povos, menor foi a sua repercussão entre os fatores de impacto geopolítico. Ocorreu, porém, de essas ideias nacionalistas finalmente serem fundidas e forjarem uma ideologia plenamente desenvolvida como base para o racismo.

A “nova chave da história”, na definição de Arendt (*op. cit.*, cap. 2, p. 49), foi o resgate, ao início do século XX, de obra de um conde francês, Arthur de Gobineau, lançada cinquenta anos antes (em 1853). Gobineau, uma “curiosa mistura de nobre frustrado e intelectual romântico”, um historiador que se orgulhava de haver incluído a história na categoria das ciências naturais, revelava-se fascinado pelas causas do declínio das civilizações, prevendo, com precisão científica, o desaparecimento definitivo da raça humana.



Após afirmar, como há pouco antecipamos, que haveria “dois povos franceses”, pois os burgueses descendiam de escravos galo-romanos enquanto os nobres teriam origem germânica, Gobineau concluía que a queda das civilizações sobreviria como resultado da degenerescência da raça e que esta, ao resvalar para o declínio, teria como causa a mistura de sangue. Em sua formulação supostamente empírica, possivelmente influenciado pela experiência pessoal de nobre decadente, seria tal a explicação para que a raça inferior terminasse preponderando (Arendt, *op. cit.*, cap. 2, p. 59).

Gobineau propunha, então, a criação de uma elite política que substituísse a aristocracia: em lugar dos príncipes, recomendava uma “raça de príncipes”, os arianos, que correriam o risco de serem engolfados, através do sistema democrático, pelas classes não arianas, ou seja, pelas raças inferiores. Como diz, em arremate, Hannah Arendt (Arendt, *op. cit.*, cap. 2, p. 62), a partir de um só evento político – o declínio da nobreza – o conde tirou duas consequências contraditórias: a decadência da raça humana e a formação de uma nova aristocracia natural.

E como o governo francês pós-revolucionário baseava-se sempre na igualdade essencial dos homens, sendo a França o único país de sua época em que mesmo gente de cor preta gozava de direitos civis, era natural que Gobineau declarasse sua lealdade não aos seus conterrâneos franceses, mas sim ao inglês e, após a derrota da França em 1871, aos alemães (Arendt, *op. cit.*, cap. 2, p. 63).

Paralelamente, e como circunstância histórica perversamente conspiratória, as comunidades judaicas do centro e do ocidente europeus haviam atingido ponto de saturação em matéria de riqueza e, sem pretensões políticas aparentes, a sua descendência dedicava-se a profissões liberais ou puramente intelectuais, constituindo o que o Estado-nação tanto temia: a formação de uma *intelligentsia* judia com influência crescente nos espaços culturais da Alemanha e



da Áustria, notadamente nas áreas jornalística, editorial, musical e teatral (Arendt, *op. cit., passim*).

Ao mesmo tempo, alguns estados europeus haviam adquirido, em meados do século XIX, crédito suficiente para poderem dispensar o financiamento e a garantia dos judeus para seus empréstimos, ao menos em tempo de paz. Sem território e sem governo próprios, a comunidade judaica constituía um elemento intraeuropeu e não nacional num mundo estruturado nacionalmente, com um agravante: “o colapso da comunidade judaica alemã foi precedido pela fragmentação em numerosas facções, cada qual acreditando que seus direitos humanos seriam protegidos por privilégios especiais” (Arendt, *op. cit.*, cap. 2, pp. 28-44).

E, em complemento, “não é difícil compreender por que um homem que usa o seu dinheiro única e diretamente para gerar mais dinheiro pode ser odiado com mais intensidade que o que obtém seu lucro através de um longo e complicado processo de produção” (Arendt, *op. cit.*, cap. 2, p. 104). E se os banqueiros, muitos deles judeus, exerciam tal papel predatório, explorando assim a infelicidade e a miséria, é fácil perceber por que “o movimento esquerdista da classe média inferior e toda a propaganda contra o capital bancário tornaram-se antissemitas” (Arendt, *op. cit.*, cap. 2, p. 105). Não por acaso, o partido social-democrata, único partido de esquerda remanescente no espectro político da Alemanha, era assim apoiado pelos partidos políticos que se forjavam com pauta antissemita.



3. A disseminação do sentimento racista e a interseccionalidade das ideologias opressoras

Por que é importante compreender o modo como a segregação de judeus ganhou aparente aceitação social? Porque, como nos ensina Hannah Arendt (*op. cit.*, parte III, cap. 2, p. 1):

sob um governo constitucional e havendo liberdade de opinião, os movimentos totalitários que lutam pelo poder podem usar o terror somente até certo ponto e, como qualquer outro partido, necessitam granjear aderentes e parecer plausíveis aos olhos de um público que ainda não está rigorosamente isolado de todas as outras fontes de informação (ARENDR).

É de se investigar em que medida esse modo de aculturar as massas, com pretensão opressora e de segregação, dialoga com o direito humano e fundamental à informação que molda, por sua vez, as liberdades igualmente fundamentais de pensamento e de consciência.

Associando essa questão do acervo informacional à do racismo de nossos dias, ou à ideologia que se espraia insidiosamente como sequela de um tempo no qual a escravidão de pretos africanos estava oficialmente naturalizada entre nós (tema subsequente a ser explorado na pesquisa que motiva este texto), Jessé de Souza (2017, p. 206) põe em debate o papel da classe média, como a refletir, de nosso passado escravista, "o capataz da elite do dinheiro de modo a subjugar a sociedade como um todo":

Todas as classes do privilégio tendem, necessariamente, a ver seu privilégio como inato ou merecido. Como diria Weber, os privilegiados não querem apenas exercer o privilégio, mas querem também que esse mesmo privilégio seja percebido como merecido e como um direito (SOUZA, 2017, p. 206).



Na premissa final a ser problematizada pelo grupo de pesquisa que apresenta este ensaio, põe-se em relevo a questão da interseccionalidade entre as falas oprimidas. E então cabe, por antecipação, reproduzir, com Djamila Ribeiro (2019, p. 13/43), as perguntas da professora Giovana Xavier (UFRJ), feitas para inquietar:

Que histórias não são contadas? Quem, no Brasil e no mundo, são as pioneiras na autoria de projetos e na condução de experiências em nome da igualdade e da liberdade? De quem é a voz que foi reprimida para que a história única do feminismo virasse verdade? (RIBEIRO, 2019, p. 13).

O que anima a pesquisa acadêmica, ora documentada, é a percepção de que o projeto de humanidade, se e onde existe, reclama uma atitude vigilante e reflexiva que o revise e o reconstrua continuamente com olhos fitos no horizonte de igualdade e solidariedade que se converteram, ou materialmente precisam se converter, em máxima universal. Sem comprometer, enfim, o distanciamento dos que se dedicam à presente investigação, não se alcançará a visualização de todas as questões imbrincadas com o racismo se não se conceber, como ponto de partida, que essas questões têm matriz substancialmente cultural e remontam, resilientemente, a projetos de poder.

Referências

- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia do Bolso, 2013.
- FREITAS, Viviane Gonçalves. **Feminismos e Interseccionalidade**: mulheres negras, protagonistas de suas histórias. Série Estudos Reunidos. Jundiaí: Paco Editorial, 2019.
- HOLANDA, Marcelo José Rodrigues de Barros. **A Aplicabilidade da Lei Maria da Penha para Casais Homoafetivos Masculinos**. Brasília: Editora Kiron, 2014.



RIBEIRO, Djamila. **Lugar de Fala**. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. "Da 'invasão' da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da 'inferioridade' latino-americana". In: **Fundamentos da História do Direito** / Antonio Carlos Wolkmer (organizador). Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp. 343-392.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.