

conceito jurídico

ano | | agosto de 2017 | nº 08



A adequação da legislação às
novas relações do trabalho **Pág. 7**

conceitojuridico.com

Exemplar de assinante. Venda proibida.



Reforma trabalhista: o futuro do Direito do Trabalho



TENDÊNCIAS

Luiz Flávio Borges D'Urso

A prisão em segunda
instância nos tempos da
Lava Jato



VISÃO JURÍDICA

Francisco Sannini Neto

Indiciamento policial e
suas consequências



DOCTRINA

George André Lando

A dignidade da pessoa
humana e os direitos da
personalidade

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguié Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Angelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.


zakarewicz
editora



ARQUIVO PESSOAL

Gilberto Andreassa Junior

Relevância da questão federal (PEC 209/2012 e 10/2017) e a (ir)racionalidade jurídica do STJ

Criado através da Constituição Federal de 1988, e instalado no ano seguinte, o Superior Tribunal de Justiça tem a missão de uniformizar a interpretação das leis federais em todo o país, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito.

Ocorre, porém, que passados quase trinta anos da criação do tribunal, surgem diversas indagações sobre o modo com que vêm sendo combatidos os recursos de estrito direito, mormente após aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2017, no Senado Federal.

Em 23 de agosto de 2012, um adendo ao art. 105 da Constituição Federal foi proposto na Câmara dos Deputados a fim de atribuir um novo requisito de admissibilidade ao recurso especial no âmbito do STJ. Com numeração 209/2012, a PEC foi amplamente defendida pelos ministros, que afirmaram estar recebendo um número expressivo de recursos com matérias de baixa importância e de cunho estritamente pessoal, isto é, sem relevância jurídica, política, econômica ou social.

Já no corrente ano, sob a numeração 10/2017, a Proposta de Emenda à Constituição foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal e, desde o dia 06 de julho, se encontra no Plenário da Casa.

Pois bem. A referida proposta causou diversas manifestações entre os profissionais do Direito, mais especificamente entre os advogados, haja vista que estes acreditam em uma tentativa de se frear de forma temerária o julgamento de recursos, os quais, na maioria das vezes, são de suma importância para a concretização do Estado Democrático de Direito. Inclusive, a própria Ordem dos Advogados do Brasil, através de seu presidente, declarou ser contrária ao novo requisito de admissibilidade recursal.

A pergunta a ser feita no presente artigo é se a proposta de emenda está apta a resolver os problemas estruturais do Superior Tribunal de Justiça.

Vale lembrar que a constante criação de súmulas – que por muitas vezes são dissonantes da realidade social – e recursos repetitivos apenas filtraram parte dos recursos, mas não trouxeram a tão sonhada razoável duração do processo. Ademais, a argumentação de parte dos ministros, ao declarar que o STJ não deve julgar questões de baixa relevância (ex: multas de trânsito), não parece a mais apropriada, ainda mais quando estamos diante de uma democracia que permite a todo e qualquer cidadão a luta pelos seus direitos (individuais ou coletivos).

Diferente do que ocorre em outros países, as leis federais, no Brasil, possuem uma abrangência bastante ampla, e poucos problemas se resolvem dentro dos Estados. Ademais, questiona-se como deve proceder a Corte Superior ao se deparar com uma questão “sem relevância”, mas que está sendo interpretada de forma divergente nos tribunais locais? Aqui, a relevância da questão federal estaria *in re ipsa*?

Parece bastante claro que a implementação da relevância da questão federal trará benefícios por um curto período de tempo, sendo que em alguns anos novas propostas serão remetidas ao Congresso Nacional na busca de maior “celeridade” e mais “justiça processual”.

Por derradeiro, não se pode perder de vista, como disse o presidente da OAB, Claudio Lamachia, que “a prestação jurisdicional é um bem tão essencial como saúde, educação e segurança, não sendo, portanto, razoável que a população seja dela privada por falta dos investimentos necessários ao seu funcionamento”. É preciso refletir se todo este trâmite está ocorrendo de forma inteligente e, sobretudo, democrática. Em síntese, celeridade não deve ser confundida com o trancamento injustificado de recursos. 

GILBERTO ANDREASSA JUNIOR é Doutorando e Mestre em Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil Contemporâneo. Membro efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado e professor Universitário.

SUMÁRIO

7 A adequação da legislação às novas relações do trabalho

ENTREVISTA

Almir Pazzianotto Pinto

12 O caso do bebê Charlie Gard

DIREITO E BIOÉTICA

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

17 Os cinco desafios para o sucesso da internação compulsória de viciados em drogas

PAINEL DO LEITOR

Cirilo Tissot

23 A ocupação necessária

DESTAQUE

Cristovam Buarque

35 As principais mudanças para trabalhadores e empregadores a partir da reforma trabalhista

CAPA

Maria Lucia Benhame

46 Presença da terceirização na produção e emprego

CAPA

Marcio Pochmann

64 A reforma trabalhista – avanços e cuidados

CAPA

Eduardo Pastore

3 Relevância da questão federal (PEC 209/2012 e 10/2017) e a (ir)racionalidade jurídica do STJ

COM A PALAVRA

Gilberto Andreassa Junior

10 Aumentar impostos ou cortar gastos?

PAINEL ECONÔMICO

José Matias-Pereira

15 “Crimes” contra pacientes, planos de saúde e SUS

PROPOSTAS E PROJETOS

Sandra Franco

20 Consolida-se na Segunda Turma do STF a aplicação do princípio da insignificância

COMO DECIDEM OS TRIBUNAIS

Rômulo de Andrade Moreira

24 Reforma trabalhista: o futuro do Direito do Trabalho

CAPA

Georgenor de Sousa Franco Filho

41 Reforma trabalhista

CAPA

Isabel Carla de Mello Moura Piacentini

55 Terceirização de atividade não é terceirização de serviço

CAPA

Jorge Luiz Souto Maior

71 Negociado versus legislado e a rescisão do contrato de trabalho

CAPA

Jair Teixeira dos Reis

SUMÁRIO

88 | **Princípios da legalidade e anterioridade tributária e a inconstitucionalidade da modificação de alíquota de contribuição social (PIS e Cofins) através de decreto**

IN VOGA

Ricardo Simões Xavier dos Santos

97 | **Vamos falar sobre Sociologia da Concorrência? Para melhor compreender dilemas concorrenciais que afloram e desafiam a sociedade**

PORTAL JURÍDICO

Guilherme Teno Castilho Misale e Yan Villela Vieira

112 | **A prisão em segunda instância nos tempos de Lava Jato**

TENDÊNCIAS

Luiz Flávio Borges D'Urso

118 | **A face obscura da prisão preventiva**

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Ana Paula Oliveira de Souza

128 | **Um combate mal-ajambrado à corrupção**

DIREITO EMPRESARIAL

José-Ricardo Pereira Lira

136 | **Breves considerações sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade**

DOCTRINA

George André Lando

86 | **A reforma trabalhista e a segurança jurídica**

CAPA

Marcia Regina Negrisoni
Fernandez Polettini

93 | **Medida provisória e pertinência temática das emendas: o impacto do julgamento da ADI 5127/DF**

CONTEXTO

Eduardo R. Botelho

102 | **Indiciamento policial e suas consequências**

VISÃO JURÍDICA

Francisco Sannini Neto

115 | **Sigilo bancário quebrado pela e-Financeira é ilegal e inconstitucional**

ENFOQUE

Márcio Maués

125 | **MP nº 774/2017 – insegurança jurídica no fim do regime de desoneração da folha de pagamentos**

CONJUNTURA

Rafael Santiago Araujo

134 | **Holding familiar como opção de planejamento sucessório**

GESTÃO EMPRESARIAL

Amanda Bogus

149 | **A ética política em coma**

PONTO DE VISTA

Amadeu Roberto Garrido
de Paula

A adequação da legislação às novas relações do trabalho



POR ALMIR PAZZIANOTTO PINTO

Nesta edição, o ex-presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Almir Pazzianotto Pinto, concede entrevista exclusiva para esclarecer os leitores da Revista Conceito Jurídico pontos essenciais da reforma trabalhista.

CONCEITO JURÍDICO – *Sobre os acordos entre empregado e empregador, como o senhor vê essa livre negociação no que diz respeito ao banco de horas, às férias e ao plano de cargos e salários?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – Avaliaremos os frutos da Lei nº 13.467/2017 apenas após vê-la integrada à Consolidação das Leis do Trabalho, com o objetivo de “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, como reza a ementa. A tentativa do legislador consiste, portanto, em compatibilizar o espírito tutelar da velha CLT com o novo mercado de trabalho, alterado pela globalização, informatização, e intensa concorrência desencadeada por economias emergentes como as da China e da Coreia do Sul, com o mercado interno estrangulado pelo elevado custo da mão de obra de baixa produtividade e pela insegurança jurídica. Apenas a partir do próximo ano começaremos a colher os primeiros resultados.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual a sua opinião sobre a criação do trabalho intermitente?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – O excesso de legislação na esfera trabalhista não será corrigido mediante a criação de novas modalidades de contrato. Contrato intermitente é o velho trabalho eventual, conhecido como “bico”. A meu juízo a lei erra ao retirá-lo da informalidade, onde não gerava custos desnecessários às partes, para cercá-lo da falsa proteção decorrente da formalização. Não creio em geração de empregos provocada pela redução do número de horas ou de dias de trabalho.

CONCEITO JURÍDICO – *A reforma trabalhista prevê a possibilidade de flexibilização no pagamento em até três vezes das férias, acompanhadas do terço constitucional, sendo um período mínimo de 14 dias e os demais de, no mínimo, cinco corridos cada um. O que o senhor tem a dizer sobre esse aspecto da reforma?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – Quanto à possibilidade do parcelamento das férias, sou amplamente favorável. Trata-se de antiga reivindicação dos trabalhadores. A rigor, ninguém necessita de 30 dias anuais de férias. Permitir o fracionamento é uma medida inteligente.

CONCEITO JURÍDICO – *O senhor considera adequado o prazo para pagamento de horas extras em banco de horas ser reduzido para seis meses, tendo em vista que o prazo atual é de um ano?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – Sim. Considero excelente, assim como a possibilidade oferecida ao empregado de negociar pessoalmente, sem a intermediação do sindicato, o banco de horas, conforme prevê o art. 59, § 5º, com a nova redação.

CONCEITO JURÍDICO – *Uma questão que está gerando polêmica é a contribuição sindical, a qual passaria a ser opcional e, conseqüentemente, também a homologação sindical e as rescisões. Quais as suas ponderações sobre a matéria?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – A quitação assistida e homologada revelou-se inútil como instrumento de garantia para o empregador. O empregado despedido recebia as parcelas constantes no recibo sob assistência do sindicato, ou do órgão local do Ministério do Trabalho e, ato contínuo, voltava ao mesmo sindicato ou procurava advogado para ajuizar reclamação trabalhista, com dezenas de pedidos. A lei, no caso, correspondente à realidade dos fatos. Resta saber o valor que a Justiça do Trabalho dará ao recibo passado em conformidade com a nova lei. A conversão da contribuição sindical obrigatória em voluntária resultará no desaparecimento de milhares de entidades. Atenta a esse perigo, a lei deveria fixar período de transição, entre quatro e cinco anos, para que tal acontecesse. Os assalariados não podem e não devem perder a possibilidade de serem defendidos individual ou coletivamente pelo sindicato de classe, como certamente acontecerá em larga faixa do mercado de trabalho.

CONCEITO JURÍDICO – *Diferentemente do resto do mundo, o Brasil é recordista em ações trabalhistas, deixando os tribunais abarrotados, comprometendo não somente a celeridade como os julgados, pois o paternalismo ainda impera. Na sua visão, o que falta para diminuir tantas demandas?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – Para reduzir o volume de demandas, medidas rápidas e enérgicas devem ser adotadas. A cobrança de custas, o princípio da sucumbência, maior cuidado por parte dos juízes de primeiro e segundo graus ao analisarem os fatos e provas, respeito aos princípios éticos pelos ilustres advogados. A perniciosa proliferação dos processos prejudica a classe trabalhadora por desestimular investimentos geradores de empregos. Um dos adversários do trabalho humano consiste na informatização do sistema produtivo. O robô não ajuíza reclamações para cobrar horas extras, não recebe depósitos do FGTS, não goza férias, não tem décimo terceiro. Tornou-se mais barato, em médio e longo prazos, informatizar e suprimir empregos. Legisladores, juízes, procuradores, advogados, sindicalistas, devem pensar nisso. O capital é móvel e covarde. Vai para aonde quer, mas somente fica quando é bem tratado.

CONCEITO JURÍDICO – *O Brasil dispõe de uma vasta legislação e uma imensidão de jurisprudência na esfera trabalhista. O senhor enxerga isso como algo prejudicial ou que cause alguma confusão quando as partes buscam a solução nos tribunais? Qual a sua leitura sobre essas milhares de ações que abarrotam o Judiciário?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – Fui advogado de sindicatos entre 1960 e 1982. O mundo era menor e diferente. Havia demanda de mão de obra nas indústrias de construção civil e automotiva, geradoras de milhares de empregos. Para a empresa se expandir, era necessário aumentar o número de empregados. Hoje, há enorme excedente mundial de trabalhadores em busca de oportunidade de trabalho. A

legislação trabalhista brasileira está correta, mas para épocas ultrapassadas, já o disse alguém. O processo de desindustrialização é intenso no Brasil, no qual concorre o fato de o custo final do trabalho ser elevado e a produtividade do trabalhador baixa, quando comparada com a dos países desenvolvidos da Europa, Ásia, América do Norte. A modernização da CLT recebe alguma contribuição da Lei nº 13.467, mas a verdadeira reforma exige mais, muito mais. Temos cerca de 14 milhões de desempregados e aproximadamente 10 milhões de subempregados. As causas de tal volume de trabalhadores sem ocupação reside em parte na CLT, na forma como é interpretada e aplicada pelo Judiciário, no desestímulo à geração de empregos, à concorrência feroz de produtos importados.

CONCEITO JURÍDICO – *Os tribunais de justiça no Brasil examinam e julgam as disputas de natureza jurídica e de natureza econômica. O que o senhor tem a nos dizer sobre os métodos extrajudiciais para a autocomposição, como a conciliação, a mediação e a arbitragem?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – *Sou amplamente favorável à utilização de meios extrajudiciais na solução de conflitos trabalhistas. As comissões mistas de conciliação, previstas pela CLT, devem ser incentivadas, pois resolvem com objetividade e rapidez pequenos e médios conflitos em torno de valores. Devemos, também, sempre que possível, recorrer à arbitragem. A posição do Judiciário Trabalhista, opondo-se ao arbitramento de conflitos trabalhistas, é atrasada e, portanto, equivocada.*

CONCEITO JURÍDICO – *Em sua opinião, a criação de uma instância interna nas empresas com mais de 200 empregados para ali resolverem conflitos será uma boa alternativa para desestimular o uso exagerado da Justiça do Trabalho?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – O legislador errou. O art. 11 da Constituição é simples: “Nas empresas com mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.” Está dito o necessário. A representação dos trabalhadores poderia ser efetiva, quando necessário, mediante acordos coletivos em conformidade com as características dos estabelecimentos. Embora procure fomentar a negociação coletiva, neste aspecto a lei errou por se envolver em assunto que diz respeito exclusivamente a empregadores e empregados. Sobre a lei o acordo goza da vantagem da elasticidade, que lhe permite adaptar-se à natureza e ao tamanho do estabelecimento, e pelo fato de ter duração curta e determinada, permitindo às partes adaptá-lo anualmente às alterações de situação e às necessidades.

CONCEITO JURÍDICO – *A reforma trabalhista abre alguma espécie de brecha para a expansão da terceirização no serviço público?*

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO – O setor público é dominado pela terceirização. Veja-se o disposto pelo Decreto-Lei nº 200/1967 a respeito da descentralização. A Lei nº 8.666/1993 trata exatamente de licitações e contratos da Administração pública, ou seja, como terceirizar obras e serviços. O Decreto-Lei nº 200, baixado pelo presidente Castelo Branco, foi recepcionado pela Constituição de 1988. Determina os cinco fundamentos da moderna administração, a saber: I) planejamento; II) coordenação; III) descentralização (que outra coisa não é senão a terceirização de atividades executivas); IV) delegação de competência; V) controle. Participei, como ministro do Tribunal Superior do Trabalho, da aprovação e da redação da Súmula 331. Seria perfeita se não houvesse criado artificial divisão entre atividade-fim e atividade-meio. Infelizmente, apesar de todas as evidências, o TST não admite que errou. ❏

Aumentar impostos ou cortar gastos?

■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

“Para “salvar o Brasil” é preciso ir além da discussão sobre aumentar impostos ou cortar despesas. O país necessita realizar, além das reformas da previdência social e a tributária, uma reforma política radical.”

A história econômica revela que a promoção do desenvolvimento econômico e social de um país não ocorre por acaso, ele é fruto de boa governança, educação e inovação. Como um navio que tenta se manter na superfície, no meio de uma grande tempestade, o Brasil procura de forma atabalhoada – por não ter um projeto de nação – encontrar soluções para superar os seus graves problemas nessas áreas. A estratégia da vez, diante da ruína das contas públicas, é o debate inócuo que vem sendo travado no núcleo do poder do governo Temer sobre a melhor opção para salvar o país da bancarrota, no qual se questiona: aumentar impostos ou cortar gastos?

Quando avaliamos o desempenho medíocre da economia brasileira nos últimos anos constatamos que a estagnação do país, notadamente em termos de produtividade, não ocorreu por acaso. Essa degeneração foi construída por políticas econômicas equivocadas, e aprofundadas nos últimos quinze anos, por governantes despreparados, temerários e corruptos, que culminou com a desorganização das finanças públicas do Estado.



Essa tragédia anunciada teve como marco de referência os equívocos cometidos na gestão da política econômica no governo Lula, notadamente na concessão de benesses e estímulos fiscais para diversos segmentos da economia, desprovidos de critérios técnicos, com o intuito específico de eleger a sua candidata preferida, Dilma Rousseff, nas eleições de 2010. Tão despreparada para ocupar o cargo quanto o seu padrinho, Dilma aprofundou as crises econômica, política e ética do país, fator que resultou no seu afastamento da presidência da República, em 2016. Os efeitos perversos da crise, no entanto, não se encerraram com o impeachment de Dilma, e a posse de seu vice-presidente, Michel Temer. Eles continuam repercutindo e se prolongando no tempo, dificultando a implementação das mudanças que o país necessita para reorganizar as contas públicas e retomar o crescimento.

Estudos e relatórios de instituições multilaterais (FMI, Banco Mundial, OCDE), e nacionais (IBGE, BCB, IPEA) mais recentes, explicitam as razões dos pífios e inquietantes indicadores socioeconômicos do país. O Produto Interno Bruto (PIB) em 2014 ficou em 0,5%, e entrou em depressão no biênio 2015 e 2016, com quedas de -3,8% e -3,6%, respectivamente. As projeções do desempenho do PIB, que apontam para um crescimento de 0,3% em 2017, e de 1,0% em 2018, não são animadoras. Esses baixos desempenhos da economia explicam a queda na arrecadação de tributos e o patamar recorde de 14,2 milhões de pessoas desempregadas no país (Pnad Contínua – IBGE, março 2017).

Os déficits primários elevados do setor público consolidado nos últimos anos comprovam o desequilíbrio das contas públicas: R\$ 17,2 bilhões em 2014; R\$ 114,7 bilhões em 2015, e R\$ 154,2 bilhões em 2016. Estima-se um déficit primário de R\$ 139 bilhões em 2017, e R\$ 131,3 bilhões em 2018. Esses déficits estão impactando de forma preocupante no nível de endividamento do país: a Dívida Líquida do Setor Público (DLSP) alcançou R\$ 3.075,1 bilhões (48,1% do PIB) em maio de 2017; e a Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG), que incluem o Governo Federal, INSS, governos estaduais e municipais, alcançou R\$ 4.633,5 bilhões no mesmo mês (72,5% do PIB). O controle das despesas públicas e do endividamento, em especial da dívida bruta, são essenciais para atrair investimentos.

Pode-se argumentar, tendo como referência os indicadores socioeconômicos nacionais, que as possibilidades de o Brasil se transformar num país desenvolvido e mais justo vão se estreitando cada vez mais. O Brasil não vai mudar com um sistema político apoiado em valores patrimonialistas e corporativistas, que abrem avenidas para os desperdícios e a corrupção. As ações e negociações espúrias do patrimônio público e de cargos no governo, para se manter no poder, mostram que as práticas adotadas nos governos Lula e Dilma continuam girando céleres no governo Temer.

Assim, para “salvar o Brasil” é preciso ir além da discussão sobre aumentar impostos ou cortar despesas. O país necessita realizar, além das reformas da previdência social e a tributária, uma reforma política radical, que promova a extinção de todos os partidos e do fundo partidário, a implantação do parlamentarismo ou do presidencialismo mitigado (modelo francês), redução pela metade dos assentos no Congresso, nas assembleias estaduais e câmaras municipais, tendo como objetivo final mudar a cultura política vigente, coibindo que políticos se sirvam da política para defenderem interesses pessoais ou de grupos. ❏



JOSÉ MATIAS-PEREIRA é economista, advogado, Doutor em Ciência Política, Pós-Doutor em Administração e professor de Administração Pública da Universidade de Brasília.



O caso do bebê Charlie Gard

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

O caso ocorrido no Reino Unido em que o bebê Charlie Gard, com onze meses de idade, sofreu de uma rara síndrome genética degenerativa que foi rapidamente debilitando sua saúde, convulsionou o mundo quando os médicos ingleses abandonaram a obsessão terapêutica que

“A constatação da própria Medicina no sentido de que o tratamento alternativo não trará qualquer benefício faz cair por terra a *spes vitae*, uma vez que o quadro progressivo da doença trará mais dor e sofrimento à criança.”

vinham praticando por entenderem que a Medicina não tinha mais recursos para atender a criança. Daí, contra a vontade dos pais, um pedido judicial solicitou o desligamento dos aparelhos e a autorização foi concedida pela Justiça, posteriormente confirmada pela Suprema Corte Britânica e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Ocorre que, com a interferência do Vaticano e do presidente Donald Trump, um novo canal para a realização de tratamento alternativo se abriu, mesmo apesar de ainda não ter sido testado em humanos. Porém, os próprios médicos responsáveis pela pesquisa confirmaram a ineficácia para a doença de Charlie, o que determinou a execução da Justiça britânica.

O quadro era comovente e comportava uma coerente apreciação humana. Do breve relato percebe-se que, de um lado, os médicos que deram assistência à criança, por entenderem que os tratamentos conferidos não traziam qualquer melhora, mas sim provocam mais desconforto e sofrimento, transferiram a decisão para a Justiça que, de forma reiterada, homologou o parecer médico e autorizou o desligamento dos aparelhos de auxílio extracorpóreo que davam sustentação vital à criança. Por outro lado, os pais, como que numa romaria incansável, não concordaram com a determinação judicial e apelaram publicamente para que fosse dada mais uma chance para o filho. O imbróglio residiu em questionar se era o Estado ou se eram os pais da criança os responsáveis para tal conduta terminativa.

É interessante analisar os dois posicionamentos, pois se trata de um tema que ganhou o interesse da humanidade, justamente por se encontrar na difícil decisão que envolve a finitude da vida, considerada um limbo não impenetrável em razão de alguns outros casos de difícil decisão que, de quando em quando, afloram na imprensa mundial. A ciência da Bioética, por sua vez, com sua peculiaridade de ponderação do *homo medius*, frequenta com certa assiduidade o assunto e oferece subsídios interessantes para uma tomada de posição que seja coerente com a dignidade da pessoa humana. É até contraditório e destoa com a sacralidade da vida

afirmar que os pais ou os médicos são detentores do direito de decidir a respeito da morte da criança, quando a regra universal é lutar pela vida.

Dentre os princípios da Bioética, o da beneficência é aquele que recomenda ao médico a utilização de todos os recursos disponíveis para combater a doença que aflige o paciente, conferindo a ele os cuidados necessários recomendados nos protocolos. Porém, quando não houver mais nada a fazer, quando a medicina tiver se rendido diante da irreversibilidade da doença, quando o tratamento passar a ser desumano a recomendação para o desligamento dos aparelhos passa a ser uma solução mais adequada e conveniente, não destoando do dever de cuidar bem (*primum non nocere*). Não se trata de uma omissão ou negligência dos profissionais da saúde, mas sim uma constatação de que os recursos são findáveis e a ciência, por mais avançada que possa ser considerada, ainda não atingiu conhecimento suficiente para combater determinadas doenças. Assim, é de toda inócua a iniciativa de prolongar a vida do paciente, que certamente virá a óbito após muito sofrimento, contrariando a benignidade humanista proposta.

O Estado, pelo órgão jurisdicional, por seu turno, de forma peremptória até o seu mais alto grau, determinou o desligamento dos aparelhos, atendendo ao reclamo dos médicos (*malum non facere*). E assim agiu fincado no critério da racionalidade. De nada adiantará envidar esforços se não houver chance de reversibilidade da doença. Faz até lembrar a figura do *paterfamilias* do Direito Romano que, como governante de um determinado número de pessoas, exercia o poder de vida e morte (*jus vitae et mortis*) sobre seus dependentes. Semelhante, também, na Grécia antiga, na época da rígida educação espartana, quando os bebês eram levados perante os anciãos que os examinavam atentamente e, em caso de defeito físico constatado, eram atirados do alto do monte Taigeto.

No caso de Charlie, a possibilidade de se tentar um tratamento experimental, apesar de nada ter de concreto com relação a um resultado que seja satisfatório, não só atenderia aos interesses dos pais como também da própria humanidade, que repousaram sua esperança no direito de tentar pela última vez, consubstanciado no *right to try* dos norte-americanos. Guardadas as proporções, a substância fosfoestanolamina viveu episódio idêntico no Brasil quando a Justiça, em algumas oportunidades, liberou sua produção para a cura do câncer e, posteriormente, ao ser submetida a estudos clínicos experimentais, foi reprovada na primeira fase.

Não se pode olvidar, também, a respeito do tema, o caso mundialmente conhecido envolvendo José Meister, criança de nove anos, que foi mordida catorze vezes por um cão com a doença de raiva, que provocava a morte, fato acontecido no ano de 1885. A mãe suplicou a Louis Pasteur, químico, que tinha desenvolvido uma vacina antirrábica, porém só a testou em animais e sabia do perigo em utilizá-la em humanos. Porém, em razão de se apresentar como a única alternativa, arriscou, e a criança recebeu a primeira das 12 injeções antirraiva, vindo a sobreviver.

A constatação da própria Medicina no sentido de que o tratamento alternativo não trará qualquer benefício faz cair por terra a *spes vitae*, uma vez que o quadro progressivo da doença trará mais dor e sofrimento à criança. Assim, os pais tiveram que se render à decisão terminal da Justiça. 



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-doutorado em Ciências da Saúde, reitor da Unorp, advogado, membro *ad hoc* da CONEP/CNS/MS.



“Crimes” contra pacientes, planos de saúde e SUS

■ POR SANDRA FRANCO

“Ainda que nossa sociedade seja capitalista, em que se visa sobretudo ao lucro, a saúde deve ser vista como um bem social e coletivo a ser priorizado a qualquer custo. O paciente não deve ser enxergado somente como cifras, em especial ao ingressar em um hospital entre a vida e a morte. O projeto aprovado pelo Senado também prevê que deverá responder pelo crime o representante, funcionário, gerente ou diretor dos planos de saúde ou da unidade de saúde que condicionar o atendimento à prévia autorização dos planos de saúde.”

Uma cena muito comum nos hospitais e clínicas brasileiras pode se tornar crime: a autorização prévia para atendimentos de urgência e emergência. No último dia 12 de julho, o Senado aprovou um projeto de lei que veda e enquadra como crime a exigência de autorização prévia de operadoras de planos de saúde para atendimentos de casos de urgência ou emergência. A proposta prevê pena de detenção de três meses a um ano, além de multa. Se a recusa de atendimento resultar em lesão grave ou morte, o tempo de detenção poderá ser aumentado em metade ou triplicado.

Alguns senadores queriam estender a pena para outros atendimentos, mas num primeiro momento apenas a autorização prévia de urgência e emergência será considerada um delito. Quando se tratar de um caso de alto risco o atendimento deverá ser imediato, sem

qualquer tipo de consulta a operadora. O paciente corre risco de vida e, como em milhares de casos que acompanhamos diariamente pela mídia, pode perder a vida por conta da falta de atendimento urgente.

Para os serviços de pronto atendimento, cria-se a necessidade maior de serviços de triagem. Uma classificação de risco do paciente mais eficiente permitirá aos serviços de urgência a defesa diante de alegações infundadas de pacientes e familiares. Lamentavelmente, há aqueles que, sabedores da criminalização da exigência de autorização, poderão tentar se aproveitar de condições já conhecidas de atraso de pagamentos e, quiçá, da ausência de plano, como ocorre com a proibição da exigência de caução para a realização de atendimentos.

Como em qualquer crime tipificado no Código Penal Brasileiro, será necessário instaurar um inquérito policial e a ação da equipe médica e do estabelecimento hospitalar deverá ser apurada, antes da aplicação de qualquer pena ou sanção.

Tal medida, se aprovada, visa a barrar a prática de hospitais e clínicas que tratam a vida comercialmente. Ainda que nossa sociedade seja capitalista, em que se visa sobretudo ao lucro, a saúde deve ser vista como um bem social e coletivo a ser priorizado a qualquer custo. O paciente não deve ser enxergado somente como cifras, em especial ao ingressar em um hospital entre a vida e a morte.

O projeto aprovado pelo Senado também prevê que deverá responder pelo crime o representante, funcionário, gerente ou diretor dos planos de saúde ou da unidade de saúde que condicionar o atendimento à prévia autorização dos planos de saúde. A proposta também estende a punição a qualquer outro tipo de condição para os atendimentos de urgência e emergência, como a exigência de cheque-caução ou nota promissória.

Ou seja, qualquer tipo de garantia financeira para o atendimento de urgência ou emergência também poderá resultar em crime. Vale lembrar que, em Brasília, em 2012, o secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Duvanier Paiva Ferreira, morreu de infarto agudo do miocárdio após ter seu atendimento recusado em dois hospitais. Ele deixou de ser socorrido pelo fato de não ter fornecido um cheque-caução, garantia exigida até que fosse emitida a autorização do seu plano de saúde para o atendimento. Esse é um exemplo que ocorre cotidianamente nos estabelecimentos hospitalares do país.

No relatório dos senadores, fundamento utilizado para apresentar o projeto de lei, foi ressaltada nota técnica encaminhada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que descreve as autorizações prévias como mecanismos de regulação aceitos no mercado de saúde complementar, desde que não impeçam ou dificultem o atendimento em situações de urgência e emergência.

Logicamente, no papel, o texto impressiona e pode ser uma forma populista de se resolver um problema maior, que é a precariedade no atendimento nos hospitais de portas abertas do SUS. Fato é que as punições demorarão a chegar. As responsabilizações criminal e civil poderão salvar milhares de vidas daqueles que procuram os serviços privados todos os anos. Mas ainda há a questão dos públicos, os quais não exigem caução e acabam por trazer danos aos paciente pela demora no atendimento e a precariedade dos serviços.

Deve-se analisar com cautela esse projeto, para que ele não sirva apenas como mais um paliativo a esconder os reais problemas na saúde. **■**



ARQUIVO PESSOAL

SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, presidente da Comissão de Direito da Saúde e Responsabilidade Médico-Hospitalar da OAB de São José dos Campos/SP, presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, membro do Comitê de Ética da UNESP para pesquisa em seres humanos e Doutoranda em Saúde Pública.

Os cinco desafios para o sucesso da internação compulsória de viciados em drogas

■ POR CIRILO TISSOT



“Independentemente do tamanho do desafio e de sua intensidade, o tempo – a condição mais importante no tratamento da dependência química – é necessário, já que será essencial para realizar todas essas transformações, bem como o imprescindível apoio dos membros da família, da sociedade e dos meios de saúde, de modo a recuperar essas pessoas que anseiam por sair da Cracolândia.”

A comunidade de especialistas em tratamentos de viciados em drogas está atenta ao esforço de autoridades da saúde pública para levar tratamento médico aos milhares de dependentes em crack da capital paulista. O apoio obtido na Justiça para a internação compulsória dessas pessoas inflama a questão, especialmente em uma sociedade que, até agora, tem-se mostrado avessa a quaisquer medidas que imponham ações contra a vontade de outrem. Numa análise estritamente clínica dos fatos, o ponto chave da medida é a disposição conjunta da Prefeitura e do Estado em assumir que o problema existe e que está sob sua responsabilidade a aplicação de soluções. E isto independente dos incidentes de segurança pública responsáveis pelas ações que tentam resgatar a ordem em determinada região da cidade.

Assim, é muito importante compreender e aceitar que a gestão pública já vinha cuidando do conjunto de cidadãos em estado permanente de adição a drogas na área. Uma série importante de protocolos sociais e médicos foram aplicados, muito provavelmente com resultados aquém do desejável, além da geração de outros problemas que põem em risco a vida dos usuários de crack. Portanto, como em qualquer tratamento, chegou-se ao estágio em que se faz necessária a adoção de medidas mais firmes, previstas nos protocolos médicos e na legislação pertinente.

Nas relações privadas, cabe aos médicos avaliar a situação do paciente diante do tratamento e expor à família a necessidade da medida de internação, inclusive a internação involuntária e compulsória. Na esfera pública, a mesma missão cabe aos responsáveis pela saúde pública. Numa interpretação bem ampla, o direito de consumir drogas até à morte dentro de sua casa não se espelha na rua, à frente de todos. Pior ainda ocorre quando psiquiatras e demais conhecedores do tema têm plena ciência da profunda perda de autocontrole que o ser humano atinge nas condições de consumo ininterrupto de drogas.

A questão do tratamento de drogas está diretamente ligada a visões de suicídio e eutanásia em detrimento de tentar manter a vida ao máximo custo. Feitas estas

considerações, é importante termos muito claro os cinco desafios que os profissionais da saúde envolvidos em lidar com o tratamento em internações compulsórias terão pela frente para obterem sucesso na iniciativa.

Primeiro, tempo para uma mínima desintoxicação orgânica, que numa visão mais comum duraria cerca de 40 dias. A ciência tem demonstrado que as grandes mudanças e efeitos no cérebro humano ocorreriam em cerca de três meses de abstinência. Isto, certamente, envolve consequências claras da vontade do indivíduo sobre si. A partir de recursos para cuidar dos efeitos decorrentes da ausência da droga, este período é essencial para o paciente recuperar o mínimo domínio da cognição para saber quem já foi, quem é agora e ainda escolher como será seu futuro. Portanto, a questão importante será a capacidade do paciente em, ao desenvolver a cognição, estabelecer um pensamento crítico sobre a condição de sua doença.

Segundo, acesso a terapias, de forma contínua, que permitam uma mínima reordenação social. Em verdade, ninguém para de usar drogas pelos problemas decorrentes do vício, mas sim por acreditar que a vida será certamente melhor sem o consumo de drogas ou álcool. Logo, a questão está ligada diretamente aos valores que permitem ao dependente químico enxergar uma vida mais satisfatória.

Terceiro, ter-se consciência de que a compulsão que faz alguém tornar-se adicto a drogas passa muito longe de tragédias pessoais. Na verdade, está colado numa realidade comprovada por experiências clínicas: o consumo de drogas é o encontro com o prazer imediato. Um estágio de nirvana permanente. A busca por um estado de euforia sem fim.

Quarto, os pacientes poderão sofrer recaídas num período dentro dos próximos seis meses, contados a partir do momento em que tiveram a proposta de parar o consumo de substâncias químicas. Não serão todos que terão recaídas, mas a probabilidade daqueles que recaem já nos seis primeiros meses é de 75%.

Quinto, o recuperado do vício precisará se tornar um vigilante de si mesmo. Ter acesso a tratamento psicológico capaz de comprovar a importância de se afastar do ambiente que lhe encaminhou ao vício. Muitas vezes, isso significa se afastar de coisas que vão além das ruas, isto é, compreende estar distante dos amigos e, às vezes, da própria família.

Diante dos estímulos da vida, uma pessoa pode encontrar dificuldades para responder de forma satisfatória aos obstáculos. O elemento fundamental será a postura que adotar para ter comportamentos construtivos em detrimento da busca por euforia, excitação ou anestesiamento dessas dificuldades a todo custo. Independentemente do tamanho do desafio e de sua intensidade, o tempo – a condição mais importante no tratamento da dependência química – é necessário, já que será essencial para realizar todas essas transformações, bem como o imprescindível apoio dos membros da família, da sociedade e dos meios de saúde, de modo a recuperar essas pessoas que anseiam por sair da Cracolândia. 



ARQUIVO PESSOAL

CIRILO TISSOT é médico psiquiatra especialista em dependência química e diretor técnico da Clínica Greenwood.

Consolida-se na Segunda Turma do STF a aplicação do princípio da insignificância

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Acertada foi a decisão da Segunda Turma e, oxalá, este entendimento vingue, contaminando os demais integrantes da Corte. Como se sabe, o princípio da insignificância foi pensado por Claus Roxin, na década de 1960, a partir do princípio da adequação social, anteriormente criado por Welzel. Segundo Roxin, em linhas gerais, era necessário introduzir no sistema penal um outro princípio que permitisse, em alguns tipos penais, excluir os danos de pouca importância.”



A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 138.697, realizado na sessão do último dia 16 de maio, reformou decisão do Superior Tribunal de Justiça e concedeu a ordem, determinando o trancamento do processo em que o réu era acusado de furto de um telefone celular, avaliado em R\$ 90,00.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça havia determinado a execução imediata da pena sob a alegação de que o celular tinha um valor superior a 10% do salário mínimo, além de ser reincidente o acusado. O Ministério Público Federal, naquela oportunidade, acolhia a mesma tese.

O voto do relator do caso no Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, foi em sentido contrário, tendo sido acompanhado pelos demais integrantes da Turma.

Agora, e mais uma vez, prevaleceu a tese de que a reincidência, por si só, não impede a aplicação do princípio da insignificância. Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que:

Destarte, ao perceber que não se reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, tendo por fundamento uma única condenação anterior, na qual o ora paciente foi identificado como mero usuário, entendo que ao caso em espécie, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Aliás, este entendimento já havia sido exposto pela mesma Turma no *Habeas Corpus* nº 137.290, julgado em fevereiro deste ano. Na ocasião, por maioria de votos, concedeu-se a ordem para reconhecer a atipicidade da conduta da paciente que havia tentado subtrair de um supermercado dois frascos de desodorante e cinco frascos de goma de mascar, avaliados em R\$ 42,00, mesmo o paciente possuindo registros criminais.

Pois bem. Acertada foi a decisão da Segunda Turma e, oxalá, este entendimento vingue, contaminando os demais integrantes da Corte.

Como se sabe, o princípio da insignificância foi pensado por Claus Roxin, na década de 1960, a partir do princípio da adequação social, anteriormente criado por Welzel. Segundo Roxin, em linhas gerais, era necessário introduzir no sistema penal um outro princípio que permitisse, em alguns tipos penais, excluir os danos de pouca importância, pois, como diz, Ferrajoli (1995, p. 467):

La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como 'lesión', 'daño' y 'bien jurídico' son claramente valorativas.

Ora, se a conduta do agente não lesa (ofende) o bem jurídico tutelado, não causando dano algum, ou, no máximo, um dano absolutamente insignificante, não há fato a punir por absoluta inexistência de tipicidade, pois “la conducta que se incrimine ha de ser inequívocamente lesiva para aquellos valores e intereses expresivos de genuínos ‘bienes jurídicos’” (MOLINA, 1995, p. 265).

Segundo Enrique Ulises García Victor (2000, p. 20):

El origen del estudio de la insignificancia se remonta al año 1964, cuando Claus Roxin formuló una primigenia enunciación, la que fuera reforzada – desde que se contemplaba idéntico objeto – por Claus Tiedemann, con el apelativo de delitos de bagatela.

Assim, como ensina Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 45):

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Na verdade, trata-se da aplicação no Direito Penal do velho adágio latino *minima non curat praetor*.

O saudoso penalista e ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco de Assis Toledo (1991, p. 132), já ensinava que, nada obstante Welzel considerar que “o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes”, Claus Roxin:

[...] propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

Por fim, observa-se, mais uma vez, que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já havia determinado a execução imediata da pena, o que demonstra a absurda temeridade da admissibilidade da execução provisória da pena, possibilidade reconhecida, desgraçadamente, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126282. 

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, 4. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. *Derecho Penal – Introducción*, Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1995.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- VICTOR, Enrique Ulises García. *La Insignificancia en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

A ocupação necessária

■ POR CRISTOVAM BUARQUE

ORio, e todo o Brasil, estão comemorando mais uma vez a entrada de nossos soldados na luta contra a violência que tomou conta da Cidade Maravilhosa. Diante da guerra civil em andamento, não há como ficar contra a decisão do governo federal. Contudo, é preciso estar alerta aos seus riscos e limitações.

Com as Forças Armadas (FFAA) nas ruas, a população carioca pode ter um fôlego de paz, mas sob o risco de envolver não apenas nossos soldados em mortes, mas também a dos bandidos nas ruas. As consequências das prováveis mortes poderão ser muito graves para o necessário casamento entre os brasileiros e suas FFAA.

Ao escolhermos o caminho do enfrentamento entre nossos soldados e a guerrilha promovida pelos criminosos adotamos o risco de os militares matarem brasileiros, inclusive com prováveis efeitos colaterais – eufemismo para dizer vítimas inocentes de balas perdidas atiradas por armas de um lado ou de outro. Somente neste ano, 92 policiais militares e mais de 500 civis, inclusive crianças, foram mortos na guerra entre bandidos e policiais. Não bastasse as estatísticas serem assustadoras, ainda mais graves se tornarão se envolverem nossos soldados.

Igualmente graves são os limites desta opção. O Exército não pode ficar para sempre nas ruas do Rio, nem de outras cidades. No dia seguinte à saída dos militares, mesmo não sendo vista como derrota, os bandidos voltarão com espírito de vencedores. Sem falar no risco de sucesso da guerrilha do crime, se não diretamente no enfrentamento com nossos soldados, indiretamente pela disseminação da banditagem em outras cidades.

A solução provisória será um agravante. Ainda que tenham sucesso momentâneo, os soldados não construirão a paz permanente, que só viria se o governo federal ocupasse o Rio com professores bem preparados, dedicados, bem remunerados, em escolas bonitas e bem equipadas, todas com horário integral.

Há anos, muitos dizem que se o Brasil não ocupar suas cidades com professores teria de ocupá-las com soldados. Darcy Ribeiro dizia que se não fizermos escolas teremos que fazer cadeias. Ou ocupamos com professores ou não adianta ocupá-las com soldados.

Mas continuamos preferindo os soldados a professores, a segurança provisória à paz permanente. Comemoramos a federalização da segurança, mas nos recusamos a federalizar a educação. Se todas as crianças do Rio tivessem escolas equivalentes aos Colégios Federais, Pedro II ou aos Militares, em uma geração teríamos um ambiente de paz, evitando a necessidade da precária e arriscada opção militar.

Talvez, isto nunca vá acontecer por causa da miopia em relação ao futuro que nos faz preferir soldados nas ruas, muros nos condomínios, carros blindados a uma paz duradoura, que vem da educação. Em grande parte, porque temos três ideias arraigadas: a educação não resolve o problema; não podemos esperar por ela; e, sobretudo, a ideia de que no Brasil não há como oferecer escola com a mesma qualidade para os filhos de ricos e filhos de pobres. Esta mentalidade é a principal origem da violência que agora tentamos barrar com soldados. 



CRISTOVAM BUARQUE é senador pelo PPS-DF e professor emérito da Universidade de Brasília (UnB).

Reforma trabalhista: o futuro do Direito do Trabalho

■ POR GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO



O que é futuro? Passado? Presente? Tenho perguntado a mim mesmo se existem diferenças entre essas situações. Conclui que o passado é infinito, que o futuro é o presente, e que o presente não existe.

Explico: no momento em que falamos no presente, ele, que antes era futuro, imediatamente passa ser o passado. Logo, o presente é apenas a menor parte de um milésimo de segundo que apenas serve de comunicação entre o que

foi (o passado) e o que será (o futuro). Não sabemos o começo do passado como não sabemos o final do futuro. Sabemos o que é o passado, mas apenas podemos supor o que será o futuro. Podemos presumir sobre o que vem, e afirmar sobre o que foi. Num mesmo instante, vivemos a transposição do futuro em passado: este instante é o presente.

Por isso, escolhido esse tema sobre a reforma trabalhista, cuido do sentido do futuro, do que vem agora para tentar alinhar pontos e identificar a possível capacidade de transição que temos nesses instantes de profundas alterações.

Em 1943, quando foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foram reunidos os diversos textos legais esparsos que existiam no Brasil. A comissão responsável garimpou a legislação que estava vigendo e a sistematizou de modo a facilitar seu entendimento e sua aplicação pela sociedade.

Logo começaram a surgir mudanças e não demorou para termos, como temos ainda hoje, uma fartíssima legislação trabalhista extravagante que se confunde com a CLT e, o pior, confunde quem quer aplicar a CLT.

“As dificuldades que se avizinham com a reforma das leis trabalhistas não deve ser motivo de desesperança nem de sentirmos que está ruindo o edifício da democracia e que a classe patronal será a opressora e os trabalhadores estão retornando à senzala. Tenho firme esperança de que esses percalços serão todos superados, e o mundo do trabalho será de paz e felicidade para todos. O *nosso* futuro será de permanente construção de dias melhores para as gerações que hão de vir.”

É costume ser dito que a CLT é anacrônica, superada, em descompasso com os tempos modernos, uma colcha de retalhos sem rumo, e que seu conteúdo precisa ser revisto.

Diziam que a CLT era uma cópia da *Carta del Lavoro* da Itália por ser um documento corporativista. Uma falácia. Pelo menos em tamanho a CLT está na frente, já que tem, na sua origem, 910 artigos. O diploma italiano possui apenas trinta artigos (menos de 4% da CLT)

De uns tempos para cá, muita coisa mudou nas relações trabalhistas. A modernização dos meios de produção, a facilidade da comunicação, a melhor formação profissional trouxeram profundas alterações na vida do trabalho, mas a legislação reguladora permaneceu inerte e acabou apresentando sinais de superação.

Diversas tentativas de mudança legislativa foram feitas. Todas foram infrutíferas. Acredito que nada tenha dado certo em razão de ter faltado coragem parlamentar e discussões estéreis que não resolveram.

Em 2008, quando presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, designei comissão presidida por Amauri Mascaro Nascimento e composta por Nelson Mannrich e Luiz Carlos Amorim Robortella, que elaborou um alentado

anteprojeto de Lei de Relações Individuais do Trabalho. Igualmente não deu resultado e não passou de mais um documento para discussões acadêmicas.

Quando assumiu o atual Governo, em um crescente maremoto, que a globalização transformou em *tsunâmi*, de crise, o presidente do Congresso Nacional apresentou um projeto minúsculo, o Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, encaminhado pela Mensagem nº 688/2016. Basicamente, propunha alterar as regras sobre multas administrativas, trabalho a tempo parcial, representação de trabalhadores nas empresas, supremacia das normas negociadas sobre a legislação em exatos treze itens, com critérios para contagem de prazos, além de mudanças na lei do trabalho temporário.

Dos debates no Parlamento, o Projeto de Lei nº 6.787/2016 passou a ser o Projeto de Lei nº 38/2017, no Senado, e, o que era *nanico*, transformou-se em um *mastodonte*, e, agora, é o que vale, uma vez que transformou-se na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. E pronto. E basta. Basta, mas só começará a vigorar em novembro deste ano.

Muita coisa foi mudada. Bem mudadas algumas. Mal mudadas outras. Caberá aos interlocutores sociais os ajustes, e sobretudo à Justiça do Trabalho corrigir os erros para não violar mais ainda os princípios que, arduamente, foram conquistados pela sociedade e que informam o Direito do Trabalho, sem descurar, todavia, a necessidade de alinhar o Brasil com o resto do mundo dito civilizado.

Em pinceladas, esta é a origem do *futuro* de tudo que envolve o trabalho em nosso país. É diante dele, do futuro, que nos encontramos. Então, vejamos o que ele nos reserva.

FUTURO DO TRABALHO

Temos muitas coisas a considerar a partir de agora, e ainda é cedo para admitir que tudo está absorvido pela doutrina, pela jurisprudência e, sobretudo, pela sociedade. Acredito que os debates estão apenas iniciando.

Nesse embrionário debate, imagino que devemos lançar uma visão prospectiva sobre o possível futuro do trabalho. Não se fala mais no trabalho subordinado nos modelos do século XX (taylorismo, fordismo, toyotismo, volvismo, gatismo etc). Devemos cogitar do trabalho para o restante do século XXI e para os séculos que hão de vir.

Em maio deste ano, o jurista João Lima Teixeira Filho enviou-me um e-mail, falando sobre novos e velhos empregos. Dizia:

Não é o mais forte e não é o mais inteligente que irá sobreviver no mercado. Mas sim, quem se adaptar mais rápido às grandes mudanças no mercado.

E, a partir daí, demonstrava quatorze momentos dessas mudanças:

[...] o MP3 faliu as gravadoras. O Netflix faliu as locadoras. O Booking complicou as agências de turismo. O Google faliu a Listel – Páginas Amarelas – e as enciclopédias. O Airbnb está complicando os hotéis. O WhatsApp está complicando as operadoras de telefonia. As mídias sociais estão complicando os veículos de comunicação. O Uber está complicando os taxistas. A OLX acabou com os classificados de jornal. O celular acabou com as revelações fotográficas e com as câmeras amadoras. O Zip Car está complicando as locadoras de veículos. A Tesla está complicando a vida das montadoras de automóveis. O e-mail e

a má gestão complicaram os Correios. O marketing de rede mudou a forma de comércio. O mundo evoluiu, e com ele também a maneira de se viver e ganhar dinheiro [...] Quanto mais atrasada a nossa visão mais caro pagaremos por isso. Antecipe-se.

Este é um alerta temeroso. Lamentavelmente, não é possível aprofundar estudos a esse respeito neste momento. Afinal, a *bola de cristal* da doutrina não permite, ainda, posições conclusivas e fechadas. Porém, precisamos considerar que as alterações tecnológicas mudaram a forma de trabalhar. Existe o teletrabalho, que, bem ou mal, as novas regras pretendem regular. Haverá, nesse aspecto, que serem procedidos os ajustes que, no entanto, irão surgir a partir das dificuldades da implementação de alguns comandos legais

Temos a educação a distância (EAD), que é uma forma nova e diferente de processo de ensino e aprendizagem. E o professor, que é trabalhador, vai viver um modo diverso de convivência com o alunado.

Existem trabalhos com os quais teremos que nos adaptar, por exemplo, o trabalho intermitente, dentre outros, que pode representar formas de precarização do trabalho humano. Na mesma linha, a terceirização, a quarteirização e a pejetização, que, lamentavelmente, acabarão sendo acolhidas e adotadas na sua plenitude.

Olhando este *novo mundo* nos deparamos com três palavras que caíram no gosto (ou desgosto) popular. Bauman dizia sobre duas delas: *flexibilização* é o “nome politicamente correto da frouxidão de caráter”¹, e *desregulamentação* é “a palavra da hora e o princípio estratégico louvado e praticamente exibido pelos detentores do poder”². A terceira é *precarização*, que parece ser o destino do futuro do trabalho humano, fruto do desemprego estrutural, da oferta de mão de obra crescente em contra passo com a redução dos postos de trabalho, da ampliação do mercado informal, do subemprego e do desemprego.

Nesse meio de tanto dissabor surgem os empregos verdes, que podem ser, pelo menos, uma forma de salvar o planeta da sua autodestruição.

Ademais, poderão as empresas (grandes, médias, pequenas, micro, individuais) sobreviver sem trabalhadores? E devem ser todos os trabalhadores considerados subordinados, e, portanto, empregados?

Precisamos repensar esses temas. Olhar para além das nossas fronteiras geográficas e acompanhar como andam os outros países. Vendo no exterior, em março de 2017, 22,5% da população da Grécia estavam desempregados, e, na Espanha, eram 18,75%. Em maio, o Brasil tinha 13,3% de desempregados em sua população, e os Estados Unidos registravam 4,5%³. E, da mesma forma como o desemprego aumenta, assim também crescem as mazelas do mundo: quase oitocentos milhões de desnutridos, mais de seiscentos milhões sem acesso a água potável, aproximadamente quatro milhões de crianças morrem por ano antes de completar cinco anos de idade, e, dentro de pouco mais de dezesseis mil dias (menos de 44 anos) acabará o petróleo do planeta⁴. Em meio a isso tudo, o Brasil é o décimo país mais desigual do mundo, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

É neste quadro temeroso e temerário que se apresenta o futuro do trabalho.

O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO

Passa o Direito por grandes mudanças. A tutela do Estado vem sendo pedida para ser afastada. A sociedade não está mais confiando no que o Estado (os três Poderes) pode lhe proporcionar.

Campeia a insegurança e a desordem. O Executivo pouco faz e vive às voltas com crescentes denúncias de malfeitos públicos. O Legislativo de há muito esqueceu de ser legislador, sua missão principal, e caminha em um pantanal de indícios pouco recomendáveis. O Judiciário, por força das leis mal feitas, arrasta-se lentamente sem atender a celeridade que a Constituição precisou dizer que deve existir.

A grande pregação de hoje é no sentido de fortalecer a autonomia privada coletiva. Esse, aliás, é o mote principal do atual modelo legislativo adotado no Brasil.

Mas não é novo. Vem desde 1988, e passou despercebido em meio aos louvores, festejando uma Constituição promulgada por uma Constituinte original. Lamentavelmente, muita coisa passou para a Constituição vigente quando deveria, no máximo, figurar em lei ordinária. Outras tantas constaram como norma programática, e continuam constando da mesma forma. São direitos que existem mas que, sob reserva legal, não podem ser exercidos na sua plenitude. Veja-se, como exemplo, o direito de greve dos servidores públicos, que depende de lei específica e que é regido por uma lei de greve em atividades essenciais, *no que couber*.

A negociação coletiva figurava na CLT desde 1943. Permaneceu até os dias correntes e ganhou foros especiais, quando o TST aprovou a Instrução Normativa nº 4/1993, que exigia o esgotamento das instâncias extrajudiciais para o ajuizamento de dissídio coletivo. Revogada a Instrução, readquiriu a Justiça do Trabalho seu poder normativo, a meu ver, um dos momentos mais fenomenalmente importantes do Judiciário Trabalhista, considerando a realidade sindical que os opositores a esse poder insistem em entender como questão de menor importância.

Sobreveio a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e foi incluída a dicção *de comum acordo* no § 2º do art. 114 da Constituição, para os dissídios coletivos de natureza econômica. A partir daí, enfraqueceu-se, novamente, o poder normativo, e os processos dessa espécie são extintos sistematicamente, sem resolução do mérito. Debalde isso, a negociação coletiva não foi em frente.

Agora, os arts. 611-A e 611-B da Lei nº 13.467/2017 cuidam da prevalência da norma negociada sobre as disposições legais em vigor. Isto é bom, porque, ao cabo, é fortalecida a autonomia privada coletiva, e capital e trabalho ficam *em pé de igualdade*. O problema não é *ficar em pé*. A questão é a *igualdade*, que, todos sabemos, não existe.

Por que não existe? A razão é simples: os sindicatos brasileiros de trabalhadores são muitos, demasiadamente pulverizados, e exageradamente fracos, salvo umas pouquíssimas exceções que não chegam a representar nem 5% dos quase 17.000 regularmente registrados no Ministério do Trabalho e Emprego.

No Pará, por exemplo, raros são os sindicatos realmente fortes e representativos: urbanitários, trabalhadores em transportes coletivos, comerciários, e talvez mais uns dois ou três. O resto não tem poder de pressão para obter conquistas adequadas em uma negociação direta.

Os direitos do recém-criado art. 611-A podem ser livremente negociados, por isso chamo esse dispositivo de *negociado*, e são dezesseis direitos que constam da legislação e que, também por lei, poderão ser negociados.

O § 2º desse artigo prevê que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico, na linha do que, anteriormente, acenara o STF (RE 895.759, Rel.: Min. Teori Zavaski; RE 590.415-SC,

Rel.: Min. Luiz Roberto Barroso; ADPF 323-DF, Rel.: Min. Gilmar Mendes). Ademais, se procedente a anulação de uma cláusula negociada, a compensatória seguirá o mesmo caminho, sem repetição do indébito (§ 4º).

O art. 611-B é o legislado, repetindo, basicamente, os direitos consagrados nos arts. 7º, 8º e 9º, da Constituição, somando 29 direitos. O perigo, que não tem sido percebido por muitos, é a palavra *exclusivamente*, que aparece no dispositivo, cujo teor, na íntegra, é:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, **exclusivamente**, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (grifamos).

A razão do perigo é que a nulidade somente ocorre se constatada a pura e simples supressão ou redução de direitos. *Modus in rebus*, se houver alguma compensação inexistirá nulidade a proclamar.

Acredito que, nesse aspecto, a Justiça do Trabalho terá uma árdua tarefa para corrigir as violações aos princípios informadores do Direito do Trabalho, em decorrência da *exclusividade* que aparece no art. 611-B.

Uma coisa, porém, parece indesmentível: o Direito do Trabalho será, agora e sobretudo, o que as partes criarem. É o resultado da conjugação de seus interesses, em que patrões e empregados colocuem suas dificuldades, seus sucessos, suas razões, suas vontades, suas ideias e seus ideais. Negociem livremente e encontrem os pontos de concordância que existirem no seu *modus vivendi* e elaborem os documentos que irão reger sua convivência harmônica por um lapso temporal.

Assim, nosso Direito do Trabalho, menos que um código de leis elaborado pelo Estado, terá uma compilação de acordos e convenções coletivas de trabalho e de acordos individuais também (porque existe previsão até para isso), e serão essas as regras que, primordialmente, irão reger as relações de convivência entre trabalhadores e patrões no Brasil.

As normas heterônomas, todavia, não devem ser consideradas supletivas dessas autônomas. Terão papel de contrapeso, de fiel da balança, para equilibrar as diferenças que demonstrarem a desigualdade entre as partes.

Não procedendo dessa forma, acredito, estaremos rompendo com tudo o que existe no mundo do Direito do Trabalho.

É importante que os seus princípios basilares continuem a ser observados, sem exageros, mas com equilíbrio e seriedade, inclusive, e especialmente, no momento em que as normas que vierem a surgir estiverem sendo negociadas.

O FUTURO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A instituição *Justiça do Trabalho* foi criada na Constituição de 1934, como órgão do Poder Executivo, e somente em 1946 passou a integrar o Poder Judiciário. Dos antigos oito Conselhos Regionais do Trabalho, hoje este segmento do Poder Judiciário espalha-se em 24 Tribunais Regionais do Trabalho. Na Amazônia, na que costume chamar de *Justiça Amazônica do Trabalho*, em que pese sua dimensão continental, possuímos apenas três TRTs (dois de médio porte, o da 8ª com 23 desembargadores (Pará e Amapá) e o da 11ª com 14 desembargadores (Amazonas e Roraima) e um de pequeno porte, o da 14ª Região com 8 desembargadores (Roraima e Acre), com um total de 45 desembargadores (dos 567 existentes no Brasil) e, nessas três regiões estão apenas 120 Varas do Trabalho (56 na 8ª, 32 na 11ª e 32

na 14ª), das 1.587 Varas que funcionam no Brasil (101 Juizes na 8ª, 64 na 11ª e 63 na 14ª, perfazendo 228, dos 3.361 juizes trabalhistas brasileiros). Existe o Estado do Tocantins, que, todavia, está sob jurisdição do TRT da 10ª Região (Distrito Federal). O fato que quero ressaltar é que, salvo quatro Estados da Amazônia (Amapá, Acre, Roraima e Tocantins), todos os demais possuem os seus próprios tribunais do trabalho. Esquecida sempre, esqueceram que aqui existem trabalhadores humanos que querem ter acesso à Justiça.

Como vivemos num mundo atingido pela vírus da estatística, devemos considerar a importância da Justiça do Trabalho como fonte de arrecadação. De janeiro a maio de 2017, as 24 regiões trabalhistas brasileiras arrecadaram para os cofres públicos R\$ 12.894.245,05, referentes a custas, emolumentos, contribuições previdenciárias e Imposto sobre a Renda, e, no mesmo período, receberam um total de 415.557 processos, um aumento de 8,9% em relação ao mesmo período do ano passado, quando foram recebidos 381.766 processos⁵, atendidos, no 1º grau, por 1.564 Varas do Trabalho.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o assunto mais recorrente na Justiça brasileira examinado pela Justiça do Trabalho é o que trata de rescisão contratual e pagamento de verbas rescisórias, temas que somaram quase cinco milhões de ações em 2015⁶.

Acredito que esses poucos dados servem para demonstrar a importância da Justiça do Trabalho, que, apesar disso, tem sido objeto de inúmeras críticas, algumas razoáveis, outras desprovidas de qualquer azo de verdade.

Tem sido muito comentado que, com as novas regras trabalhistas, a Justiça do Trabalho irá gradualmente perdendo sua importância e sua necessidade.

É certo que toda mudança causa transtorno e dificuldade iniciais. Precisamos fazer ajustes e reajustes. Rever entendimentos. Compreender a realidade do mundo daqui e do mundo lá fora. No Direito do Trabalho, muita coisa mudou e novos institutos surgiram. A própria noção de subordinação foi modificada. As formas de contratação ganharam outro viés.

O Poder Judiciário não pode, então, ficar alheio às alterações comportamentais, sendo necessário reavaliar o entendimento sobre as inovações e dos institutos que temos que gerir.

Penso que, dentre outras medidas, os magistrados trabalhistas precisam repensar seu nível de compreensão com a realidade. Afinal, o que mais importa para o trabalhador? Seria ter garantida a sua subsistência com dignidade, ou ingressar no mundo marginal e acabar com o mínimo de felicidade que poderia ter para si e sua família?

É imperioso admitir que os juizes do trabalho carecem reavaliar seu entendimento, precisam se alinhar com a realidade do mundo exterior, necessitam assumir uma postura mais moderna, considerando a irrefreável tendência do mercado mundial. São aspectos extremamente complexos e que temos grande dificuldade em admitir, compreender e aceitar.

Por outro lado, os dados estatísticos referidos antes preocupam a todos. E a Justiça do Trabalho precisa lançar seu olhar também sobre esses aspectos. Quem sente a dor do calo no sapato apertado são, cada qual a sua maneira, o empregado e o patrão. Ninguém tem o direito de ficar no lugar de nenhum deles.

A representação classista, tão criticada por perder suas características originais, tornou-se um fardo demasiadamente oneroso para o Estado, deixou de existir

e, com ela, a aproximação do magistrado togado dos parceiros sociais. Os fatos ficaram mais distantes do juiz.

Éramos uma justiça simples, rápida, desburocratizada. Nosso processo era ligeiro. Numa única audiência resolvia-se a pendência. Predominava a oralidade, a concentração e a simplicidade. Em poucos meses, os recursos tinham percorrido todas as instâncias e iniciava-se uma execução sem dificuldades,

A agilidade trabalhista foi copiada pelos Juizados Especiais. Todos os vícios e males do processo civil, antes mera fonte subsidiária e pouca usada na Justiça do Trabalho, passaram a incorporar-se ao nosso dia a dia. O criador (a Justiça do Trabalho) acabou engolido pela criatura, representado especialmente pelos juizados especiais, e muitas normas do novo processo civil. Não se pedem mais as parcelas comuns (aviso prévio, férias, 13º salário), inova-se com postulações complexas, buscando tirar mais alguma coisa do patronato. Este, a seu turno, não apresenta defesa direta, deve ou não deve, fez ou não fez. Nada disso. Desenvolve longo arrazoado, repleto de citações tipo *control C; control V*, suscita defesas indiretas, argui preliminares, requer provas de difícil produção. O simples virou complexo e o rápido passou a ser lento. É a cara da Justiça do Trabalho de agora, que carece, urgentemente, de um Código de Processo do Trabalho a fim de que seja definitivamente mandado às estantes o Código de Processo Civil, e que o art. 769 da CLT volte a ser lido com o mesmo espírito com que foi inserido na texto consolidado em 1943: fonte subsidiária, supletiva, inferior.

Fruto das dificuldades propostas para a Justiça do Trabalho atualmente, com essas novas regras que não são originalmente suas, serão fortificados os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, inclusive individual que, a meu ver, nunca foi proibida.

As demandas trabalhistas terão, num primeiro momento, seu numero elevado. Após, haverá uma retração. E, por fim, acalmados os ânimos, as ações serão ajuizadas com mais cautela por ambos os lados, considerando, inclusive, os dispositivos sobre dano patrimonial, os que envolverem a litigância de má-fé e os honorários de sucumbência, que farão repensar o ajuizamento de lides verdadeiramente temerárias que, dia a dia, se avolumam nas Varas do Trabalho e nos Tribunais, e que transformaram institutos sérios, como o do dano moral (o extrapatrimonial), em fonte inesgotável de ações, muitas absolutamente despropositadas.

É importante destacar este aspecto: exigência de postura ética dos litigantes. Há pouco, mencionei dados estatísticos com a elevação gradual das demandas. Por que isso ocorre? Em razão de três fatores, pelo menos: 1) pedidos sem qualquer espécie de fundamentação razoável; 2) concessão de gratuidade sem critérios mais rígidos; 3) inexistência de condenação em honorários de sucumbência do vencido ainda que parcial. A regra que ainda está em vigor é: não importa o absurdo do pedido; perder não custa nada. E tanto é verdade que todos sabemos que existem iniciais que o rol de postulações supera as letras do alfabeto (de A a Z e, depois, AA, BB, CC, e por ai vai). Aos nobres advogados caberá a observância rigorosa das postulações para evitar que seus clientes (os trabalhadores) incorram em condenações ao pagamento de honorários sucumbenciais, justamente pela incúria nos pedidos formulados. Trata-se, ao cabo, de aplicar a regra contida no art. 5º do CPC. Todo cuidado e toda cautela, então, são recomendáveis.

Juizes e advogados, que são peças indispensáveis à boa justiça, necessitam, cada qual na sua área de atuação, agir com prudência. Assim, avaliando os fatos,

numa perspectiva mais moderna do Direito, sem descurar dos princípios basilares do Direito do Trabalho contemporâneo, que importa, necessariamente, na compreensão da realidade socioeconômica mundial, irão, nos seus respectivos territórios, fazer com que a Justiça do Trabalho continue a ser o principal instrumento de controle da paz social no Brasil.

Ao decidir, o juiz deverá, no meu entendimento, avaliar profundamente os efeitos de seu provimento, a fim de, resolvendo uma questão individual, não danificar toda a estrutura de um empreendimento e, com isso, causar danos à sociedade e ao bem comum. Devem os magistrados agir sempre com o olhar lançado aos arts. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e 8º da nossa CLT: sempre o interesse coletivo, comum, deve prevalecer sobre o individual.

É uma nova tarefa que o futuro aponta para a Justiça do Trabalho em nosso país. E nada de atitudes extremas que não levam a lugar bom algum. Afinal, todo excesso é condenável.

O NOSSO FUTURO

Poderia tecer considerações aos muitos dispositivos modificados pela Lei nº 13.467/2017 na nossa CLT. Isto, todavia, tomaria demasiado tempo de todos, porquanto cada item tem ensejado prolongados debates e incontáveis dúvidas.

Penso, no entanto, que o nosso futuro de cidadãos, patrões e empregados, julgadores e jurisdicionados identifica alguns aspectos bastante relevantes, que tentarei, em exatos 21 pontos, elencar, a partir das reformas introduzidas pela Lei nº 13.467/2017, com as quais deveremos conviver a partir de novembro, assinalando que existem muitos outros:

Os doze pontos criticáveis:

1. quitação anual perante o sindicato de classe, com eficácia liberatória (art. 507-B), considerando a condição do trabalhador que tudo poderá aceitar para não perder o emprego;
2. trabalho intermitente sem maiores garantias (art. 452-A);
3. desrespeito às condições das mulheres gestantes ou lactantes, que podem trabalhar em local insalubre (art. 394-A);
4. parametrização do dano extrapatrimonial não é adequada (art. 223-G, § 1º);
5. acesso gratuito à Justiça do Trabalho apenas para empregados que ganhem salário igual ou inferior a 40% do teto do INSS, e o fim da gratuidade para quem recebe mais (termina a declaração de pobreza) (art. 790, § 3º);
6. termina o horário *in itinere* (art. 58, § 2º);
7. modificam-se os critérios para fins de equiparação salarial (art. 461);
8. o teletrabalho é regulado, mas exclui qualquer possibilidade de pagamento de horas extras (art. 62-III) e também quanto às questões de ergonomia (art. 75-A);
9. responsabilidade solidária em caso de sucessão empresarial somente ocorrerá se comprovada existência de fraude (art. 448-A e parágrafo único);
10. pode haver dispensa coletiva sem necessidade de qualquer espécie de atuação sindical (art. 447-A);
11. empregados com grau superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes o teto do INSS (hoje, R\$ 11.062,62) podem estipular condições contratuais livremente, inclusive cláusula compromissória para arbitragem individual de conflito (arts. 441, parágrafo único, combinado com os art. 611-A e art. 507-A);

12. termina o intervalo pré-jornada extraordinária do art. 384 da CLT, ainda devido à mulher e ao menor e que entendo, *data venia* do pensamento do TST, devido também ao homem.

Os pontos elogiáveis:

1. fortalece o sindicato na medida em que lhe dá poder (ou obriga a ter poder). Agora, o sindicato terá que *mostrar sua cara*. A rescisão contratual não precisará ser perante o sindicato de classe (art. 477-A), mas, com a eficácia liberatória anual em favor do empregador (art. 507-B) provavelmente acabará o famoso “carimbo de ressalvas”, o que, nesse ponto, é negativo para o trabalhador;
2. termina a sempre criticada contribuição sindical compulsória (art. 579);
3. fraciona as férias em três períodos (art. 134, § 1º), o que, embora viole a Convenção nº 132 da OIT, acaba por atender melhor aos interesses do empregado;
4. evita lides temerárias com pedidos excessivos e sem controle razoável, com rigor nas custas e despesas processuais e honorários de sucumbência (art. 791-A);
5. rescisão de contrato de trabalho por acordo recíproco com pagamento de 50% do aviso prévio indenizado e multa de 20% do FGTS, podendo sacar 80% dos valores depositados, e a totalidade das verbas rescisórias, sem direito a seguro desemprego (art. 484-A);
6. permite intervalo para almoço de trinta minutos mediante negociação coletiva, o que importa em liberação antecipada para deixar o trabalho (art. 611-A, n. III);
7. admite trabalho de terceirizado em condições iguais aos regulares, quando serviços forem executados nas dependências da contratante, no que se refere à alimentação, ao transporte, a serviços médico e ambulatorial, ao treinamento adequado, se for o caso, e a condições de saúde e segurança no trabalho (art. 4º-C, da Lei nº 6.019, de 3.1.1974);
8. reconhece garantia de emprego para os empregados eleitos representantes nas empresas com mais de 200 empregados (art. 510-D, § 3º);
9. adota contagem de prazo processual em dias úteis, como ocorre no CPC, o que beneficia ambas as partes (art. 775, *caput*).

Esses 21 pontos são alguns dentre as muitas mudanças. Não são os únicos. A cada momento, teremos novos *direitos trabalhistas*, a considerar a amplitude dos arts. 611-A e 611-B, porque normas coletivas autônomas poderão criar e modificar direitos. Será a nova regulamentação das relações do trabalho

Li, recentemente, a “Crítica do Direito do Trabalho”, de Alain Supiot (2016), destacando que o mundo, hoje, vive em busca de *regulação* e não de *regulamentação*⁷. Isto é o que foi feito no Brasil agora e começará a partir de novembro. Serão os interlocutores sociais os responsáveis por essa regulamentação. O mínimo está garantido pela regulação estatal, sobretudo pelas regras constitucionalmente consagradas.

O importante neste momento, então, é fortalecer os sindicatos. E os trabalhadores devem ter consciência disso. As normas negociadas somente não irão ser prejudiciais se os sindicatos forem atuantes. E os trabalhadores são os responsáveis por tudo isso.

Lamentavelmente, a Lei nº 13.467/2017 é uma criação açodada demais. Surgiu de um mini-projeto e se transformou em uma maxirreforma. Os interlocutores

sociais não foram ouvidos. As principais instituições de estudo do Direito do Trabalho sequer foram chamadas a opinar. Agora, resta recolher as sobras e tentar reconstruir tudo, sobretudo o fortalecimento dos sindicatos de trabalhadores, que precisam assumir seu papel altamente responsável, e a Justiça do Trabalho, que deverá, reavaliando-se, adaptar-se ao mundo moderno das relações de trabalho

Com efeito, mudados os paradigmas, os sindicatos passarão a viver a sua fase de maior importância: não serão fonte de arrecadação do Estado, nem seus dirigentes representarão postuladores de vagas de funções públicas. Estes serão os representantes dos interesses e dos direitos dos trabalhadores, mister que deverão desenvolver com extrema eficiência, tendo a garantia do seu próprio emprego como a mola propulsora da sua correta atividade.

Ninguém pensa que, de balde os atropelos dessa reforma, ela não sairia. Seria aprovada e sancionada, sim. E sê-lo-ia em qualquer situação e qualquer circunstância, pouco importando as ideologias que eventualmente ocupassem o poder. É o resultado de uma evolução da humanidade e fruto dessa globalização meio desordenada que estamos vivendo. Nós estamos assistindo e participando ativamente da mudança de uma fase da vida do mundo, na qual o papel de entidades associativas ganha destaque indiscutível. Enfim, acabou o tempo do Estado paternal. Agora é a hora do sindicato dinâmico.

As dificuldades que se avizinham com a reforma das leis trabalhistas não deve ser motivo de desesperança nem de sentirmos que está ruindo o edifício da democracia e que a classe patronal será a opressora e os trabalhadores estão retornando à senzala.

Tenho firme esperança de que esses percalços serão todos superados, e o mundo do trabalho será de paz e felicidade para todos. O *nosso* futuro será de permanente construção de dias melhores para as gerações que hão de vir. 

NOTAS

- 1 BAUMAN, Zigmunt. *Capitalismo parasitário*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2010, p. 34
- 2 _____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, Zahar, 2003, p. 42.
- 3 Disponível em: <https://pt.tradingeconomics.com/country-list/unemployment-rate>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- 4 Disponível em: <http://www.worldometers.info/br/>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- 5 Movimentação processual - Tribunais Regionais do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/6dc49263-8903-97cb-797e-88ea10fb210e>. Acesso em: 29 jun. 2017.
- 6 Cf. *Justiça em números 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2017
- 7 SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Trad. António Monteiro Fernandes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. XVIII.
- * Palestra proferida no Seminário "Reforma trabalhista e futuro da Justiça do Trabalho", promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, Universidade do Estado do Amazonas e Associação dos Magistrados Trabalhistas da 11ª Região (AMATRA-11), realizada em Manaus (AM) em 4 de agosto de 2017.



GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO é desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região, Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor *Honoris Causa* e professor de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia (UNAMA). Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e membro da Academia Paraense de Letras



As principais mudanças para trabalhadores e empregadores a partir da reforma trabalhista

■ POR MARIA LUCIA BENHAME

A edição da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe inúmeras alterações na legislação trabalhista, privilegiando a negociação não só para fixação de condições de trabalho, mas também para resolução de conflitos.

As alterações de regras processuais e de atuação do Judiciário visam a proteger a vontade das partes, limitando o controle do Judiciário para os casos de nulidade dos negócios jurídicos previstos na lei civil.

A reforma teve como ponto inicial a inserção do artigo 611-A na CLT, que define o privilégio do “negociado sobre o legislado”, indicando os temas que, se pactuados em documento decorrente de negociação coletiva – convenção ou acordo coletivos – terão prevalência sobre a lei.

Das inúmeras emendas apresentadas resultou um texto com alteração de centenas de artigos da CLT, atingindo as relações coletivas, individuais e processuais.

É importante, no entanto, antes da análise das mudanças mais impactantes, estabelecermos o que não mudou com a reforma, porque o que não mudou preserva o direito dos empregados, tais como hoje, e, portanto, demonstra que não é correto dizer que direitos foram simplesmente suprimidos.

Assim, os artigos 3º, 9º e 468 da CLT não sofreram alterações, e esse trio define a figura do empregado (3º), indica a nulidade de qualquer ato que vise fraudar a

aplicação das regras da CLT (9º), e impede alterações prejudiciais das regras do contrato de trabalho (468).

Estão mantidos, portanto, os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, que são:

Pessoa física;

Pessoalidade – empregado não pode se fazer substituir por outrem;

Subordinação – técnica, econômica e jurídica;

Onerosidade – mediante salário;

Não eventualidade – habitualidade mesmo que não diária.

Se presentes tais elementos o vínculo empregatício será reconhecido e as regras celetistas aplicadas ao contrato, por força do artigo 9º da CLT.

O que a reforma traz, é aumentar a responsabilidade das partes negociantes, seja em acordos ou convenções coletivos, seja em acordos individuais, inclusive quanto aos cuidados formais nessas transações.

Hoje, ao se efetuar qualquer contrato, deve-se cuidar que as partes sejam legítimas, o objeto contratual lícito, e a forma prevista ou não proibida por lei. Estes são os elementos previstos na lei civil (artigo 104 CCB), e que deverão ser analisados pelas partes nos contratos individuais ou coletivos.

Assim, nos acordos coletivos é importante que o sindicato verifique, por um lado, se o contrato social da empresa a quem representa tem poderes para tanto, e, por parte da empresa, deve haver a mesma verificação em relação ao sindicato, analisando seu estatuto e as atas de eleição das diretorias. É importante ainda o registro no sistema mediador do MTE, requisito formal de validade do acordo coletivo, exigido por força da Instrução Normativa nº 16, de 15 de outubro de 2013

Tais elementos sempre foram exigidos para validade jurídica, mas, na prática, as partes não exigiam tanto formalismo nas suas negociações, nem nos instrumentos dela derivados. Agora, o formalismo deve ser respeitado, pois será o principal motivo de desconsideração dos instrumentos de transação, tanto individuais como coletivos, por força do contido no artigo 8º da CLT, com alteração pela reforma trabalhista.

E porque o principal, e não o único motivo? Porque os instrumentos serão ainda analisados com base nos artigos da CLT não alterados, as normas internacionais ratificadas e internalizadas pelo Brasil nos moldes do § 3º do artigo 5º da CF/1988, sempre à luz dos princípios basilares do Direito do Trabalho.

E são princípios basilares do Direito do Trabalho material, no ensino de Maurício Godinho Delgado (2015, p. 201-214):

Princípios: da proteção; da norma mais favorável; da imperatividade das normas trabalhistas; da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; da condição mais benéfica; da inalterabilidade contratual lesiva; da intangibilidade salarial; da primazia da realidade sobre a forma; da continuidade da relação do emprego.

Ainda que o foco deste artigo não seja o estudo minucioso de cada princípio, é importante considerá-los na interpretação das novas normas definidas pela reforma trabalhista, para que as negociações que a nova redação permite sejam efetuadas com segurança jurídica para as partes envolvidas na transação, com a correta aplicação da lei.

Dessa forma, podemos dizer que a principal e a mais importante mudança para todos os envolvidos – empregados e empregadores, e mesmo sindicatos – é

o cuidado na formalização das transações, sem deixar de lado a verificação da segurança jurídica de seu conteúdo.

Assim, nos acordos individuais para empregados que ganhem acima de duas vezes o teto de benefício previdenciário e tenham curso superior, as empresas e empregados deverão tomar cuidados para que a transação seja bem documentada e efetuada com base na boa-fé contratual.

O ideal é que cada parte esteja representada por seu advogado e o acordo devidamente formalizado. Uma outra medida de segurança será a de efetuar a assinatura do acordo perante as testemunhas instrumentárias.

Nesses casos em particular, as empresas deverão verificar com cuidado as alterações pretendidas, uma vez que o artigo 468 da CLT, que não permite alteração prejudicial, continua em vigor, ainda que ao artigo 444 tenha sido agregado o parágrafo 2º, que prevê a sobreposição do acordo individual à lei, assemelhando-o aos acordos coletivos previstos no artigo 611-A.

Já nos acordos e convenções coletivos deve-se verificar o rol contido no artigo 611-B, que não permite alteração prejudicial por acordo coletivo. A livre negociação atinge os itens descritos no artigo 611-A, que contém rol exemplificativo, ou seja, qualquer outro assunto poderá ser negociado livremente, sobrepondo-se à lei, desde que não se encontre no rol do artigo 611-B.

As partes devem atentar-se, ainda, aos cuidados formais na discussão e assinatura dos instrumentos coletivos, sugerindo-se os seguintes cuidados:

- Analisar o estatuto sindical;
- Verificar qual o quórum de votação;
- Como comprovar o quórum;
- Qual o tipo de votação-aclamação/voto secreto;
- Quem assina;
- Ata de assembleia-documentar;
- Registro no mediador;
- Assinaturas;
- Protocolo da via física na SRT.

Dito isso, analisamos a seguir algumas das principais mudanças, e ao final, alguns dos pontos controvertidos e que trazem insegurança jurídica na nova lei.

Temos, então, o primeiro ponto que envolve o receio dos trabalhadores e o impacto gerencial para as empresas: os autônomos e as pessoas jurídicas que prestam serviços.

A reforma introduziu o artigo 442-B e intensificou a possibilidade da terceirização da atividade-fim. Ora, nada mudou em relação às garantias aos trabalhadores, que continuam protegidos pelos artigos acima indicados. No entanto, as alterações trouxeram maior segurança jurídica para as empresas que agem corretamente e poderiam ter, por vezes, seus contratos anulados, ou mesmo declarados nulos por presunção de vínculo, baseados apenas na exclusividade da atuação do prestador de serviço, sem considerar o grau de subordinação, ou ainda em vista simplesmente de sua atividade e não de sua atitude. Ou seja, de como gerenciava o trabalhador, se como empregado ou se como autônomo.

A terceirização não sofreu grandes mudanças em relação à lei já aprovada e em vigor, apenas deixando clara a possibilidade de terceirização de qualquer atividade, mesmo a dita atividade-fim, bem como para fixar uma quarentena de 18 meses para recontração de ex-empregado como terceiro, quando sócio da empresa prestadora.

Outro ponto importante é da negociação e fixação das jornadas de trabalho. A reforma exclui da jornada o tempo na empresa:

Quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras: I – práticas religiosas; II – descanso; III – lazer; IV – estudo; V – alimentação; VI – atividades de relacionamento social; VII – higiene pessoal; VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Essa alteração protege a empresa de ter reconhecida como jornada o tempo em que o empregado não estiver trabalhando nem aguardando ordens, e ao empregado que poderá ficar na empresa nessas situações. A consideração desses períodos como jornada em julgados gerava atitudes mais radicais das empresas a ponto de proibirem que o empregado entrasse na empresa senão minutos antes do início da jornada para não correr o risco de ter reconhecidas como extras horas em que não houvesse trabalho, o que por vezes gerava desconforto senão risco aos empregados.

Há ainda a possibilidade de negociação do banco de horas por acordo individual, desde que as horas sejam compensadas em intervalo não superior a 180 dias, mantido o limite diário de duas horas extras, a fixação de turnos 12x36 mediante acordo individual ou coletivo, e nesse turno tanto os feriados como a jornada noturna estarão já compensados.

Permite, ainda, a redução do intervalo para refeição e descanso para trinta minutos, por acordo coletivo.

A reforma também exclui da jornada de trabalho o tempo em que o empregado ficar em transporte concedido por empregador no deslocamento para seu local de trabalho, as chamadas horas *in itinere*, o que facilita para as empresas a decisão de conceder tal transporte.

Há ainda mudanças em relação ao controle de jornada, que gera exclusão do controle também do empregado em regime de *home office*, ou, na lei, o teletrabalho, o controle poderá ser feito por produtividade, por exemplo, e a lei se baseia em regulamentação de sistema de *home office* nos Tribunais.

Também permite a fixação por instrumento coletivo, de outras formas de controle de jornada que não somente mecânico, manual e, se magnético, através de equipamentos homologados (REP), permitindo maior liberdade e fixação de regras para técnicos de campo, empregados locados em terceiros e outros que hoje são de difícil gerenciamento.

Deve-se, no entanto, atentar que algumas jornadas são fixadas em lei especial e decorrem de proteção à saúde do trabalhador. Tais casos devem ser estudados com cuidado antes de alguma alteração, evitando-se nulidades futuras.

Outro ponto da reforma é a criação de novas formas de contratação ou de desenvolvimento do trabalho, como o teletrabalho, o trabalho intermitente, e mais uma forma de trabalho a tempo parcial.

A grande alteração em relação ao teletrabalho, que já existia desde o início da CLT na figura do trabalho em domicílio, e portanto não é figura nova em sua essência, é a definição da inexistência de controle de jornada, estabelecendo ainda regras mais precisas sobre o desenvolvimento do trabalho, gerando maior segurança jurídica a essa forma de contratação. É uma figura que agradará empregados e empregadores, e que vem se difundido muito nas empresas.

Em relação ao trabalho intermitente, cuja regulamentação é mais tímida, e deve ser complementada, ele permite a formalização do vínculo empregatício de muitas pessoas que hoje atuam de maneira informal, como as que atuam em distribuição de material publicitário, as que atuam em feiras e exposições de curta duração, e ainda, outras atividades que não permitem, por sua natureza, a contratação continuada. Não entendemos que as empresas substituirão empregados permanentes por trabalho intermitente, ao contrário, a forma de desenvolvimento desse tipo de trabalho vai, na realidade, gerar formalização de trabalhadores que hoje atuam na informalidade. No entanto, a lei prevê quarentena de 18 meses para reconstrução de empregado antes contratado por prazo indeterminado regular, em regime de intermitência.

O trabalho a tempo parcial nunca foi proibido pela lei, e poderia ser efetuada desde que respeitado o salário-hora da função no empregador ou o piso da categoria, sempre respeitado o salário-mínimo hora. A figura que existe na CLT foi criada em 2001, visando a criações de novos postos de trabalho e a manutenção de emprego. À época possuía incentivo de uma alíquota de FGTS reduzida e alguns incentivos fiscais, e poderia ser usada para acréscimo ao número de empregados já existente, ou se para os empregados atuais, mediante adesão a regras constantes de convenção coletiva. O que a reforma fez foi inserir uma nova jornada para esse tipo de contratação, permitindo ainda horas extras em situação determinada.

Outra mudança que deve agradecer aos níveis executivos de empregados, que hoje têm tal prática de maneira irregular, é o parcelamento das férias. A reforma legaliza o parcelamento em três períodos, sendo um deles não inferior a 14 dias e os demais de, no mínimo, cinco dias cada um.

Há ainda a questão da contribuição sindical, que passa a ser facultativa, ou seja, empregados e empregadores, bem como profissionais liberais, pagarão, ou não, contribuição sindical a depender de sua vontade. Definição que se coaduna com a liberdade sindical prevista na Constituição Federal.

É verdade que já existem na mídia textos de medidas provisórias “sanando” tal situação e garantindo contribuições obrigatórias fixadas em assembleia das categorias, mas essa mudança, ainda que frágil e sujeita a rápida modificação até para pior, impõe-nos uma reflexão, que não será respondida neste artigo, sobre a estrutura sindical brasileira. Como gerar uma estrutura realmente representativa? O que fazer com quase 17 mil sindicatos, dos quais muitos sequer negociam?

Devemos ainda lembrar dos pontos polêmicos, principalmente no aspecto processual, quando a lei fixa critérios para indenizações por dano moral com base no salário do empregado ofendido. Entendemos que essa fixação fere a igualdade entre pessoas previstas na Constituição Federal e deverá ser objeto de alteração, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Há, ainda, a fixação de critérios de análise dos acordos coletivos restritos aos requisitos do negócio jurídico, impedindo que a Justiça do Trabalho analise o “mérito” dos instrumentos coletivos, medida imposta por lei para que a vontade das partes seja respeitada. Ninguém melhor do que elas para saber a melhor negociação para si. E tal regra não as deixa sem proteção, pois se presentes vícios de consentimento, por exemplo, o acordado, como qualquer contrato no Brasil, poderá ser anulado ou declarado nulo.

Muitos outros pontos alterados existem, uma vez que foram modificados 117 artigos da CLT. No entanto, o objeto principal deste artigo é o de indicar as questões mais relevantes e as estratégias de sua implantação com maior segurança jurídica.

E falando em segurança jurídica, o que fazer com alguns pontos controversos, como os identificados abaixo?

1. O artigo 611-B não permite alteração de normas de segurança e medicina do trabalho, e o seu parágrafo único estabelece que a redução de intervalo não será considerada como norma de segurança e medicina para efeito da redução para 30 minutos. Como gerenciar essa situação com o § 3º do artigo 71, que indica como ato exclusivo do Ministério do Trabalho a autorização para redução do intervalo de refeição e descanso, sendo o acordo coletivo apenas parte desse processo?

2. O mesmo artigo 611-B, ao não permitir alterações das regras de segurança contidas nas normas regulamentadoras, entra em conflito com o artigo 611-A, que permite negociação de regras de insalubridade em seus incisos XII e XIII, tratando de enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. Ora, se essas regras estão na lei e em normas regulamentadoras, especialmente na NR 15, que prevê os graus de insalubridade, como coadunar as duas disposições?

3. Outro ponto polêmico diz respeito aos contratos dos empregados com remuneração superior a duas vezes o teto de benefício previdenciário e com curso superior e a previsão da cláusula arbitral, pois contém regras em confronto com princípios do Direito do Trabalho bem como com a legislação.

O artigo remete aos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. No entanto, tal lei só permite a cláusula arbitral para direitos patrimoniais disponíveis, que são os que as partes podem usar, gozar e dispor e que podem transacionar livremente. No entanto, é princípio do Direito do Trabalho que o Direito Trabalhista é indisponível.

Some-se a isso a previsão constitucional da arbitragem somente na esfera coletiva (artigo 114 § 2º), bem como as possibilidades de presunção e coação se a regra for firmada quando do início da contratação, pois o empregado assinaria tudo para ter o emprego e se estiver diante de um grave problema a gerenciar.

Será ideal que tal cláusula seja negociado com empregado assessorado por advogado e toda transação seja bem documentada. Mantido, no entanto, o risco de nulidade.

4. Cuidado ainda nos contratos dos empregados acima identificados, quando houver a negociação salarial individual, devendo-se analisar o disposto na Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984, que estabelece a correção automática dos salários pelo INPC, hoje pela Lei do Plano Real anualmente, só podendo haver índice diverso por força de negociação coletiva.

Este texto, apesar de avaliar timidamente alguns poucos pontos da reforma, demonstra que a reforma deverá ser estudada com cuidado, de maneiras ampla e estratégica, sem se ater ao simples texto da lei, ficando claro ainda que a definição da segurança jurídica para empregados e empregadores, bem como entidades sindicais, vai depender de muito estudo e decisões judiciais futuras. **■**

REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso De Direito do Trabalho*, 14. ed. São Paulo: Ltr, 2015.



MARIA LUCIA BENHAME é sócia-fundadora da banca Benhame Sociedade de Advogados. É advogada e consultora jurídica na esfera empresarial, especialmente nas áreas sindical, recursos humanos e trabalhista (individual e coletivo).



Reforma trabalhista

■ POR ISABEL CARLA DE MELLO MOURA PIACENTINI

O Brasil vem sofrendo graves crises política e econômica nos últimos anos, as quais refletiram primordialmente nas relações de trabalho, gerando, de um lado, o desemprego, porquanto os empregadores não conseguem manter em seus quadros o mesmo número de empregados, pelos mais diversos fatores, entre eles o alto custo dos encargos sociais. De outro lado, os ex-empregados se veem com dificuldades de recolocação no mercado de trabalho em razão de, não raras vezes acionando o Judiciário Trabalhista a fim de perseguirem os seus direitos entendidos como lesados, alguns deles de ordem bastante subjetiva, a exemplo das indenizações por danos morais, geram mais ônus ainda para as empresas, face ao princípio protecionista que norteia o Direito do Trabalho.

Estas circunstâncias certamente muito contribuíram para que o governo entendesse ser necessária uma reforma na legislação trabalhista, sob o argumento de que a Consolidação das Leis do Trabalho merece uma revisão por já estar ultrapassada, considerando ter sido promulgada no ano de 1943, além de propiciar a manutenção de empregos, com custos mais baixos. Desse modo, o trabalhador não fica absolutamente sem meios de subsistência e o empregador terá custos menos elevados para tanto.

Bom seria se fosse realmente simples assim, se essa visão tão superficial resultasse na eficiência esperada. Mas, não vemos como efetuar uma reforma sem considerar profundamente todo o histórico anterior e nossa realidade cultural,

“Reformar é preciso, sim, para avançar, acompanhar o desenvolvimento, produzir efetivas melhorias, mas é indispensável um profundo diálogo precedente, oportunizando a todas as classes envolvidas a expressão de seus anseios.”

bem diferente daqueles países a quem comumente nos comparamos, também na intenção de justificar a mudança.

Inicialmente, é válido registrar que a CLT, não obstante efetivamente promulgada em 1943, não permaneceu com seus artigos estáticos desde então. Ao contrário, inúmeras foram as alterações e novas redações dadas por leis supervenientes, ou seja, não seria esse um motivo realmente justificador da reforma, pois a legislação acompanhou vários aspectos evolutivos.

Contudo, há circunstâncias simplesmente inalteráveis, mesmo com o passar dos tempos, e é lastimável o retrocesso que pode ocorrer em nome de uma pseudoevolução. Exemplo disso é a obrigação de conceder intervalo de 15 minutos antes de a mulher realizar horas extraordinárias de trabalho. Em nome da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, tão propagada atualmente, já não sendo mais o homem o chefe da família, que pode muito bem ser comandada por uma mulher, diz-se ser esta previsão legal absolutamente ultrapassada.

Indaga-se, porém, se há alguma modificação social capaz de alterar também a compleição física de uma pessoa do sexo feminino, inegavelmente mais frágil que o homem, em decorrência dos mais diversos aspectos, que vão desde os biológicos e fisiológicos até os hormonais.

Seria realmente justo que essa louvável igualdade atinja outras facetas, indistintamente, sem considerar qualquer outro fator? A mulher pode até mesmo ter orientação sexual homossexual, mas nem por isso deixará de ter corpo e, conseqüentemente, capacidade e estrutura física de mulher.

Poderá um menor emancipado trabalhar em ambiente insalubre em virtude da emancipação? Estará ele fisicamente preparado para enfrentar o contato com possíveis agentes insalubres, sem lhe gerar conseqüências mais drásticas ainda?

Assim, nem tudo que se enxerga à primeira ótica possui exatamente a aparência demonstrada, e por iguais razões não se pode pretender comparar o cenário nacional com a realidade internacional, inclusive e especialmente porque, ainda que não exatamente no mesmo modelo, os países desenvolvidos também possuem leis protecionistas ao trabalhador, como forma de valorização da dignidade humana, princípio maior contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que possui um ideal comum a todos os povos e nações.

Não há como se negar que, em muitos países desenvolvidos, sequer há Justiça do Trabalho, mas esta não é a causa e nem mesmo uma das causas que os coloca em tal *status* de país avançado, uma vez que a inexistência da Justiça do Trabalho decorre tão somente dos seus modelos de organização judiciária, sem que com isso se deixe de reconhecer os direitos dos trabalhadores.

Em outras palavras, o fato de não haver um Poder Judiciário Trabalhista propriamente dito, não significa dizer que não há jurisdição trabalhista, ou seja, não

implica não haver atribuição de competência aos seus tribunais para dirimir questões desta natureza.

Aliás, é de bom tom ressaltar que as indenizações por danos morais nos EUA, por exemplo, costumam ser altíssimas, os assédios moral e sexual são vistos como revestidos de enorme gravidade e qualquer precedente de um tribunal norte-americano tem o mesmo efeito de um súmula nacional, tendo caráter vinculante

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que grande parte das alterações havidas pela recente Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, cuja vigência terá início a partir de 11 de novembro do corrente ano, pode se equiparar muito mais a um recuo, lamentavelmente, do que a avanço social, em sua verdadeira acepção. Faremos uma breve análise de alguns pontos principais, senão vejamos:

a) prevalência do negociado sobre o legislado – invoca-se para tanto o princípio da autonomia da vontade das partes. Se ambos quiserem, ainda que o trabalhador não tenha sido ouvido individualmente, mas por seu representante sindical, não pode o juiz alterar esse quadro em favor de quem quer que seja.

Todavia, não se pode olvidar a essência das normas coletivas. A flexibilização delas oriunda há de ser sempre mais benéfica ao trabalhador, nunca em seu prejuízo. No Estado de Rondônia, a título de exemplificação, estão sendo construídas duas usinas. Uma delas fica a uma distância de 120 quilômetros da capital, com canteiros de obras a aproximadamente, no mínimo, cinco quilômetros adentro depois da margem da BR, chegando a haver postos de serviço até com o dobro dessa distância, sem linha regular de transporte público para o local. Seria justo validar um instrumento normativo contendo previsão no sentido de não haver caracterização de horas *in itinere* em decorrência desta situação, pelo simples fato de o empregador fornecer o transporte?

A meu ver, cláusula normativa contendo tal previsão beneficiaria exclusivamente o empregador. Veja-se: o fornecimento de transporte não atende exclusivamente aos interesses do empregado, muito pelo contrário. O maior interesse aí resguardado é exatamente do empregador, que necessita daquela força de trabalho no local e horário estipulados para tal finalidade. Se o transporte ficasse meramente e integralmente a cargo do empregado, certamente não haveria garantia de presença do trabalhador na forma mais conveniente ao empregador, decorrente das obrigações por si assumidas para confecção da obra.

É um situação, sem dúvida, peculiar, mas que em determinado momento, sabe-se lá exatamente por quais razões, o sindicato obreiro chancelou a não integração do tempo de percurso à jornada de trabalho. Com a nova legislação, o julgador fica simplesmente impedido de dissertar sobre oportunos e louváveis fundamentos que o levem a desconsiderar o prejudicial “acordo”.

Não se quer dizer com isso que o Judiciário deixe de prestigiar os acordos e convenções, o que inclusive tem feito preponderantemente, mas se faz mister que abusos sejam coibidos e não validados, por meio do julgador. Porém, nesse caso, não poderá mais ocorrer, propiciando um aumento de artifícios, para desoneração dos empregadores.

b) O reconhecimento da possibilidade de terceirização de mão de obra em qualquer atividade – esta circunstância, ponto por demais prejudicial, sem dúvida fragiliza as relações, foge ao controle da empresa principal e coloca os empregados das empresas terceirizadas em condições menos favorecidas do que os demais empregados, ainda que todos exerçam as mesmas atividades e seja assegurada

a possibilidade de terem garantidos os mesmos direitos dos trabalhadores da empresa principal, até porque o texto legal utiliza o termo “poderão”, não contendo qualquer imposição.

Desse modo, um trabalhador que exerça a função de caixa bancário poderá ter plano de saúde, seguro de vida e outros benefícios, enquanto um outro caixa ofertado por uma empresa terceirizada, trabalhando na mesma instituição, em igual função, mas sem pertencer aos seus quadros poderá não ser detentor dos mesmos benefícios, se assim não for interessante para a empresa empregadora, não obstante seja possível estender os direitos.

Dia desses, de modo muito apropriado, ouvi o seguinte questionamento: qual seria a sensação de um passageiro de avião ao tomar conhecimento de que o piloto não pertence ao quadro dos empregados da companhia aérea de onde foram adquiridas as passagens? Com toda certeza haveria grande insegurança. Não há como não reconhecer a necessidade de legitimação tanto do empregado como do empregador, salvo exceções que não interfiram diretamente no resultado, como é o caso da atividade-meio de uma empresa.

c) O intervalo intrajornada – certamente, este é outro ponto a merecer destaque, porquanto havia previsão de haver sua concessão, no mínimo, por uma hora, a cada jornada de oito horas de trabalho. Essa norma não decorre de mero capricho, mas prestigia a saúde do trabalhador, devendo ser considerado ainda que não se pode pensar apenas no momento presente, mas na maior parte de uma vida dedicada ao trabalho, regra geral, 35 anos.

Não dispor de descanso em específicas oportunidades é fato passível de ocorrer em vários cenários, mas há que se estabelecer limites e, não à toa, a estipulação é de uma hora ao dia pelo menos, quando a jornada ultrapassar seis horas corridas.

Quando a legislação previa a necessidade da chancela sindical e o limite de duas horas extras diárias, no máximo, levou em conta, primordialmente, as regras de higidez física e mental. Sabe-se que o estresse é um dos grandes fatores desencadeadores das doenças psíquicas. Agora, parece que a liberdade se sobrepõe a tudo, muito embora, na realidade, muitas vezes essa liberdade advenha mais da necessidade do que do poder de escolha.

Com a reforma, sem a limitação de horas diárias e sem o aceite do sindicato da categoria, ou seja, sem qualquer espécie de vigilância, passa-se a ter a possibilidade de haver verdadeira exploração de mão de obra, originada pela necessidade premente de ambas as partes.

Porém, os efeitos negativos certamente serão muito mais visíveis no trabalhador que se submete a essa circunstância movido pela necessidade de sustento, ainda que futuramente venha a sofrer danos físicos ou emocionais.

d) A taxação das indenizações por danos morais – igualmente, essa alteração na legislação engessa o julgador naquilo que poderia retratar talvez a única forma de dimensionar de forma material o sofrimento. Mas, bem ao contrário, quando o legislador afirma que determinada circunstância não pode valer mais do que um valor específico, acaba por levar a vítima a uma sensação de menor importância. Afinal, quem pode exatamente traduzir o montante capaz de compensar o vexame, a humilhação, o sofrimento moral?

O julgador, por meio dos elementos colhidos na fase instrutória de um processo possui, no mínimo, boas condições de avaliar como quantificar o dano sofrido. Contudo, com a fixação de patamares, retirando do juiz o livre arbítrio, o legislador já prevê, de antemão, que determinada situação não poderá valer mais que um

valor previamente estipulado, sendo, no máximo, quando a lesão for gravíssima, o equivalente a 50 vezes o salário do ofendido, nada mais.

Desse modo, se a vítima for um trabalhador simples, recebendo um salário mínimo mensal, ainda que tenha sido gravemente ofendida ou que um acidente tenha lhe extirpado um membro ou ocasionado invalidez permanente, não receberá mais de R\$ 46.850,00 a título de dano moral, exatamente o dano subjetivo, aquele que, em tese, poderia e deveria comportar interpretação elástica.

Reformar é preciso, sim, para avançar, acompanhar o desenvolvimento, produzir efetivas melhorias, mas é indispensável um profundo diálogo precedente, oportunizando a todas as classes envolvidas a expressão de seus anseios.

Nem mesmo os países europeus que tentaram flexibilizar as normas trabalhistas obtiveram êxito nos seus intentos de modernizar e oferecer mais emprego. Bem diferentemente, houve um aumento da pobreza.

Não há como esgotar por meio das presentes colocações toda a extensão da reforma trabalhista e o seu real significado, pois para tanto seria necessário profundo estudo sobre cada modificação, sendo os exemplos acima apenas pontos a merecer algum destaque, pelos inegáveis prejuízos.

As estatísticas demonstram que considerável parte das ações trabalhistas ainda visa à satisfação dos direitos mais básicos, representados pelas verbas rescisórias corriqueiramente não adimplidas integralmente nas épocas próprias, daí a razão de subsistir o “protecionismo” da Justiça do Trabalho, a qual não cria direitos, mas os restabelece.

Ora, se o trabalhador não receber o mínimo que lhe é devido pela relação de emprego existente com o empregador, aquilo que seria essencial para sua subsistência, como dele exigir pagamento prévio de custas processuais, de honorários periciais, ou ainda cerceá-lo de novo acesso ao Judiciário, caso não comprove o recolhimento daquelas, na hipótese de não comparecimento, em tese, injustificado, na primeira audiência de seu processo?

Seria a falta de dinheiro para o transporte até a Vara um argumento justificável para o não comparecimento, ou simplesmente à míngua de provas, esse argumento, ainda que verdadeiro, será considerado como injustificado?

Muito temerária essa transformação, não sendo demais salientar que o juiz possui a ferramenta legal de reconhecer e aplicar a litigância de má-fé a qualquer dos litigantes que abusar, alterar verdades ou estiver tentando ludibriar a Justiça de alguma forma, não sendo necessária a modificação da legislação para conter as práticas exorbitantes.

Feitas essas considerações, repito que este artigo não tem o condão de fazer um estudo sobre toda a reforma trabalhista de maneira precisa e minuciosa, mas sim de trazer à tona reflexões a partir de alguns dos pontos objetos desta modificação legislativa para se avaliar a quem realmente ela pode interessar e quem será ou serão seus reais beneficiários, pois, por ora, parece-me que essa mudança, sob as máscaras da simplificação, da segurança jurídica e da liberdade, em verdade, está em dissonância com o maior princípio universal existente no universo jurídico, revelando a perda do valor social do trabalho em muitos relevantes e indispensáveis aspectos. 





Presença da terceirização na produção e emprego

■ POR MARCIO POCHMANN

Para um país em tardia busca pelo seu desenvolvimento sustentável, uma das vantagens que se estabeleceram ao Brasil foi a possibilidade de historicamente inverter prioridades até então assumidas por suas classes sociais dirigentes. No atual contexto da segunda onda de globalização capitalista conduzida por grandes corporações transnacionais e sob a dominância financeira, as proteções social e trabalhista dos brasileiros têm assumido centralidade nos debates tanto a respeito das condições de competição internacional como das opções de desenvolvimento da nação.

Nesse sentido, registra-se como a lógica do mundo dos negócios tem invadindo mais recentemente as decisões de reformas sociais e trabalhistas promovidas desde o ano de 2016 no país. Assim, a retomada do desenvolvimento brasileiro tenderia a estar, segundo a perspectiva neoliberal, associada, cada vez mais, às vontades individuais, não mais coletivas de vida.

Por uma parte, a degradação da estrutura social herdada da industrialização fordista estaria desconstituindo uma ampla parcela da classe média assalariada simultaneamente ao fortalecimento de um novo precariado¹ no conjunto da classe trabalhadora, mais recentemente denominado equivocadamente de “nova classe média”. Por outra e, em consequência, a tendência da concentração dos ganhos econômicos gerados pela dominância financeira na acumulação capitalista tornaria uma contida parcela de privilegiados capaz de deter mais riqueza do que a somatória de todo o conjunto dos brasileiros.

A confirmação do regresso às fases de desregulação e de flexibilização das políticas sociais e trabalhistas estaria a impor novo padrão de superexploração à classe trabalhadora. Com a decadência dos padrões de industrialização e de regulação fordistas o Brasil daria sequência ao movimento maior de desestruturação da sociedade salarial, especialmente aquela conformada pela expectativa

“As novas articulação e sistematização das operações entre as empresas impuseram transformações mais amplamente estabelecidas pelo novo modelo de organização empresarial. A partir disso, a terceirização precisa ser considerada de forma integrada aos sistemas de produção e de distribuição de bens e serviços numa economia de dimensão global assentada no padrão de competição permeada de grandes corporações transnacionais generalizadoras de relações de trabalho identificadas pelo novo precariado.”

de “medianização” interclassista, ou seja, uma aproximação da base com o cume da estrutura social.

Por conta disso, assiste-se, atualmente, à transição das tradicionais classes médias assalariadas e de trabalhadores industriais para o inédito e extensivo precariado, cuja polarização social permeada pelo espontaneísmo com características anárquicas tende a se firmar. Concomitante com as novas tecnologias de informação e comunicação, as mobilizações sociais e trabalhistas transcorrem acima da setorialização e da fragmentação da tradicional organização sindical, o que gera estranhamento e distanciamento entre as estruturas existentes e as formas de mobilização espontâneas.

O vazio proporcionado pela desindustrialização vem sendo ocupado pela chamada sociedade de serviço, o que constitui, neste sentido, uma nova perspectiva de mudança estrutural no mundo do trabalho. Com o esvaziamento das regulações social e trabalhista as promessas de modernidade trazidas pelo receituário neoliberal constituem o novo padrão de superexploração do trabalho.

A partir do final do século XX, o padrão de competição empresarial passou a conviver com mudanças consideráveis, especialmente no que diz respeito ao padrão de produção e, por consequência, às relações de trabalho que predominavam até então. O desafio seguiu sendo o de elevar a produtividade em meio às exigências de redução dos custos de produção numa economia de dimensão global.

Uma das principais alterações percebidas transcorreu estimulada pela substituição do antigo padrão fordista (estadunidense) de organização da produção e do trabalho pelo modelo toyotista (japonês), representado pela empresa enxuta nos custos tradicionais, tais como estocagem e transações diversas. Para isso, a grande empresa, sobretudo, externalizou parcela de suas atividades, reestruturando o conjunto de seus fornecedores para operar cada vez mais articulada e flexível com o ritmo da produção.

O movimento de crescente externalização produtiva permitiu reduzir custos ao mesmo tempo que elevou ganhos de produtividade em função de ter incorporado novas tecnologias de processos e de produtos. A ampliação na rentabilidade dos negócios empresariais contou com a difusão das tecnologias de informação e comunicação (TICs) que, entre outras inovações, concentrou a produção mundial em poucas e grandes empresas apoiadas descentralizadamente nas cadeias globais de valor.

Assim, a passagem da antiga empresa fordista para a nova toyotista que terceirizou produção e, por consequência, empregos, foi acompanhada pela conformação

de um conjunto de empresas filiadas que articulam as decisões em sistemas de produção e distribuição centralizados na grande corporação transnacional. Nesse sentido, as mercadorias assumiram o seu caráter global, composto pela participação padronizada advinda de diferentes países e regiões do mundo.

Diante disso, a presente apresentação trata da evolução da presença da terceirização na produção e no emprego. Para tanto, duas são as partes constitutivas, sendo a primeira relativa ao contexto mais amplo sob o qual se desenvolveu o regime da terceirização no sistema produtivo brasileiro, e a segunda voltada à análise da trajetória da terceirização no mercado de trabalho nacional.

FASES DAS DESPROTEÇÕES SOCIAL E TRABALHISTA

A longa jornada de efetivação da regulação do mundo do trabalho no Brasil teve seus passos contados frente à interdição do governo democraticamente eleito, em 2014. Com o impedimento da presidenta Dilma, em 2016, uma série de projetos liberalizantes das legislações social e trabalhista que se encontravam represados desde o final do governo FHC (1995 – 2002) foram pautados.

Com isso, o Brasil passou a conviver com uma quarta onda de flexibilização do sistemas de proteção social e trabalhista instituídos a partir da década de 1930, quando passou a se consolidar a transição da velha sociedade agrária para a urbana e industrial. Isso porque a constituição do mercado nacional de trabalho resultou de uma lenta transição de 80 anos, iniciada em 1850, com o fim do tráfico de escravos e a implantação da Lei de Terras, e finalizada em 1930, com a superação da condição dos mercados regionais de trabalho.

Mesmo diante da passagem do Império para a República, em 1889, a regulação do mercado de trabalho terminou sendo postergada frente à prevalência da situação de “liberdade do trabalho” definida pela primeira Constituição republicana, em 1891. Nem mesmo a aprovação, em 1926, da Emenda Constitucional nº 29, que possibilitou ao Congresso Nacional legislar sobre o tema do trabalho, alterou a perspectiva liberal de manutenção do Estado fora das regulações social e trabalhista.

A partir da Revolução de 1930, contudo, a regulação do trabalho passou a ser uma novidade, difundida fragmentadamente, segundo pressão localizada nas categorias mais fortes e melhor inserida no desenvolvimento capitalista. Após uma década de embates, com avanços pontuais na implementação de leis dispersas na regulação do emergente emprego assalariado, foi implementada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no ano de 1943, em pleno regime político autoritário do Estado Novo (1937 – 1945).

Mesmo assim, a maior parte dos trabalhadores ficou excluída do código do trabalho frente à oposição liberal conservadora dos proprietários rurais, antiga força dominante na República Velha (1889 – 1930). Até o ano de 1963, com a aprovação do Estatuto do Trabalhador Rural, que abriu a possibilidade de incorporação lenta e gradual do trabalho rural, a CLT somente voltou-se, por exemplo, para as relações de trabalho urbanas.

Pela Constituição Federal de 1988, ou seja, 45 anos após a implementação da CLT, que os trabalhadores rurais passaram a ter direitos equivalentes aos empregados urbanos, embora ainda hoje tenham segmentos dos ocupados sem acesso às regulações social e trabalhista. Na década de 1940, por exemplo, a CLT mal atingia 10% dos ocupados, enquanto nos dias de hoje chegou a superar os 2/3 dos trabalhadores.

Com a recessão e os retrocessos associados às mudanças legislativas do governo, as desproteções social e trabalhista avançam. Apesar das resistências, a aprovação

das reformas neoliberais desencadeadas mais recentemente amplia ainda mais o grau de exclusão no Brasil.

Diante disso, identificam-se atualmente os elementos de uma terceira onda no sentido geral da desconstrução das proteções social e trabalhista no Brasil. Uma primeira onda transcorreu a partir da segunda metade da década de 1960, com a ascensão da ditadura militar (1964 – 1985).

Naquela oportunidade, por exemplo, a implantação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) interrompeu a trajetória de estabilidade no emprego. Também contribuiu para inaugurar uma longa fase de enorme rotatividade na contratação e na demissão da mão de obra no Brasil.

A taxa de rotatividade, que atingia a cerca de 15% da força de trabalho ao ano na década de 1960, rapidamente foi acelerada, aproximando-se da metade dos empregos formais existente no país. Com isso, houve a generalização do procedimento patronal de substituir empregados de maior salário por trabalhadores de menor remuneração.

Pela política salarial vigente entre 1964 e 1994, o resultado foi, em geral, a perda de poder de compra do rendimento dos trabalhadores, sobretudo no valor real do salário mínimo, que atendia a base da pirâmide distributiva do país. Diante da significativa expansão da produtividade do trabalho observada no período, os salários perderam a corrida para a inflação, fator que contribuiu ainda mais para o agravamento da desigualdade de renda nacional.

Para, além disso, foi confirmada a prevalência de uma pujante economia industrial assentada em baixos salários ao mesmo tempo que ocorreu uma enorme desigualdade tanto intrarendimento do trabalho verificada entre altas e baixas remunerações como entre o rendimento do trabalho e as demais formas de renda da propriedade (juros, lucros, aluguéis e outras).

Uma segunda onda no sentido geral da flexibilização nas relações de trabalho pôde ser constatada na década de 1990, com a dominação de governos com orientação neoliberal. Dessa forma, assistiu-se à generalização das medidas de desregulação na contratação de trabalhadores por modalidades abaixo da orientação estabelecida pela CLT. Entre elas, a emergência da terceirização dos contratos, em plena massificação do desemprego e da precarização das relações de trabalho.

A Lei da Terceirização (Lei nº 13.429/2017) e as reformas trabalhista e previdenciária, entre outras, tendem a consolidar uma terceira onda no sentido geral da flexibilização das legislações social e trabalhista. Com isso, a generalizar o *uberismo* laboral neste início do século XXI associada à destruição do sistema de negociação coletiva de trabalho, suas instituições de representação e as desproteções social e trabalhista.

CONTEXTO DA TERCEIRIZAÇÃO

Em relação ao contexto mais geral que abrigou a difusão da terceirização destaca-se o papel da globalização, o seu impacto na reconfiguração da competição empresarial e a nova dinâmica econômica que se impôs desde os anos 2000. Tudo isso terminou por impactar direta e indiretamente a trajetória da terceirização no Brasil.

AVANÇO DA GLOBALIZAÇÃO E SEUS IMPASSES

Pelo avanço do processo de globalização, desde os anos 1980, constata-se que o progresso técnico favoreceu a transição do antigo modo fordista de produção

para o novo modelo enxuto de organização das empresas (toyotista). Concomitantemente, assiste-se à consolidação da grande corporação transnacional, que, por meio da transformação tecnológica, permitiu expandir as cadeias globais de produção.

Em função da reorganização da produção pelas grandes corporações transnacionais, que impactou a divisão internacional do trabalho, uma vez que foi acompanhada pelo deslocamento da produção de manufatura do ocidente para a Ásia, a China foi assumindo maior importância relativa na participação do valor da produção mundial. Neste contexto, ampliada pela gravidade da crise de dimensão global instalada em 2008, e ainda sem solução definitiva, a força da globalização foi perdendo importância.

O rebaixamento nos ritmos de expansão das economias e do comércio mundiais potencializou ainda mais o acirramento da competição empresarial acompanhada pela adoção governamental de políticas protecionistas direcionadas à defesa dos conteúdos nacionais da produção e do nível de emprego da mão de obra.

Figura 01: grau de concentração pelas corporações transnacionais da produção em setores selecionados

Setor econômico	Número de corporações	Grau de monopólio
Grandes aeronaves	2	100%
Automobilístico	10	100%
Cigarros	4	75%
Computadores pessoais	4	55%
Construção de equipamentos	4	44%
Equipamentos agrícolas	3	69%
Fármacos	10	69%
Telefonia móvel	3	65%
Pneus de automóveis	3	75%
Pneus de aviação	3	100%
Vidros de automóveis	3	75%
Vidros de tela de LCD	2	78%

Fonte: Eurostat

Apesar dos dados apresentados, os mecanismos de valorização financeira permaneceram em alta. A cada novo período de tempo, os ativos financeiros corresponderam à maior parcela comparativa ao Produto Interno Bruto e ao comércio mundial.

SITUAÇÃO INTERNA BRASILEIRA

A integração do Brasil ao movimento da globalização a partir da década de 1990 transcorreu associada ao aparecimento de especificidades importantes que marcaram o avanço do regime da terceirização, a começar pelos modos de aberturas econômica e financeira desacompanhados da preparação prévia, necessária ao setor produtivo nacional.

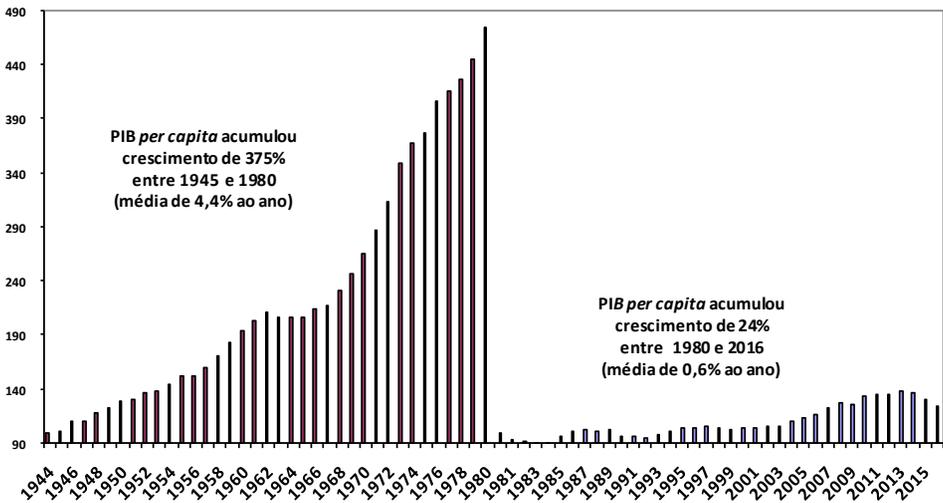
Também pela persistência da instabilidade inflacionária durante o período de 1977 a 1994, a contabilidade empresarial terminou sendo contaminada pela prática de superinflação. Em grande medida, devido à fase de baixa competição interna

que foi herdada dos anos 1980, quando vigoraram diversos acordos do Brasil com o Fundo Monetário Internacional.

Ao contrário da expectativa inicial de que a presença brasileira no comércio mundial se alteraria favoravelmente, o ingresso na globalização apontou para outro sentido. Ademais de manter praticamente estável a participação relativa do Brasil nas trocas internacionais, o peso dos produtos manufaturados nas exportações nacionais declinou.

Diante disso, dois aspectos importantes ganharam evidência no contexto de evolução da terceirização no Brasil. De um lado, em virtude da prevalência do baixo dinamismo da economia nacional, sem maior estímulo sustentável no tempo do mercado interno.

Figura 02: Brasil – evolução comparativa do índice acumulado do Produto Interno Bruto entre 1945 a 1980; e 1981 a 2016 (1944 = 100 e 1980 = 100)



Fonte: IBGE

Tomando-se como referência, por exemplo, o período de 35 anos seguidos, a partir do Segundo Pós-Guerra mundial, registra-se que o ritmo de expansão do Produto Interno Bruto foi de 4,4% como média anual no Brasil. Para o período subsequente de 35 anos que se iniciou em 1981, constata-se que o Produto Interno Bruto por habitante cresceu apenas 0,6% como média anual.

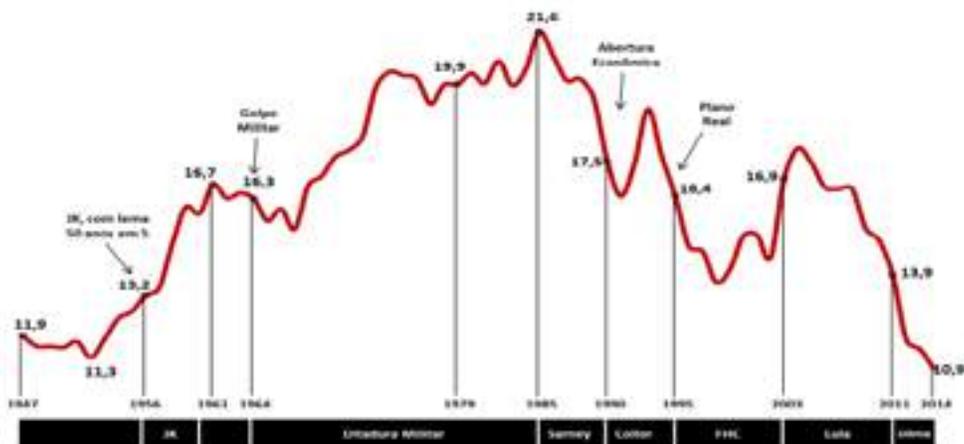
Nessa marcha de praticamente semiestagnação da renda *per capita*, a adoção da terceirização assumiu maior relevância como possibilidade de elevar à competição empresarial a partir da perspectiva de redução dos custos operacionais. Sem a presença do crescimento econômico sustentável no tempo, o recurso do aumento nos ganhos de produtividade se tornou frágil.

De outro lado, a economia nacional passou a se apoiar recorrentemente no processo de valorização financeira como possibilidade de compensar o comportamento desacelerado da economia nacional. Com isso, cresceu o peso dos ativos financeiros em relação ao Produto Interno Bruto e ao comércio externo.

Por força da situação de semiestagnação da renda *per capita*, o desempenho dos pequenos negócios aumentou, permitindo incorporar maior parcela das

ocupações no país. O setor de serviços, por exemplo, sobressaiu na expansão dos pequenos negócios e, por consequência, das ocupações simultâneas à redução da participação relativa do produto industrial no conjunto da produção nacional.

Figura 03: Brasil - evolução da participação relativa da indústria de transformação no Produto Interno Bruto (em %)



Fonte: IBGE/Fiesp

Com a expansão dos pequenos negócios, especialmente no setor de serviços, o padrão de competição empresarial aprofundou a concorrência interna diante da maior exposição da economia brasileira à globalização. Nesse ambiente, a terceirização contribuiu para a redução dos custos operacionais no interior do setor produtivo.

Mesmo assim, as diferenças de eficiência por escala de produção e serviços entre grandes e pequenas empresas permaneceram intensas. Nos pequenos negócios que respondem, em geral, por cerca de 2/3 das ocupações, os ganhos médios de produtividade representam menos de 57% da produtividade média apurada nas grandes empresas.

TRAJETÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Com o avanço da terceirização, o comportamento do mercado de trabalho sofreu importante modificação. No conjunto das grandes empresas, por exemplo, transcorreu a redução das hierarquias ocupacionais, com diminuição mais intensa do peso relativo dos postos de supervisão e operação.

Em grande medida, essa modificação na estrutura das ocupações decorreu do novo regime de ocupação modulado pela terceirização. As grandes empresas externalizaram atividades-meio do processo produtivo, circunscrevendo-se nas funções finalísticas. Com isso, a menor importância relativa dos postos de trabalho de supervisão e de operação, sobretudo focados nas atividades-fim. Nas funções intermediárias o avanço dos postos de trabalho terceirizados ganhou cada vez mais dimensão.

A redução de custos no interior dos processos produtivos experimentados pela trajetória da terceirização no Brasil terminou também contribuindo para elevar a eficiência nas atividades-meio das empresas. Por outro lado, para os trabalhadores

terceirizados, a formalização contratual aumentou simultaneamente a concentração na faixa de até dois salários mínimo mensais.

Em geral, a prestação de serviços no regime da terceirização representou a oportunidade da ocupação de trabalhadores sem experiência anterior de trabalho formal. Quase a metade dos postos de trabalho abertos pela terceirização foram ocupados por pessoas sem experiência de trabalho em outra empresa, tendo a metade dos ocupados empregados por um período de até dois anos.

UBERIZAÇÃO DO TRABALHO

Na modalidade Uber de organizar e remunerar a força de trabalho, a regularidade do assalariamento formal acompanhada da garantia dos direitos sociais e trabalhistas tende a desaparecer. Os experimentos do *uberismo* no trabalho avançam em forma diversificada no espaço supranacional.

No caso dos experimentos iniciais do *uberismo*, conforme constatado no transporte individual de passageiros, a desregulamentação se generalizou acentuadamente na oferta de sistema de táxis por aplicativos decorrentes das tecnologias de informação e comunicação. Na mesma marcha, avançam os contratos de zero hora, cujo trabalhador (intermitente) permanece em casa aguardando a demanda de sua força de trabalho advinda de qualquer parte do mundo.

Tudo isso à margem da regulação nacional de trabalho, fruto da generalização das novas tecnologias de informação e comunicação em meio ao enorme excedente de mão de obra. O esfacelamento nas organizações de representação dos interesses do mundo do trabalho (associações, sindicatos e partidos) transcorre em consequência geral dessa nova fase de intensificação da exploração do trabalho.

Como os direitos sociais e trabalhistas passam crescentemente a ser tratados pelos empregadores e suas máquinas de agitação e propaganda, na qualidade fundamental de custo, a contratação direta, sem direitos sociais e trabalhistas, libera a competição individual maior no interior da classe trabalhadora em favor dos patrões. Os sindicatos ficam de fora da negociação, contribuindo ainda mais para o esvaziamento do grau de organização em suas próprias bases social e territorial.

Ao depender cada vez mais do rendimento diretamente recebido, sem mais a presença do histórico salário indireto (férias, feriado, previdência, etc.), os fundos públicos voltados ao financiamento do sistema de seguridade social enfraquecem por não contribuírem para a prevalência da sistemática do rentismo. A contenção da terceirização, em função disso, poderia estancar a trajetória difusora do modo Uber de precarização das contratações de trabalho e, dessa forma, resistir à terceira onda das desproteções social e trabalhista no Brasil.

A terceirização se constitui parte de um conjunto de alterações no padrão de competição empresarial em curso desde o final do século passado. Disso resulta a passagem para o modelo toyotista de organização da produção, da divisão do trabalho e da conformação das grandes corporações transnacionais operadoras das cadeias mundiais de valor.

O Brasil se integrou tardiamente na globalização e patrocinou especificidades significativas na difusão da terceirização. Ao se fixar na geração de serviços no interior do sistema produtivo, com especialização de funções, a terceirização representou a redução nos custos de produção.

Em geral, as novas articulação e sistematização das operações entre as empresas impuseram transformações mais amplamente estabelecidas pelo novo modelo de

organização empresarial. A partir disso, a terceirização precisa ser considerada de forma integrada aos sistemas de produção e de distribuição de bens e serviços numa economia de dimensão global assentada no padrão de competição permeada de grandes corporações transnacionais generalizadoras de relações de trabalho identificadas pelo novo precariado. 

NOTA

- 1 Na definição de Giovanni Alves, “precariado é a camada média do proletariado urbano constituída por jovens-adultos altamente escolarizados com inserção precária nas relações de trabalho e vida social” (Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2013/07/22/o-que-e-o-precariado/>. Acesso em: 21 ago. 2017.

REFERÊNCIAS

- ALVES, G. *O novo (e precário) mundo do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- ANTUNES, R. (org.) *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- BELLUZZO, L.; ALMEIDA, J. *Depois da queda*. Rio de Janeiro: C. Brasileira, 2002.
- BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. *O novo espírito do capitalismo*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2009.
- BRAGA, R. *A política do precariado*. São Paulo: Boitempo, 2012.
- CARDOSO, A. *Trabalhar, verbo transitivo*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
- CÓRDOBA, E. *Del empleo total al trabajo atípico*. In: Revista Internacional del Trabajo, Genebra, OIT, v. 105, n. 4, oct.-dic. 1986.
- CORREIA, A. *A flexibilidade nas empresas*. Lisboa: Sílabo, 2003.
- CROMPTON, L. et al. *Changing Forms of Employment*. London, Routledge, 1996.
- DAU, D. et al (Orgs.) *Terceirização no Brasil*. São Paulo: AnnaBlume/CUT, 2009.
- DICKENS, W. & LANG, K. *Labor Market Segmentation Theory: Reconsidering Evidence*. Nber/WP, 4087, 1992.
- DIEESE *Rotatividade e flexibilidade no mercado de trabalho*. São Paulo: Dieese, 2011.
- DOERING, P. & PIORE, M. *Internal Labor Market and Manpower Analyses*. Lexington: MUP, 1972.
- DUCATTE, J. *Après la crise-entreprise post-taylorienne*. Paris: D’Organisation, 1995
- DUNLOP, J. & HIGGINS, B. *Bargaining Power and Market Structures*. Journal of Political Economy. Vol. 50. pp. 1-26, 1942.
- GASPARINI, G. (org) *La Flexibilité en Italie*. Paris: Syros:Alternatives, 1989.
- KREIN, J. *O aprofundamento da flexibilização das relações de trabalho no Brasil dos anos 90*. Campinas, IE/Unicamp, 2001.
- MATTOS, F. *Flexibilização do Trabalho: sintomas da crise*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2009.
- MILBERG, W. ; WINKLER, D. *Outsourcing Economics*. Cambridge: CUP, 2013.
- MORALES, R. *Flexible production*. Cambridge: Polity Press, 1994.
- POCHMANN, M. *Relações de trabalho e padrão de organização sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2003.
- POCHMANN, M. *A superterceirização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
- POCHMANN, M. *O trabalho no Brasil pós-neoliberal*. Brasília: Líber livro, 2011.
- POCHMANN, M. *Brasil sem industrialização: a herança renunciada*. Ponta Grossa: UEPG, 2016.
- PRIES, L & DOMBOIS, R. *Modernización empresarial*. Caracas: NS, 1993.
- RODRIGUES, M. *Competitividade e recursos humanos*. Lisboa: Quixote, 1991.
- SANTOS, A. et al (Orgs.) *As empresas e a dinâmica das profissões*. Lisboa: IEFO, 1993.
- STANDING, G. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- TEIXEIRA, F. & OLIVEIRA, M. (Orgs.) *Neoliberalismo e reestruturação produtiva: as novas relações do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, 1996.



MARCIO POCHMANN é professor do Instituto de Economia e pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, ambos da Universidade Estadual de Campinas.



Terceirização de atividade não é terceirização de serviço

■ POR JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

A Lei nº 13.429/2017 e a posterior Lei nº 13.467/2017, a da “reforma” trabalhista, segundo se diz, possibilitaram a terceirização da atividade-fim. As referidas leis, no entanto, não obstante a sua ilegitimidade, dada a supressão do regular processo democrático para a sua aprovação, são repletas de incongruências técnicas, que atraem, inclusive, o posicionamento, por alguns já manifestado, de que não teriam efetivamente regulado a terceirização, de modo a permiti-la na atividade-fim das empresas.

De todo modo, a autorização para a terceirização da atividade-fim, se assim puder ser extraído das leis em questão, representa em si uma superação da terceirização

como um todo, inclusive da denominada terceirização da atividade-meio (tratada como um modelo mitigado de intermediação de mão de obra, com o eufemismo de especialização de serviços), uma vez que sem o disfarce jurídico – e mais ainda com a revelação da intenção de se instituir a quarteirização – a terceirização assume claramente o seu verdadeiro caráter de mera intermediação de mão de obra, e isso fere o projeto constitucional de Estado Social baseado na necessidade de se estabelecer uma responsabilização jurídica ao capital que é gerado pela exploração do trabalho humano, para a implementação organizada de uma mínima distribuição de renda e o desenvolvimento de políticas públicas de índole social.

Dito de forma sintética, uma lei que tenta estabelecer um obstáculo para a vinculação entre o capital e o trabalho, pulverizando a classe trabalhadora e, com isso, também, quebrando as possibilidades, que já são bastante reduzidas, de atuação política da classe trabalhadora necessária ao diálogo social e de uma correlação de forças menos desproporcional entre o capital e o trabalho, é uma lei que afronta a Constituição Federal e os Pactos de reconstrução do modelo de sociedade capitalista firmados nos períodos imediatamente posteriores às duas guerras mundiais.

Vale lembrar que a Constituição Federal prometeu que estariam garantidos direitos aos trabalhadores para cumprir o papel de “melhorar a condição social do trabalhador”, conforme preconizado no “caput” do art. 7º, e as leis em questão trazem enormes retrocessos no que tange ao patrimônio jurídico da classe trabalhadora conquistado ao longo de décadas.

Paradoxalmente, com o advento das referidas leis, adentrou-se, de forma definitiva, o momento da superação da terceirização, tal qual fora concebida pela Súmula nº 331 do TST, mas não no sentido de piorar o estágio jurídico de proteção dos trabalhadores, mas sim no de melhorá-lo.

Mesmo sob o ângulo positivista clássico, o efeito da destruição da terceirização se impõe.

A questão é que uma regulação jurídica não pode **ser** e, ao mesmo tempo, **não ser**. Não pode ser o imperativo de um **dever-ser** e também do seu inverso. Não é possível que um ato se insira na órbita da licitude e ao mesmo tempo seja considerado um ilícito.

Dito de outro modo, mirando a situação posta pelo advento dessas leis, o ordenamento não pode estabelecer um padrão jurídico e, em paralelo, criar outro padrão contraposto ao primeiro. A ordem jurídica, por razões de ordem lógica, na qual precisa estar baseada para existir como tal, se estabelece a partir do parâmetro de regras e exceções, sendo que as exceções, direcionadas a fatos específicos, não reguladas pela regra, precisam, além disso, ser claramente justificadas e delimitadas.

Falando de modo ainda mais direto, não é possível que a ordem jurídica estabeleça a relação de emprego como regra geral da vinculação entre o capital e o trabalho e se permita, ao mesmo tempo, que a relação de emprego não seja esse mecanismo de vinculação do capital ao trabalho, vendo-a tão somente como o efeito de um ajuste de vontades, que possibilita ao capital se distanciar, quando queira, do trabalho pela contratação de entes interpostos.

Quando uma lei diz que todo serviço de uma empresa pode ser terceirizado, o que se cria é uma regra generalizante, que, inclusive, preconiza que o capital não se vincula diretamente ao trabalho, institucionalizando, pois, a mera intermediação de mão de obra.

“Para que se possa empreender alguma atividade e levá-la ao mercado é preciso que se tenha autorização legal para tanto ou que a atividade não seja juridicamente proibida. Como os seres humanos não são mercadorias, não se pode conceber como lícitamente constituída uma empresa cuja atividade seja, meramente, locar mão de obra, até porque isso constituiria uma forma de burlar a autorização legal conferida a uma empresa para a realização de atividade específica.”

Aliás, se uma empresa transfere para outra empresa aquilo que justifica a sua existência como unidade empreendedora é lógico que perece.

O problema para que se possa produzir o efeito jurídico fixado nessa regra é o fato de que, mesmo com o advento das referidas leis, persiste em vigor a regra da vinculação direta determinada pela relação de emprego, pela qual se busca fixar uma responsabilização social do capital em razão da exploração do trabalho.

Essas duas regras generalizantes contrapostas, no entanto, não podem coabitar o mesmo ordenamento, exigindo-se, por conseguinte, que se busquem fundamentos jurídicos e lógicos para que, eliminando o conflito, se privilegie uma regra em detrimento da outra.

Inegavelmente, pesa em favor da regra da vinculação jurídica entre o capital e o trabalho a própria razão de ser do Direito do Trabalho (que possui amparo Constitucional), como limitador dos interesses econômicos para impedir a supressão da dignidade humana nas relações de trabalho e para possibilitar a melhoria da condição social aos trabalhadores, de onde decorre, inclusive, a natureza jurídica de ordem pública da configuração da relação de emprego.

A identificação jurídica da relação de emprego como questão de ordem pública, para que o Direito do Trabalho possa, concretamente, cumprir a sua função, não vai ao ponto de negar vigência ao negócio jurídico firmado entre as empresas, mas sim de invalidar a cláusula que tenta transferir a configuração da relação de emprego para a empresa prestadora de serviços, que, assim como o trabalhador, também não é detentora dos meios de produção e que apenas tem a oferecer no mercado a mercadoria “força de trabalho”, a qual compra dos trabalhadores com o dinheiro que lhe é transferido pela empresa capitalista, tentativa que afronta os artigos 2º e 3º da CLT, os quais definem a qualidade de empregado e empregador a partir do pressuposto da responsabilização jurídica do capital frente ao trabalho, em conformidade com o projeto do Direito Social.

E nem se diga que a Lei nº 13.429/2017, ao fixar a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, teria garantido a responsabilização do capital. Primeiro, porque, como o próprio nome diz, essa responsabilidade é subsidiária, ou seja, uma responsabilidade meramente patrimonial, uma espécie de garantia (em geral ineficaz e que pune o credor) para as obrigações de terceiro, não havendo,

pois, compromisso específico e direto de índole social. E, segundo, porque o efeito maior que a terceirização generalizada produz, que é o da pulverização da classe trabalhadora, já se teria concretizado, destruindo todo o aparato jurídico do projeto constitucional.

Para auxiliar nessa análise, há que se compreender, ainda, a diferença fundamental que existe entre intermediação de mão de obra e subcontratação no processo de produção.

No processo de produção, que é ao mesmo tempo um processo de trabalho, há diversos estágios produtivos que se intercalam e que podem ser executados por unidades (empresas) distintas. A empresa cuja atividade é a produção de cadernos, no atual arranjo do capitalismo, não se envolve com a produção dos componentes necessários (o papel, a tinta, o espiral, o plástico etc.) à confecção do caderno, e muito menos com os demais utensílios e máquinas que auxiliam o ser humano na construção desse produto. Esses fatores, que, no conjunto, constituem os meios de produção, são adquiridos de outras empresas, cujo empreendimento capitalista já foi realizado na confecção e na comercialização dos seus produtos/mercadorias, complementando o processo de constituição do capital.

Quanto mais complexo for o produto final, mais se terão empresas participantes da rede produtiva, que pode começar lá na atividade extrativa e isso, inclusive, já se presta para fragmentar a classe trabalhadora. Cada uma dessas empresas tem, portanto, a sua atividade produtiva própria, de natureza capitalista, organizando a transformação, pelo trabalho, do resultado de um processo produtivo anterior, para a confecção de um novo produto, sendo que em cada fase se tem a efetivação do mais-valor que se realiza na comercialização. E assim por diante.

Ou seja, o capitalismo constitui-se como uma grande rede produtiva e, portanto, não há nada de novo na situação da atividade empresarial de grandes conglomerados econômicos que atuam como “montadoras”, sendo, portanto, plenamente impróprio visualizar essa realidade específica das montadoras para tentar justificar o advento de uma lei de terceirização que serve ao mero propósito da intermediação de mão de obra.

As montadoras, possuidoras que são dos meios de produção, detêm capital e este, no novo processo de trabalho por ela organizado, que pressupõe, obviamente, a exploração do trabalho humano, se verá multiplicado quando completado o ciclo, com a confecção do novo produto/mercadoria e a sua comercialização.

Quando se trata de uma mera prestadora de serviços, está se referindo a um empreendimento cujo objeto único é a venda da mercadoria “força de trabalho”. Não se tem, na hipótese, investimento de capital para, no processo de trabalho, com utilização de meios de produção e exploração do trabalho humano, reproduzir e valorizar o capital, o que se perfaz na fórmula D-M-D’ (dinheiro; mercadorias – que se transformam no processo de trabalho, onde se produz o mais-valor por meio do tempo de serviço prestado para além do equivalente ao valor da mercadoria força de trabalho que, na lógica capitalista, é o tempo socialmente necessário para a sobrevivência do trabalhador e sua reprodução –; e dinheiro adicionado, auferido pela venda do produto, quando, então, o mais-valor se realiza).

O que se dá na intermediação de mão de obra é meramente a compra de uma mercadoria por um preço e a sua venda por preço mais elevado, gerando um lucro, que serve à compra de nova mercadoria, com a mesma finalidade, em um ciclo que se pretende sem fim, dentro de uma lógica que remete ao período pré-capitalista

de acumulação do capital, mas que, no atual estágio, está vinculada a um processo de trabalho produtivo alheio.

Quando inserida diretamente no processo de trabalho produtivo, a intermediação se integra ao capital variável e para que as possibilidades do lucro da tomadora não diminuam avança-se sobre o valor do trabalho, que tende, assim, a ir para abaixo do que econômica e socialmente representa. As intermediações, portanto, desvalorizam o trabalho.

A circulação de mercadorias é essencial para que o mais-valor se realize e, assim, as atividades relacionadas ao comércio das mercadorias estão igualmente ligadas ao processo de formação do capital.

O Direito Social não quebra essa lógica e, no fundo, é uma regulamentação que serve ao desenvolvimento desse modelo de produção, que é, também, determinante do modo de ser social, mas busca, ao menos, impedir que, num contexto de exploração sem limites, a sociedade capitalista seja dominada pela barbárie, como já demonstrado no curso histórico.

O que não se pode conceber, dentro do projeto jurídico de Direito Social, é que a força de trabalho seja reconduzida ao ponto da mera mercadoria de comércio, como forma de gerar lucro ao comerciante desvinculado de qualquer projeto social mínimo e sem visualizar o caráter humano do trabalho, pois isso representa uma fórmula para evitar que o mais-valor se complete sem ao menos se respeitar o limite que fora imposto a partir do reconhecimento dos efeitos nefastos de duas guerras mundiais, que explicitam as consequências do “capitalismo desorganizado”, quando se firmou também o compromisso em torno da necessidade de se integrar a classe trabalhadora ao projeto de sociedade, garantindo-lhe uma condição existencial para além da mera sobrevivência.

É totalmente impróprio, portanto, falar em terceirização no sentido do oferecimento de força de trabalho para a realização de atividades integradas a uma produção específica, que não passa, pois, de mera intermediação, cujo resultado final, para os trabalhadores, será sempre a redução de seus ganhos, já que o intermediador pretende extrair lucro com a venda da mercadoria “força de trabalho” e o capitalista, claro, não se prestará a investir mais capital na força de trabalho do que investiria na contratação direta dos trabalhadores, sendo que, ainda, tal fórmula confere ao capitalista a grande vantagem de, por meio de variadas intermediações, conseguir quebrar a socialização no trabalho, que é base da ação coletiva reivindicatória dos trabalhadores, estimulando-se, além disso, uma lógica de concorrência entre estes.

A terceirização generalizada, entendida como mera intermediação de mão de obra, se trata de uma destruição completa do projeto de Direito Social, em favor do grande capital, o qual possui uma estruturação compatível com a intermediação.

Claro que não está obstada pela ordem jurídica, considerando-se as características do modelo capitalista, a formação de empreendimentos empresariais cuja atividade é a realização de serviços, ou seja, atividades empresariais cujo objeto é a venda de serviços prestados por seres humanos e não propriamente de um produto.

Mas é necessário, primeiro, que esse serviço tenha alguma qualificação específica, dentro de um contexto organizacional próprio, sendo que o permissivo, de todo modo, não pode conflitar com a regra geral de que as atividades do processo de trabalho, ligadas à realização do capital, nas quais se inserem o comércio e a terceirização, devem ser desenvolvidas sem intermediários, como explicado acima.

Desse modo, uma prestação de serviços só pode se desenvolver de modo regular, juridicamente falando, no contexto do Direito Social, para a realização de atividades que não estejam inseridas ao conjunto daquelas que são necessárias, de forma permanente, à concretização do objeto empresarial daquele que contrata tais serviços, até porque quanto mais intermediações se efetivam no processo produtivo, mais distante o trabalhador fica do capital e mais difícil se torna a concretização do projeto de uma ordem social mínima para o capitalismo. Além disso, evidentemente, é necessário que a empresa prestadora dos serviços tenha capital compatível com o empreendimento respectivo.

A ampla discussão que se tem travado publicamente sobre a terceirização, que conduziu ao ponto de se pretender autorizar a terceirização da atividade-fim, no seu sentido próprio de mera intermediação de mão de obra, paradoxalmente, acabou permitindo que se percebesse que não havia mesmo qualquer sentido em autorizar a terceirização da atividade-meio, que não difere, pois, da terceirização da atividade-fim, até porque essa, como reconhecido, é uma construção artificial. Uma e outra forma de terceirização não passam de mera intermediação de mão de obra, que atrai a aplicação do preceito trabalhista, internacionalmente consagrado, da proibição desse tipo de atividade mercantil.

Quando a lei autoriza a terceirização da atividade-fim é gerado o efeito de se acreditar que não existe a possibilidade da formação de um vínculo jurídico direto entre o trabalho e o capital, a não ser por uma concessão deste, que só não terceiriza se não quiser. Em outras palavras, o capital não se veria mais obrigatoriamente vinculado a projeto social algum, estando, unicamente, submetido à sua própria lógica.

Mas a organização do modelo capitalista de produção pelo Direito Social não pode se efetivar dentro desse marco dos parâmetros de escolha do capitalista, ainda mais porque suas escolhas estão condicionadas à pressão da concorrência, que lhe impõe posturas que acabam sacrificando o trabalho e o projeto social, destruindo as possibilidades de concretização de políticas públicas.

Então, quando a lei chega ao ponto de autorizar a terceirização da atividade-fim, o efeito jurídico necessário, para a preservação da ordem social, é o de se afirmar o contrário, ou seja, que a terceirização, juridicamente falando, não existe e o mecanismo que se tem para isso é o da declaração da relação de emprego, instituto criado exatamente para vincular o trabalho e o capital, atribuindo-se a este uma responsabilidade social mínima para a efetivação de um projeto de sociedade pautado pela lógica do Estado Social.

A relação de emprego, vale lembrar, é um instituto jurídico que decorre da necessidade de se superar os obstáculos impostos pela racionalidade jurídica liberal, que tentava afastar o capital de qualquer responsabilidade social.

Pela configuração da relação de emprego foi possível suplantiar os vínculos contratuais formalizados para “legitimar” intermediações de mão de obra, o que permitiu fixar e efetivar obrigações mínimas ao capital em decorrência do permissivo para a exploração do trabalho humano. Trata-se, pois, de um preceito de ordem pública, tendo como elemento de identificação a subordinação, verificada a partir do princípio da primazia da realidade.

O conceito de subordinação, por sua vez, vale lembrar, foi forjado por atuação jurisprudencial, na França, quando se percebeu que os ajustes contratuais – que são determinados por quem detém o poder econômico – procuravam impedir a

responsabilização dos detentores dos meios de produção quanto aos acidentes de trabalho em função de a impunidade resultante dessa contratualização alimentar os conflitos sociais.

Como destaca François Ewald (1996, p. 214), alguns empregadores, para evitar qualquer responsabilidade frente aos acidentes, forjavam um contrato para “colocar o operário na posição de ser ele mesmo juridicamente encarregado de sua própria segurança”. Mas, conforme relata o mesmo autor, “Os tribunais desvendam o artifício e declaram na ocasião, como verdadeiro critério da relação salarial, o poder de direção do empregador e a situação de subordinação do assalariado” (EWALD, 1996, p. 214).

A subordinação, portanto, não é uma submissão do trabalhador ao controle disciplinar de um contratante específico, como, de forma equivocada, se costumou entender, mas sim um conceito jurídico próprio do Direito Social para suplantar os artifícios do contratualismo do Direito Civil clássico, os quais serviam para evitar a responsabilidade do capital pela exploração do trabalho.

A relação de emprego se identifica por uma razão de ordem pública, tomando em conta muito mais a realidade fática do que a vontade expressa ou tácita das partes. Ademais, o conteúdo normativo que sobre si incide também não leva em consideração os interesses individuais, sobretudo o interesse social, com finalidade não apenas de proteger o trabalhador contra a exploração desumana, mas também de promover atos tendentes à melhoria constante das condições social e econômica do empregado, numa perspectiva de certa socialização dos bens de produção e de uma menos injusta distribuição da riqueza produzida na sociedade capitalista.

Nisto constitui, ademais, a própria razão de ser do Direito do Trabalho, que, como acentua Mario de La Cueva (1960, p. 453):

[...] difere esencialmente del derecho civil, por sus fundamentos y en sus propósitos. El derecho del trabajo no es un derecho para regular la conducta de los hombres en relación con las cosas, sino que es un derecho para el proteger la energía humana del trabajo, sino, más bien, asegurar a cada hombre una posición social adecuada, esto es, *el derecho del trabajo constituye, no reglas para regular la compra-venta o el arrendamiento de la fuerza de trabajo, sino un estatuto personal que procura elevar al hombre a una existencia digna*. Por eso que la semejanza en las instituciones no puede resolver los problemas, porque la esencia de las mismas instituciones es distinta.

Assim, mesmo com a revitalização da antiga onda de ataques aos direitos sociais, pelos quais, sob a retórica da modernidade, procura-se conduzir a sociedade brasileira aos tempos do século XIX, o percurso da progressividade se impõe por incidência da razão e da lógica. Com efeito, diante da necessária retomada dos fundamentos do Direito do Trabalho para solucionar o conflito incontornável de duas regras generalizantes que se contrapõem, chega-se ao ponto dialético de que a previsão legal da atividade-fim representa o fim da terceirização.

Concretamente, o advento da Lei nº 13.429/2017, assim como o da Lei nº 13.467/2017 (da “reforma” trabalhista), que reforçou os termos da primeira, gerará como efeito jurídico o paradoxo da declaração da ilegalidade da terceirização (na atividade-fim ou na atividade-meio, sendo que, quanto a esta última se perdeu qualquer parâmetro legal de excepcionalidade), pois o que resulta da generalidade

conferida à terceirização é a sua visualização como mera intermediação de mão de obra, o que agride o princípio fundamental do Direito Internacional do Trabalho, fixado no Tratado de Versalhes, de 1919, no sentido de que o trabalho humano não é simples mercadoria de comércio.

No máximo, para se conferir vigor às referidas leis, com sentido que as acomodem ao conjunto normativo no qual devem se integrar, visto que o Direito do Trabalho, com seus princípios, não foi derogado e considerando-se, também, que a Constituição Federal, por óbvio, continua prevalecendo, deve-se entender que a terceirização autorizada não se confunde com intermediação.

Assim, ainda que se queira entender juridicamente válida a terceirização esta não pode ser confundida com intermediação de mão de obra, até a impossibilidade do comércio de gente está na base da existência de toda a ordem projetada para o capitalismo nos Pactos firmados nos períodos imediatamente posteriores às duas guerras mundiais.

Consequentemente, a terceirização autorizada pelas referidas leis, até para não se contraporem à regra da relação de emprego, que, como visto, continua em vigor, com sede, inclusive, constitucional, conforme explicitado no inciso I, do art. 7º, só pode ser tomada no sentido de subcontratação para a realização de uma atividade específica e não, como dito, para a locação de força de trabalho.

Aliás, se formos bem atentos, são esses, precisamente, os termos do art. 4º-A da Lei nº 13.429/2017, conforme a redução que lhe fora dada pela Lei nº 13.467/2017:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas **atividades**, inclusive sua **atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua **capacidade econômica compatível** com a sua execução.

Desse modo, ainda que, certamente, não tenha sido o propósito do legislador, estaria interdita pelas referidas leis a situação em que uma empresa contrata outra para lhe oferecer força de trabalho.

Ora, o que se autorizou foi, unicamente, a “transferência” de atividades e não, meramente, uma locação de força de trabalho, o que é bastante distinto.

Não se concebe, pois, dentro do modelo jurídico atual, como nunca se concebeu, que uma empresa se constitua apenas para essa finalidade de locar força de trabalho.

O que se permitiria seria apenas a transferência de atividade, que deve ser empreendida e gerida integralmente pela prestadora, que, por consequência, teria que possuir a *expertise* e os meios de produção necessários à sua execução, o que pressupõe, igualmente, claro, “capacidade econômica compatível com a sua execução”, como dito na própria lei.

Não é juridicamente válida, portanto, por exemplo, a terceirização em que uma escola contrate uma empresa para que esta contrate professores sem que seja a empresa contratada também uma entidade ligada ao ensino.

E o mais curioso é que se uma empresa realizar essa modalidade de terceirização de forma generalizada e não para situações específicas, justificadas pela maior especialidade da contratada, o que se terá como efeito é que a empresa contratante, como visto acima, deixa de existir como entidade empreendedora, mantendo-se, apenas, como gerenciadora de negócios. Mas, como se apresenta para os mundos jurídico, social e econômico, como uma entidade de produção ou

de serviços, acaba denunciando a concretude de seus negócios na empresa contratada. Não deixará de existir, pois sua existência será verificável na contratada. Nesse caso, não se tratará mais de terceirização, mas sim de grupo econômico, nos termos do § 2º do art. 2º da CLT.

Apreendendo a situação por meio de outro exemplo, também não se pode conceber como regular, da mesma forma, a terceirização em que uma empresa contrate outra para simplesmente lhe oferecer operadores de máquina, mantendo-se a propriedade da máquina com a empresa dita “tomadora” dos serviços, ou quando houver a contratação de mais de uma empresa para a execução da mesma atividade, ou, ainda, a hipótese em que os empregados da prestadora sejam deslocados de uma tomadora para outra apenas como forma de dificultar a socialização do trabalhador e a efetividade de seus direitos.

Na construção civil está interrompida a aberração de uma empresa construtora realizar suas obras por meio de empresas cuja “expertise” se resume a encontrar pedreiros no mercado e colocá-los nas obras. As atividades de fundação, de esquadria, de concretização etc. poderiam ser terceirizadas, mas para empresas especializadas e devidamente habilitadas para esses serviços.

Cabe lembrar que em uma sociedade juridicamente organizada as atividades só são permitidas a quem possui habilitação para exercê-las, como se dá na medicina, na advocacia, na odontologia, na docência etc. e se é assim na atuação profissional dos cidadãos também o será com relação às empresas.

Para que se possa empreender alguma atividade e levá-la ao mercado é preciso que se tenha autorização legal para tanto ou que a atividade não seja juridicamente proibida. Como os seres humanos não são mercadorias, não se pode conceber como licitamente constituída uma empresa cuja atividade seja, meramente, locar mão de obra, até porque isso constituiria uma forma de burlar a autorização legal conferida a uma empresa para a realização de atividade específica

Se há autorização expressa para a desenvolvimento de uma atividade, como o ensino ou a saúde, por exemplo, não é possível que esta empresa transmita a atividade para outra que não tenha sido autorizada à sua realização.

E se a autorização dada pelas leis em questão for a de realização de atividade e não de mero oferecimento de força de trabalho para a execução de qualquer tipo de serviço, é óbvio que a empresa a quem se transferir uma atividade deve ser especializada na sua realização.

Bem se vê, pois, que não foi vitoriosa a vontade de muitos para que, com o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, seja autorizada a barbárie nas relações de trabalho, transformando as empresas em autênticos shoppings centers para o livre comércio de gente! ☒

REFERÊNCIAS

CUEVA, Mario de La. *Derecho Mexicano Del Trabajo*. Tomo I. México: Porrúa, 1960.

EWALD, François. *Historie de l'État Providence: les origines de la solidarité*. Paris: Grasset, 1996.



JORGE LUIZ SOUTO MAIOR é Juiz do Trabalho e Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

A reforma trabalhista – avanços e cuidados

■ POR EDUARDO PASTORE



A Lei nº 13.467/2017 traz inúmeras novidades, tanto no campo do Direito Individual como também no Coletivo e no Processual do Trabalho, além de provocar uma forte mudança no âmbito do Direito Sindical. Trata-se do mais relevante documento, após a edição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Iniciamos a análise sob a ótica dos avanços da chamada “reforma trabalhista”.

“Se as empresas não ousarem e implementarem as propostas da lei, se os advogados que acreditam nela não levarem para dentro dos tribunais as novas decisões, uma vez que quem inicia a construção da jurisprudência são os causídicos militantes, se as entidades empresariais não construírem a narrativa a favor da Lei nº 13.467/2017 e trazerem para o debate os magistrados favoráveis à esta lei, estaremos diante de uma lei morta.”

A Lei nº 13.467/2017, além de suas mudanças objetivas, carrega uma poderosa mensagem pedagógica. Ela propõe a mudança de comportamento, tanto para empregados quanto para empregadores. E isto irá refletir, ao final, a tão almejada segurança jurídica desejada por ambos.

Vários fatores contribuem para que uma lei se torne efetiva. Lei sozinha nunca resolveu o problema da insegurança jurídica no campo trabalhista. Há necessidade de compreensão de forma interdisciplinar. Este parece ser o primeiro passo em direção à segurança jurídica.

De imediato, podemos afirmar que a nova lei traz forte pressão sobre os departamentos jurídicos das empresas, mas também afeta outro âmbito destas, relativo àqueles departamentos que fazem a gestão de pessoas, o RH. Eis um dos aspectos mais relevantes e que devem ser observados na efetividade da referida lei.

Estariam os gestores de recursos humanos preparados para a implementação da Lei nº 13.467/2017? Estariam cientes dos efeitos da sua aplicabilidade? É preciso considerar ainda se outros profissionais, tão importantes quanto advogados e gestores de RH, estariam preparados para o cumprimento e implementação da nova lei. Do mesmo modo, os negociadores nas empresas precisam estar cientes de que terão papel absolutamente relevante no processo de implementação da lei. Como se pode notar, a compreensão da reforma trabalhista deverá ser entendida em um contexto interdisciplinar.

Como já pregamos há tempos, parte dos problemas jurídicos trabalhistas das empresas não são simplesmente problemas jurídicos, mas sim de gestão, mais precisamente de gestão de pessoas. Tornam-se problemas jurídicos posteriormente, mas seu DNA nem sempre é jurídico. Este também é outro dos relevantes aspectos que devem ser observados pelas empresas, principalmente no que se refere à efetividade da Lei nº 13.467/2017. Não basta aos advogados a mera interpretação dos artigos, é necessário que as empresas estejam preparadas para as grandes mudanças propostas pela lei.

Portanto, é no campo da gestão de pessoas – RH –, juntamente com o jurídico, o jogo a ser jogado pelas empresas que desejarem fazer o seu gol a favor da Lei nº 13.467/2017 – eficácia e efetividade significam segurança jurídica.

É certo que os advogados serão intensamente pressionados para a compreensão da referida lei, mas as lideranças (gestão de equipes) também terão papel

fundamental na sua implementação, como já dito. Aqui, chegamos a outro aspecto a ser notado, o que se refere à eficácia da Lei nº 13.467/2017, trata-se da importância da cultura organizacional. As empresas que estiverem devidamente informadas terão melhores condições para implementar o que propõe a lei. É necessário que os donos dos negócios compreendam o alcance e o significado das novas normas. Não há como deduzir, por exemplo, que a Lei nº 13.467/2017 permite a ultraflexibilidade dos direitos trabalhistas e, por este motivo, concluir que “tudo” é permitido, por exemplo, negociar qualquer tipo de direito com o trabalhador. Este será o primeiro desafio. Compreender o que pode e o que não pode ser feito, com segurança jurídica.

Leis do trabalho têm “sua lógica” própria. Isto porque o Direito do Trabalho é fenômeno socioeconômico. Não há como compreender seu significado afastando-o de outro fenômeno, ou seja, analisar restritivamente seus aspectos sociais, afastados dos aspectos econômicos ou vice-versa. A efetividade da lei trabalhista é relativamente simples, qual seja, só se torna realidade se houver alguém que pague pelos Direitos do Trabalho.

Neste contexto, qual é a lógica socioeconômica da Lei nº 13.467/2017? Vejamos:

1. Permite – faculta – que determinados direitos sejam negociados diretamente com os empregados (compensação de jornada – art. 58-A, § 5º; banco de horas – art. 59, §§ 5º e 6º; jornada de 12X36, art. 59-A; teletrabalho, art. 75-C, §§ 1º, 2º e 3º; fracionamento de férias, art. 134, § 1º; ambiente insalubre para gestante, art. 394-A; contratação de autônomo, art. 396, § 2º; trabalho intermitente, art. 443; hiperssuficiente, art. 444 (art. 611-A); extinção do contrato de trabalho, art. 484-A, arbitragem, art. 507-A)
2. Determina que outros direitos só podem ser negociados através de acordos ou convenções coletivas (art. 611-A- A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência: I. jornada de trabalho; II. banco de horas; III. intervalo intrajornada; IV. adesão ao Programa de Seguro Desemprego; V. plano de cargos e salários; VI. regulamento empresarial; VII. representantes de trabalhadores na empresa; VIII. teletrabalho; IX. remuneração por produtividade; X. modalidade de registro de jornada de trabalho; XI. troca de doa de feriado; XII. enquadramento do grau de insalubridade; XIV. prêmios de incentivo em bens ou serviços; XV. participação nos lucros em programa de serviços).
3. Proíbe que determinados direitos sejam negociados. Não podem ser negociados nem coletivamente e nem individualmente (Art. 611-B): I. anotações na CTPS; II. Seguro-Desemprego; III. FGTS; IV. salário mínimo; V. 13º salário; VI. trabalho noturno; VII. proteção ao salário; VIII. salário-família; IX. DSR; X. hora extra; XI. número de dias de férias devidas ao empregado; XII. gozo de férias anuais remuneradas, com 1/3 sobre o salário normal; XIII. licença -maternidade; XIV. licença paternidade; XV. proteção do mercado de trabalho à mulher; XVI. aviso prévio; XVII. normas de saúde; higiene e segurança do trabalho; XVIII. adicional para atividades penosas; insalubres ou perigosas; XIX. aposentadorias; XX. seguro contra acidente de trabalho; XXI. prescrição de cinco anos; XXII. proibição de discriminação de salários; XXIV. proteção à criança e adolescentes; XXV. igualdade de direitos empregados e avulsos; XXVI. direito de greve; XXVII. atividades essenciais; quando da greve; XXIX. tributos e outros créditos de terceiros).

Eis o que denominamos de o “espírito” da Lei nº 13.467/2017, em razão de liberar a negociação direta entre empregados e empregadores somente de determinados

direitos, restringindo a negociação de determinados direitos à convenção ou acordo coletivo de trabalho e proibindo a negociação de determinados direitos. Ou seja, não há que se falar em violação do princípio da autonomia individual ou coletiva da vontade. Sequer se sustenta a tese de que a referida lei prevê uma desregulamentação do Direito do Trabalho, uma vez que, como facilmente se pode notar, a norma jurídica em apreço preconiza exatamente o contrário, qual seja, não só a preservação dos direitos constitucionais e ordinários do trabalho, como a ampliação destes, ao permitir e privilegiar o princípio das autonomias individual e coletiva protegidas. Objetivamente, não há no corpo da lei qualquer indício de “retirada” de direitos, ou desregulamentação do Direito do Trabalho, muito menos, como alegam alguns, que a reforma trabalhista “institui a fraude”. O Legislador brasileiro não agiria assim.

Sequer se sustenta a tese de que a referida lei contém um paradoxo ao prever o fim da contribuição sindical (art. 454) e, ao mesmo tempo, valorizar a negociação coletiva de trabalho.

Cumprir consignar que em nenhum momento objetivou a Lei nº 13.467/2017 a extinção dos sindicatos, através de sua asfixia econômica, por meio da proibição da contribuição obrigatória para seu funcionamento. O que prevê é exatamente o contrário, qual seja, a consolidação daqueles sindicatos que se verão naturalmente instados a representar os interesses de seus associados, que contribuirão voluntariamente para que isto ocorra.

Nada mais saudável e recomendável do que este fato em um país onde dos 17 mil sindicatos, grande parte não representa nada ou coisa alguma, mas mesmo assim são mantidos por conta do famigerado, ineficiente imposto sindical. São muitos os sindicatos de direito, mas não de fato.

Esta será a nova “Lei de Darwin” do novo sindicalismo brasileiro, em que só os sindicatos fortes, saudáveis e legítimos sobreviverão. Ainda que alguns defendam a necessidade de uma reforma sindical, criticando o fim do imposto sindical, entendemos que a principal reforma está sendo feita pela Lei nº 13.467/2017, ao trazer e provocar a manutenção e o nascimento do sindicato de direito e de fato, mantido espontaneamente, porque seus associados assim desejam. É o fortalecimento e não o enfraquecimento do novo sindicalismo brasileiro.

Não se sustenta a alegação da possível inconstitucionalidade da Lei nº 13.467/2017 por suposto e futuro desvio de finalidade (“futuramente” precarizar as relações de trabalho), uma vez que a fraude não se presume. Se fraude houver frente à nova lei, tanto o Ministério Público, Auditoria e Justiça do Trabalho intervirão para que se combata o ato ilícito.

A referida lei não alterou o sistema de fiscalização e de proteção social do trabalho. Todos os órgãos voltados ao cumprimento da legislação trabalhista estão preservados, como não poderia deixar de ser. Assim, é absolutamente frágil, para não dizer descabido, o argumento de que a Lei nº 13.467/2017 “supostamente” viola direitos do trabalhador e que, por este motivo, deve ser declarada inconstitucional. Não! Quem deve dizer se a referida lei violou norma constitucional ou infraconstitucional é o juiz do Trabalho, caso a caso.

Tampouco a lei viola princípios constitucionais relativos ao patamar mínimo civilizatório (não permitindo negociação para abaixo do “ piso mínimo civilizatório” garantido pela Constituição Federal – art. 7º). Os direitos constitucionais do trabalho não foram revogados pela Lei nº 13.467/2017. Até porque se assim fizesse, aí sim poder-se-ia dizer da inconstitucionalidade da lei. Em nenhum momento

tratou a lei de negociações coletivas que prejudicassem os direitos do trabalhador. Como visto acima, a lei prevê a negociação sob a égide da boa-fé, longe do vício de consentimento.

Nem sequer poder-se-ia admitir a tese do Ministério Público do Trabalho, que defende a impossibilidade da negociação direta entre empregados e empregadores, partindo-se da permissão de que a natural condição de hipossuficiência do trabalhador assim impede. Isto porque a compreensão clássica de hipossuficiência sofre profundas transformações, já não se admitindo que todo e qualquer trabalhador é hipossuficiente, entendido assim pelo Direito do Trabalho, como sendo aquele absolutamente incapaz e que, por este motivo, se vê impedido de negociar alguns dos direitos previstos na Lei nº 13.467/2017 diretamente com seus empregadores.

O que nos faz corroborar com a premissa de que há possibilidade de os empregados negociarem diretamente seus interesses, desconstruindo o argumento que largamente vem sendo utilizado pelos que se opõem a quaisquer mudanças neste sentido é o seguinte exemplo: se a negociação direta de direitos entre empregadores e empregados provocasse necessariamente a precarização dos direitos para os trabalhadores, todas as empregadas domésticas seriam escravas. O que a realidade demonstra, naturalmente, não ser verdade.

Na prática, hoje já há negociação direta de direitos, que não representa perda de direitos para os trabalhadores. No âmbito da indústria do audiovisual, por exemplo, muitos são os profissionais que impõem suas regras, quanto à forma de trabalhar junto a seus contratantes. É o caso também das “diaristas”, que determinam seu horário, dia e forma de trabalho junto a suas contratantes. Tanto as empregadas domésticas quanto as diaristas são trabalhadoras tipicamente hipossuficientes, e nem por isso poder-se-ia considerar que se trata de trabalho precário, por conta desta premissa.

A Lei nº 13.467/2017 flexibiliza o conceito de hipossuficiência ao criar o trabalhador hiperssuficiente, quando dispôs em seu art. 444 que:

A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A Lei nº 13.467/2017, portanto, relativiza o conceito de hipossuficiência, tomando a cautela de permitir a negociação direta de determinados direitos, não todos, para determinado tipo de trabalhador, inclusive permitindo que o profissional portador de diploma de nível superior utilize a arbitragem como forma de solução dos conflitos (art. 507-A).

Não se sustenta, com a devida vênia, o argumento do Ministério Público do Trabalho (Nota Técnica 08, de 26 de junho de 2017 – Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho), de que o art. 442-B da Lei nº 13.467/2017 “afasta o regime constitucional do emprego previsto no art. 7º, I, da Constituição Federal”, ao prever a contratação do trabalho autônomo, consoante o art. 442-B:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Entendemos estar equivocado o entendimento do *Parquet* em razão de o art. 7º da Constituição Federal, em seu *caput*, ser claro ao dispor que os incisos deste mesmo artigo se aplicam aos “trabalhadores” rurais e urbanos. Não desejou o texto constitucional utilizar o vocábulo “empregados”, ao se referir quais são os direitos constitucionais do trabalho.

Tanto é assim que alguns dos incisos do art. 7º se referem à proteção do trabalho exclusivamente com vínculo de emprego. Outros incisos incidem sobre o trabalho exercido sem vínculo de emprego. São as chamadas normas de ordem pública, que devem ser observadas para o trabalho com e sem vínculo de emprego, por exemplo, a incidência das normas relativas à saúde e à segurança do trabalho (normas regulamentadoras da previdência social).

Ao aventar a possibilidade da contratação do trabalhador como autônomo, ainda que possuidor de exclusividade e pessoalidade, nada mais faz a Lei nº 13.467/2017 do que relativizar o conceito de hipossuficiência, o que não significa a precarização das condições de trabalho para determinados tipos de trabalhadores.

Atualmente, nem todo trabalhador autônomo possui autonomia plena, na execução de seu trabalho. Mas isto não quer dizer que são, naturalmente, subordinados. Estão no contexto do trabalho parassubordinado, como bem discorrido na doutrina laboral italiana, mais precisamente de trabalho coordenado. É o caso do trabalho autônomo previsto no art. 444 da referida lei, que não se equipara a trabalho precário, ou qualquer desregulamentação do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, voltado para o trabalho realizado com subordinação absoluta.

Ademais, a condição de trabalhador autônomo não pode ser compreendida como sinônimo de trabalho precário, como quer fazer crer o Ministério Público do Trabalho, ou afastado das proteções sociais do trabalho. Não são poucos os casos em que o trabalhador autônomo executa suas atividades com dignidade, usufruindo das proteções sociais contidas no art. 7º da mesma Constituição, que prevê simultaneamente a proteção social para o trabalho com vínculo de emprego.

Este não pode ser compreendido, como quer fazer crer o Ministério Público do Trabalho, como o único e exclusivo modelo laborativo de trabalho decente. Seria ignorar as múltiplas modalidades de trabalho hoje existentes.

A Lei nº 13.467/2017, neste aspecto, promove a inserção do trabalho autônomo, com suas peculiaridades no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, traz a realidade para a lei, tornando-a real.

Quanto à possibilidade de terceirização de atividade-fim da empresa (alteração da Lei nº 6.019/1974, art. 4º-A) trata-se de um dos mais relevantes avanços contidos na Lei nº 13.467/2017. Isto porque jamais houve no ordenamento jurídico brasileiro qualquer lei limitando a terceirização das atividades da empresa à sua atividade-meio. Sempre houve autorização implícita à terceirização da atividade finalística da empresa.

Como se sabe, o Poder Judiciário Trabalhista sempre legislou através de súmulas/enunciados, o que se trata de uma excecência jurídica. Ainda que se adote o argumento de que o Enunciado 331, de 1993, aconteceu porque ocupou um “vácuo” legal, uma vez que inexistia lei tratando objetivamente da terceirização, não se pode admitir que o Poder Judiciário restringisse a terceirização das atividades empresariais à sua atividade-meio.

O Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho foi uma das mais perniciosas normas jurídicas já construídas pelo Judiciário Trabalhista. Tentou

regulamentar algo que se tornou naturalmente incapaz de fazer, qual seja, analisar fenômeno estritamente econômico e definir o que vem a ser a atividade-fim de uma empresa. Mesmo assim, ousou e abusou de seu direito jurisdicional, violando o princípio da reserva legal, editando instrumento absolutamente inconstitucional, visto que macula o direito à livre iniciativa, contido no art. 1º da Constituição Federal.

A Lei nº 13.467/2017 vem corrigir o descalabro judicial, permitindo, acertadamente, a terceirização de todas as atividades empresariais, garantindo ao trabalhador terceirizado todos os direitos constitucionais do trabalho, bem como a obediência à proteção das normas de ordem pública, não se tratando de quaisquer resquícios de precarização das leis do trabalho.

Se há terceirização ruim, e não se negue que há, que se combatam estas, mas não a terceirização como se fosse sinônimo de precarização da leis do trabalho. Se mais de 60% das ações trabalhistas decorrem da discussão de verbas rescisórias, estas contidas no bojo da relação direta entre capital e trabalho, nem por isso se preconiza o extermínio da Consolidação das Leis do Trabalho. Este seria o destino da CLT caso seguissemos o argumento do Ministério Público do Trabalho, ao justificar o extirpamento do ordenamento jurídico brasileiro o processo de terceirização, por conta das fraudes praticadas neste modelo de contratação. Fraude há em todo lugar.

OS CUIDADOS

A Lei nº 13.467/2017, como se pode notar, traz inúmeras inovações no âmbito do Direito Coletivo e Individual do Trabalho. Ainda assim recomendamos cautela para a boa aplicação de seus princípios.

Alertamos para ter cautela, mas não excesso de cautela. A magistratura do Trabalho, bem como membros do Ministério Público e auditores do Trabalho, além de parte significativa dos advogados trabalhistas, principalmente os de reclamantes, estão se posicionando contra a Lei nº 13.467/2017. Legítima a sua indignação, que faz parte do processo democrático.

No entanto, há de se considerar que se as empresas não ousarem e implementarem as propostas da lei, se os advogados que acreditam nela não levarem para dentro dos tribunais as novas decisões, uma vez que quem inicia a construção da jurisprudência são os causídicos militantes, se as entidades empresariais não construírem a narrativa a favor da Lei nº 13.467/2017 e trazerem para o debate os magistrados favoráveis à esta lei, estaremos diante de uma lei morta. A Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho baterão forte na Lei 13.467/2017, inclusive, ainda que inacreditavelmente, presumindo a fraude, por suposto descumprimento futuro dos mandamentos desta lei. Faz parte do jogo democrático. Por estas razões e outras tantas é que devemos estar alertas na defesa do mais relevante instrumento normativo, após a edição da CLT.

Não raro, no Brasil existe a lei “que pega” e a lei “que não pega”. Não queremos que seja este o destino para a Lei nº 13.467/2017, que entendemos ser uma das mais relevantes reformas promovidas no âmbito do Direito do Trabalho desde a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, como já dito. **C**



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO PASTORE é advogado trabalhista. Mestre em relações Sociais pela PUC/SP.

Negociado *versus* legislado e a rescisão do contrato de trabalho

■ POR JAIR TEIXEIRA DOS REIS



“Ser assistido significa ser assessorado, aconselhado, orientado, advertido. A assistência traz a ideia de procedimento, de intervenção de um terceiro, capaz de tornar mais clara determinada situação a ser enfrentada pela pessoa assistida. O fim da assistência ocasionado pela Lei nº 13.467/2017 retira do trabalhador dispensado a possibilidade de verificação do cumprimento, por parte do empregador, das parcelas pertinentes a cada verba salarial.”

É comum afirmar-se que, no campo do Direito do Trabalho, se verifica a inversão da hierarquia das normas jurídicas, a fim de beneficiar o trabalhador. Afigura-se-nos, porém, que a questão deve ser equacionada de forma diversa, isto é, aplica-se a disposição mais favorável ao trabalhador (princípio da norma mais favorável), desde que compatível com o respectivo sistema e com as normas hierarquicamente superiores, porque estas estabelecem limites imperativos, acima dos quais será lícito melhorar o nível de proteção. É o que ocorre, comumente com os instrumentos de autonomia privada coletiva (convenções e acordos coletivos de trabalho) e da autonomia da vontade nos contratos individuais de trabalho (inclusive adesão do empregado ao regulamento de empresa); e, bem assim, com as sentenças normativas dos Tribunais do Trabalho, que devem respeitar as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho, nos termos do art. 114, § 2º, da Constituição.

Art. 114 [...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Destarte, o fato de aplicar-se a norma ou a cláusula contratual mais favorável ao trabalhador não significa inversão da escala hierárquica da ordem jurídica. O tratado internacional não despenca nessa escala por aplicar-se, à hipótese por ele regida, cláusula de convenção coletiva que, sobre a questão, disponha de maneira mais favorável ao trabalhador. Aliás, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia) explícita a respeito, como diz o saudoso Arnaldo Süssekind (2004, p. 130).

Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 508) admite a existência de hierarquia entre as normas trabalhistas, mas, no seu entender, o critério fixado deve ser o aspecto teleológico. Para esse autor, no ápice da pirâmide normativa trabalhista deve estar a norma mais favorável, salvo se existir norma proibitiva imposta pelo Estado.

Com a edição da Lei nº 13.467/2017, reza o art. 611-A que:

A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

- X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI – troca do dia de feriado;
- XII – enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

Como contrapartida, ou tentativa de minimizar os efeitos estabelecidos pela prevalência do negociado sobre o legislado, o normativo em apreço, em seu art. 611-B, prescreve que:

Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV – salário mínimo;
- V – valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII – salário-família;
- IX – repouso semanal remunerado;
- X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI – número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX – aposentadoria;
- XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;

XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Segundo Bebbler (2002, p. 547-577), para se chegar à norma mais favorável entre uma pluralidade de normas aplicáveis à mesma situação jurídica, inicialmente duas foram as teorias surgidas: a teoria do conglobamento (ou do conjunto, ou da globalização) e a teoria da acumulação (ou atomista).

Atualmente, porém, outras teorias procuram estabelecer a unidade para a comparação entre normas, com o escopo de aferir a norma mais vantajosa, despondo na doutrina contemporânea uma preferência pela teoria da incindibilidade dos institutos (ou orgânica). Vejamos, então, cada uma dessas teorias.

Teoria do conglobamento

O conglobamento quer dizer consideração global ou de conjunto.

De acordo com a teoria do conglobamento (ou do conjunto ou da globalização), a norma mais favorável deve ser extraída de um processo comparativo das normas jurídicas consideradas em seu conjunto. Não haverá fracionamento de disposições nem cisão de conteúdos. Apenas será mais favorável o normativo que globalmente for entendido como tal.

Procede-se uma comparação global dos preceitos de cada uma das normas jurídicas vigentes, com o escopo de estabelecer aquela que, organicamente, conceder mais benefícios ao obreiro.

A ideia central dessa teoria, como se vê, é a de que a norma jurídica constitui uma unidade orgânica indivisível, que impede, nos casos de pluralidade de normas aplicáveis à mesma situação jurídica, a utilização simultânea de todas elas.

Teoria da acumulação

Diz a teoria da acumulação (ou atomista) que a norma mais favorável deve ser extraída de um processo comparativo das normas jurídicas consideradas isoladamente. Consistirá na soma de vantagens resultantes de diferentes normas, suas partes, seus “artigos”, suas “cláusulas”, separadamente, podendo, assim, trazer

dificuldades, porque há leis especiais e gerais, aquelas com vantagens maiores que não são estendidas a estas situações.

Procede-se uma comparação singular de cada um dos preceitos de cada uma das normas jurídicas em exame, extraíndo-se os que concedem mais benefícios aos empregados. Isto quer dizer que o trabalhador gozará do estatuto mais benéfico, ainda que seja preciso fragmentar as suas disposições, retirando-se preceitos de normas diferentes, condições singulares contidas nos diferentes textos, consoante o ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 517).

Em outras palavras, somam-se as disposições mais favoráveis de cada um dos estatutos ou normas.

O cerne dessa teoria, como se vê, é o de que a norma jurídica é separável, ou seja, não constitui uma unidade orgânica indivisível, não impedindo, por isso, que nos casos de pluralidade de normas aplicáveis à mesma situação jurídica somem-se as vantagens de cada uma delas. Ou seja, o aplicador da norma pinça de cada uma das fontes em confronto os itens mais favoráveis ao trabalhador, reunindo-os todos para a aplicação ao caso concreto. Com esse ato ele despedaça, atomiza o conjunto para construir outro novo, com os ingredientes de ambos (MARTINEZ, 2012, p. 85).

Teoria do conglobamento mitigado

A teoria do conglobamento mitigado ou da incindibilidade dos institutos (ou orgânica) defende que a norma mais favorável deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria, respeitando-se o critério da especialização. Por essa variável do conglobamento, o aplicador, em vez de verificar, na sua inteireza, qual o conjunto normativo mais favorável ao trabalhador, seleciona, dentro do conjunto, institutos que podem ser apreciados separadamente. É importante registrar que se entende por instituto o bloco de vantagens jurídicas que contém elementos internos pertinentes entre si, por exemplo, a jornada e o intervalo, o salário e as utilidades não salariais; a estabilidade e as parcelas decorrentes da cessação do vínculo. Assim, o aplicador pode apreciar separadamente blocos institucionais deferentes, verificando qual deles é o mais favorável ao trabalhador (MARTINEZ, 2012, p. 86).

Segundo Deveali, citado por Américo Plá Rodrigues (1998), deve-se:

[...] considerar o conjunto das cláusulas referentes a cada instituição de Direito do Trabalho. É possível, pois, tomar disposições de normas distintas, sempre que se refiram a temas diferentes, entendendo-se por temas diferentes um dos institutos de Direito do Trabalho.

Em outras palavras, somam-se os institutos por matérias (*v. g.*, condições relativas às férias, à remuneração, à duração do trabalho etc.) mais favoráveis de cada uma das normas, conservando-se, assim, uma unidade conceitual e orgânica. Sugere, essa teoria, portanto, a acumulação dos diplomas legais, limitando-os ao conjunto de normas referentes à mesma matéria.

PRINCÍPIO DO TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR: NEGOCIADO VERSUS LEGISLADO

Para o prof. Nelson Mannrich (2012), quando se fala em negociado *versus* legislado, faz-se referência a modelos de relações trabalhistas: ou prevalece a intervenção

do Estado ou a negociação coletiva. Embora possa haver o predomínio de uma fonte sobre a outra, nenhum modelo aposta exclusivamente ou na fonte estatal ou na autônoma, havendo a concorrência da lei com a negociação coletiva para regular as relações de trabalho.

No entanto, consoante os ensinamentos do jurista português João Leal Amado (2012, p. 6) é sabido que o chamado “princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador” constitui, historicamente, um princípio nuclear, uma diretriz principiológica que governa as relações entre a lei e a convenção coletiva, sempre que estas duas fontes de Direito Laboral se encontrarem em concorrência. Deixando claro que, no tocante às relações entre a lei e a convenção coletiva, o princípio da prevalência hierárquica da lei deve articular-se com o princípio do favor *laboratoris*; assim, e em princípio, o regime convencional poderá afastar-se do regime legal, desde que a alteração se processe *in melius* e não *in pejus*.

Entende João Leal Amado (2012, p. 8) que o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador (favor *laboratoris*) não deve ser confundido com o princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador (designado, por vezes, por princípio *in dubio pro laborator ou pro operario*), uma vez que este é um princípio norteador da interpretação das normas, da fixação do seu sentido e alcance, nos termos do qual, na dúvida sobre se o preceito significa A ou significa B, o intérprete deverá optar pelo sentido mais vantajoso para o trabalhador. Já aquele é, como se disse, um princípio sobre a aplicação das normas, sobre a qualificação da respectiva natureza, determinando que o preceito, signifique ele A ou B, poderá ser objeto de alteração *in melius* por fonte inferior.

Todavia, o art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho português de 2003, preceitua que “as normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Assim, como no ordenamento jurídico português, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no Brasil, também, se adotará a prevalência do negociado sobre o legislado. O prof. João Leal Amado (2012, p. 8-9), considera tais alterações legislativas num verdadeiro atestado de óbito do favor *laboratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraíndo que, em princípio, o Direito do Trabalho legislado possui um carácter facultativo ou supletivo face à contratação coletiva. Isto é, normas livremente afastáveis por convenção coletiva. Destarte, daí em diante o quadro legal poderia ser alterado *in pejus* pela convenção coletiva, implicando mutação (dir-se-ia: uma revolução) na filosofia básica inspiradora do Direito do Trabalho, já que de um direito com uma vocação tutelar relativamente às condições de trabalho, imbuído do princípio da norma social mínima, transitamos para uma espécie de direito neutro, em que o Estado recua e abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva. Era, pois, um novo Direito do Trabalho aquele que resultava do art. 4º do Código do Trabalho de 2003 (Portugal), um Direito do Trabalho menos garantístico e mais transaccional, em que se aumentava o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estadual das condições de trabalho, em que a norma negociada se substituía à norma legislada – um Direito do Trabalho que, assim, mudava de alma (alguns diriam: perdia a alma).

Leciona Cláudio Armando Couce de Menezes (2012, p. 127) que a autêntica prevalência da negociação coletiva sobre o legislado não é novidade alguma. Isto

sempre foi possível no sentido de favorecer o trabalhador, com a concessão de direitos e vantagens não previstos na lei e melhorando o mínimo nela estabelecido. O que se busca agora, pela desconstrução do arsenal de proteção do trabalhador, é reduzir direitos e benefícios assegurados há décadas, inclusive pela Constituição de 1988. Em outras palavras, a convenção e os acordos coletivos perderiam seu papel de fonte suplementar do Direito do Trabalho para assumir um papel de regulador de interesses e objetivos econômicos.

HISTÓRICO DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A extinção ou rescisão do contrato de trabalho, como regra, gera determinados efeitos financeiros. Tais efeitos correspondem a direitos que as normas jurídicas garantem ao trabalhador e, no caso de morte deste, aos seus dependentes. Quando o contrato extinto tiver sido firmado há mais de um ano, os atos de pagamento e recebimento das verbas rescisórias exigiam uma formalidade especial denominada assistência, que confere validade jurídica aos pagamentos. A assistência na extinção do contrato de trabalho foi prevista inicialmente no art. 500 da CLT, com o objetivo de preservar e garantir a autenticidade do pedido de demissão do trabalhador que gozava de estabilidade decenal no emprego. Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a partir de 1962, todavia, iniciou-se um ciclo de produção legislativa que culminou na extensão da obrigatoriedade da assistência para todos os contratos de trabalho extintos após um ano de vigência, na fixação de prazos para pagamento das verbas rescisórias, de penalidades pelo seu descumprimento, bem como na expressa proibição de cobrança para a prestação da assistência. O objetivo da assistência era, assim, garantir o cumprimento da lei e o efetivo pagamento das verbas rescisórias, bem como orientar e esclarecer as partes sobre os direitos e deveres decorrentes do fim da relação empregatícia.

A Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho, que entrará em vigor após decorridos 120 dias de sua publicação (14/07/2017), revogou os dispositivos previstos no art. 477 da norma consolidada que exigia assistência na sua quitação. A saber:

Art. 477 [...]

§ 1º O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

§ 3º Quando não existir na localidade nenhum dos órgãos previstos neste artigo, a assistência será prestada pelo Represente do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento deste, pelo Juiz de Paz.

Observe-se com a alteração legislativa a ideia de que os trabalhadores já estariam preparados para negociar e ou verificar se o empregador cumpriu os instrumentos reguladores da relação capital *versus* trabalho. No entanto, com o avanço do desemprego em percentuais alarmantes o legislador apenas retirou da legislação trabalhista a possibilidade de um terceiro assistir o trabalhador no momento da rescisão contratual, dessa maneira, fragilizando ainda mais a proteção mínima concedidas pelo Estado e pelas entidades sindicais.

ALTERAÇÕES DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Em um primeiro momento, podemos dizer que, quando um contrato individual de trabalho for celebrado tácita ou expressamente, as suas cláusulas estarão nele determinadas, sendo que as partes contratantes (empregado e empregador) terão aceitado as condições estabelecidas e concordado com os direitos e obrigações recíprocas.

Um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é o da inalterabilidade do contrato individual de trabalho, também denominado de princípio da condição mais benéfica, já estudado, sendo que “este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste de direito adquirido” (DELGADO, 2012, p. 1020).

O contrato de trabalho se desenvolve mediante a participação de dois atores sociais: o empregador e o empregado. O empregador é aquele que assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, segundo dispõe o art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, tendo o poder de direção.

Cabendo ao empregado os deveres de obediência, fidelidade, colaboração, fidelidade. É o estado de sujeição/dependência disposto no art. 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Prescreve o art. 444 da CLT que:

As relações contratuais podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo o quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

A Lei nº 13.467/2017, acrescentou o parágrafo único ao art. 444, com a seguinte possibilidade:

A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A1 desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O artigo em epígrafe consagra a plena liberdade de contratação às partes, isto é, preserva a liberdade para as partes contratarem o que lhes parecer conveniente, desde que não desrespeitem as normas legais de proteção, as normas coletivas e as decisões judiciais (NASCIMENTO, online). Pois, em regra, três princípios estão presentes na celebração do contrato de trabalho: *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade e inalterabilidade contratual.

Isto quer dizer que nos contratos civis e no contrato de trabalho as condições ou cláusulas ajustadas devem ser devidamente cumpridas. A expressão latina *pacta sunt servanda* é utilizada no sentido de que os contratos foram celebrados para serem cumpridos.

O princípio da autonomia da vontade decorre das prerrogativas direcionadas ao empregado e ao empregador de regularem suas próprias relações jurídicas,

atendidas às seguintes exigências: I – que tais relações estejam em conformidade com o regramento imposto pelas normas legais e convencionais mínimas de proteção ao trabalho; II – que os fins por elas pretendidos coincidam com o interesse geral ou público.

Já o princípio da inalterabilidade contratual tem fundamento no art. 468 da CLT. Em regra, é vedada qualquer possibilidade de alteração contratual prejudicial ao obreiro. A norma consolidada previu, como regra geral, a alteração bilateral do contrato individual de trabalho, que é aquela em que deverá haver concordância das partes (empregado e empregador) desde que não acarretem prejuízos diretos ou indiretos ao trabalhador.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança².

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

Portanto, são requisitos necessários para a validade das alterações:

- que haja consentimento do empregado; ou seja, as partes, de comum acordo, consentirem com a alteração;
- que não acarrete prejuízo direto ou indireto ao obreiro.

Verificada a ausência de um desses requisitos, a alteração contratual, com fundamento no art. 9º da CLT, será nula de pleno direito, uma vez que o dispositivo legal determina que: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Portanto, qualquer alteração em desconformidade com os requisitos citados não produzirá qualquer efeito no contrato de trabalho.

A norma consolidada estabelece algumas condições lícitas em que o empregador poderá alterar o contrato de trabalho, a saber:

- mudança do local de trabalho desde que não se caracterize a transferência, ou seja, desde que não haja a mudança de domicílio do empregado (art. 469, *caput* CLT);
- mudança de horário (de matutino para vespertino ou de noturno para diurno);
- alteração de função, desde que não represente rebaixamento para o empregado;
- transferência para localidade diversa da qual resultar do contrato no caso do empregado que exerça cargo de confiança (art. 469, § 1º da CLT);
- transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado (art. 469, § 2º da CLT);
- transferência provisória do empregado para localidade diversa da qual resultar do contrato quando desta decorra necessidade do serviço, sob pagamento suplementar, nunca inferior a 25% do salário (art. 469, § 3º da CLT).

Art. 469. Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resulta do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§ 1º Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exercem cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita, ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§ 2º É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º Em caso de necessidade de serviço, o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resulta do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

Art. 470. As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador.

Por fim, não se considera alteração contratual a supressão:

- de gratificação de função em razão do retorno do empregado ao cargo efetivo. Essa reversão é possível a qualquer tempo, mas a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento de que não poderá ser retirada a gratificação de função após dez anos do exercício de cargo de confiança, no caso de reversão ao cargo efetivo, sem justo motivo, conforme Súmula nº 372, I: Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira, no entanto, a Lei n. 13.467/2017, acrescentou o § 2º ao art. 468 da CLT, estabelecendo, que a alteração de que trata o § 1º deste artigo³, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função;
- do adicional de horas extras prestadas eventualmente;
- em se tratando de horas extraordinárias habituais, a Súmula nº 291 do Colendo TST prevê que a supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão;
- dos adicionais de transferências, de insalubridade, de periculosidade, de penosidade, desde que cessadas as razões que justificavam o respectivo pagamento;
- a mudança do turno noturno para o diurno não constitui alteração ilícita, razão pela qual o empregador pode, nesse caso, suprimir o pagamento do adicional noturno⁴.

Na visão do professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2015, p. 478) a mudança do turno noturno para o diurno não constitui alteração ilícita, razão pela qual o

empregador pode, nesse caso, suprimir o pagamento do adicional noturno (Súmula 265). Todavia, parece-nos que o empregado poderá opor-se à mudança de turno noturno para o diurno, ou deste para aquele, desde que comprove a existência de prejuízo, tal como ocorre comumente com o empregado que trabalha durante o horário diurno e estuda à noite ou possui dois vínculos⁵.

ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Assim, a extinção ou rescisão do contrato de trabalho, como regra, provoca determinados efeitos de ordem financeira para os contratantes. Tais efeitos correspondem a direitos que as normas jurídicas do trabalho garantem ao trabalhador e, no caso de falecimento do empregado, aos seus dependentes.

Para os contratos celebrados há mais de um ano, quando terminam, os atos de pagamento e recebimento das parcelas ou verbas de direito e dos respectivos valores exigiam uma formalidade especial denominada assistência. Somente por meio dela se estabelecia validade jurídica dos pagamentos efetuados, que deixará de existir após decorridos 120 dias de publicação da Lei nº 13.467/2017.

A evolução legislativa reguladora da extinção do contrato de trabalho acompanhou os princípios protetores do Direito do Trabalho e, por consequência, a necessidade de controle de certos fatos sociais. As regras estabelecidas na atual estrutura do art. 477 e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho, na qual deixou de existir a determinação da assistência, os respectivos efeitos, os prazos e especificidades dos pagamentos, bem como as penalidades pelo descumprimento das regras estipuladas no mencionado artigo são historicamente posteriores às prescrições contidas no art. 500 do mesmo normativo.

Ser assistido significa ser assessorado, aconselhado, orientado, advertido. A assistência traz a ideia de procedimento, de intervenção de um terceiro, capaz de tornar mais clara determinada situação a ser enfrentada pela pessoa assistida. O fim da assistência ocasionado pela Lei nº 13.467/2017 retira do trabalhador dispensado a possibilidade de verificação do cumprimento, por parte do empregador, das parcelas pertinentes a cada verba salarial.

Conforme estabelece o art. 500, o pedido de demissão do empregado estável só terá validade quando feito com a assistência do respectivo sindicato e, se não houver, perante a autoridade local do Ministério do Trabalho e Emprego ou da Justiça Laboral.

O objetivo do legislador pátrio foi preservar e garantir a autenticidade do pedido de demissão do trabalhador que goze de condição peculiar no contrato de trabalho – a estabilidade. É de se notar que o art. 500 da CLT obriga a assistência somente para os casos de pedido de demissão. Nada se refere ao recibo de quitação e ao pagamento das verbas rescisórias. Porém, alterações legislativas posteriores levaram ao surgimento e/ou à obrigatoriedade, já num âmbito geral, nos termos do art. 477 celetário, da homologação do pagamento rescisório no contexto da assistência devida ao empregado trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma vigente que trata da assistência à quitação das verbas rescisórias encontra-se na Consolidação das Leis do Trabalho, nos arts. 477 e 500, com suas alterações legislativas e constitucionais:

Art. 477 da CLT	Texto vigente	Alterações pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017
	Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.	Art. 477. Na extinção do Contrato de Trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.
Assistência	§ 1º O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.	§ 1º (Revogado).
Parcelas rescisórias	§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.	§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.
Assistência	§ 3º Quando não existir na localidade nenhum dos órgãos previstos neste artigo, a assistência será prestada pelo Represente do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento deste, pelo Juiz de Paz.	§ 3º (Revogado).
Formas de pagamento	§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho, em dinheiro ou em cheque visado, conforme acordem as partes, salvo se o empregado for analfabeto, quando o pagamento somente poderá ser feito em dinheiro.	§ 4º – O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado: I – em dinheiro, depósito bancário ou cheque visado, conforme acordem as partes; ou II – em dinheiro ou depósito bancário quando o empregado for analfabeto.

Compensação	§ 5º Qualquer compensação no pagamento de que trata o parágrafo anterior não poderá exceder o equivalente a um mês de remuneração do empregado.	§ 5º Qualquer compensação no pagamento de que trata o parágrafo anterior não poderá exceder o equivalente a um mês de remuneração do empregado.
Prazo de pagamento	§ 6º O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos: a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.	§ 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.
Gratuidade da assistência	§ 7º O ato da assistência na rescisão contratual (§§ 1º e 2º) será sem ônus para o trabalhador e empregador.	§ 7º (Revogado).
Multa	§ 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.	§ 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.
	§ 9º (vetado).	§ 9º (vetado).
Validade das anotações na CTPS		§ 10. A anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social é documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do <u>tempo de serviço</u> , nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista no caput deste artigo tenha sido realizada.”

Fonte: autor (2017)

A extinção da obrigatoriedade da assistência e a permissão da celebração de acordo⁶ entre empregado e empregador para quitação das verbas rescisórias sem a participação de um terceiro, retirou a última regra protetiva na finalização do contrato de trabalho. 

NOTAS

- 1 Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
 - I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
 - II – banco de horas anual;
 - III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
 - IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
 - V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
 - VI – regulamento empresarial;
 - VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;
 - VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
 - IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
 - X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
 - XI – troca do dia de feriado;
 - XII – enquadramento do grau de insalubridade;
 - XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
 - XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
 - XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º 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.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º 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, sem repetição do indébito.

§ 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.”
- 2 Súmula n. 372 do TST (revogada parcialmente pelo § 2º do art. 468 da CLT)
GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) — Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005
 - I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira (ex-OJ n. 45 da SBDI-1 — inserida em 25.11.1996).
 - II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação (ex-OJ n. 303 da SBDI-1 – DJ 11.08.2003).
- 3 Art. 468 [...]§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

- 4 Súmula n. 265 do TST – *ADICIONAL NOTURNO. ALTERAÇÃO DE TURNO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO (mantida)* – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
A transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno.
- 5 RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. MUDANÇA DO TURNO DE TRABALHO DEPOIS DE TREZE ANOS NO MESMO HORÁRIO NOTURNO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DO HORÁRIO NOTURNO ACOLHIDO PELO TRIBUNAL REGIONAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA. Dos contornos fáticos delineados pelo Tribunal Regional extrai-se que durante treze anos o autor trabalhou em horário noturno, tendo organizado à sua vida em função desse horário, aí incluindo-se atividades como professor adjunto e cursando doutorado em Psicologia Social. A alteração promovida se deu em caráter unilateral e foi prejudicial, segundo consignou o eg. Tribunal Regional, premissa fática que afasta a ofensa literal dos arts. 2º, *caput*, 444 e 468 da CLT, bem como a contrariedade à Súmula n. 265 do c. TST, que trata apenas da perda do adicional noturno quando da transferência do empregado para o período diurno. Ileso o art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos (Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, RR 24147/2002-900-04-00.7, fonte TST – 15.2.2006).
- 6 Art. 484-A da CLT. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:
I – por metade:
a) o aviso prévio, se indenizado; e
b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;
II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.
§ 1º A extinção do contrato prevista no *caput* deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.
§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no *caput* deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.”

REFERÊNCIAS

- AMADO, João Leal. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 13, 2012-. Mensal.
- BEBBER, Júlio César. Direito do Trabalho. *Temas Polêmicos. Gênese*. Revista de Direito do Trabalho, 2002, p. 547-577, 2002.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Direito e Trabalho: análise das reformas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Alterações do Contrato de Trabalho*. Disponível em: <<http://www.professornilson.com.br/Downloads/ALTERA%C3%87%C3%95ES%20DO%20CONTRATO%20DE%20TRABALHO.doc>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- RODRIGUES, Américo Plá. *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



JAIR TEIXEIRA DOS REIS é auditor fiscal do Trabalho e professor universitário. Mestre em Educação. Especialista em Direito Tributário. Membro da Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho. Membro do Conselho Consultivo da Revista *Scientia Iuris* do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (PR). Coordenador de tutores do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos da UABUFES. Autor de diversas obras na área de Direito do Trabalho e Direitos Humanos.

A reforma trabalhista e a segurança jurídica

■ POR MARCIA REGINA NEGRISOLI FERNANDEZ POLETTINI



“Estamos prestes a entrar em um novo ordenamento jurídico trabalhista que irá além da alteração legislativa, sendo necessária também uma nova forma de pensar as relações de trabalho. Trata-se de uma lei mais adaptada ao mundo do trabalho do século XXI.”

A modernização da legislação trabalhista, realizada pela Lei nº 13.467/2017, entrará em vigor em nosso ordenamento jurídico a partir de 11 de novembro do corrente ano. Em que pese a polarização de entendimentos acerca dos efeitos dela decorrentes, é certo que a nova lei traz regras mais flexíveis e com ampla possibilidade de negociação das condições de trabalho entre o empregador e o empregado.

Com poucas exceções, as alterações refletem o anseio social por modificações necessárias. O perfil do trabalhador mudou muito, assim como o dos proprietários dos estabelecimentos empresariais. Não temos mais a característica de hipossuficiência dos anos 1940, época da Consolidação das Leis Trabalhistas no Brasil. Portanto, expressar em seus dispositivos as demandas das novas possibilidades, tais como o teletrabalho, a regulamentação da jornada 12x36, o trabalho intermitente e o parcelamento das férias abre um horizonte de segurança jurídica e cooperação.

É importante ressaltar que os direitos fundamentais do trabalhador, previstos na Carta Magna, estão preservados, tais como jornada mensal de 220 horas, licenças maternidade e paternidade, férias anuais, décimo terceiro salário, aviso prévio, Seguro-Desemprego, FGTS e aposentadoria.

O negociado sobre o legislado é um dos principais temas da Lei nº 13.467/2017, conferindo a almejada segurança jurídica às partes envolvidas em negociações coletivas.

Não é raro que, no atual sistema, os empregadores se deparem com condenações judiciais, por vezes vultuosas, decorrentes de eventual nulidade declarada pela Justiça do Trabalho de cláusulas pactuadas por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho, desprestigiando o que fora acordado entre as partes. O que existe hoje é uma verdadeira avalanche de ações judiciais nesse sentido.

Na mesma linha, o Ministério do Trabalho e Emprego em suas fiscalizações constantemente penaliza os empregadores sem a análise das cláusulas dos acordos e convenções coletivas de trabalho, como base de fundamentação das razões de seu convencimento.

Tal cenário deixa clara a insegurança jurídica do atual sistema com relação ao caráter normativo das negociações coletivas, já que tanto a Justiça do Trabalho quanto o MTE acabam por ignorar os instrumentos convencionais.

O artigo 611-A da Lei nº 13.467/2017 traz de forma não taxativa as hipóteses em que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei. Dentre as hipóteses, destacamos o pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais, o banco de horas anual e o intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos.

A flexibilidade na jornada é um anseio de muitos trabalhadores, além de dar maior dinamismo ao mercado de trabalho. O trabalhador poderá escolher entre trabalhar até 10 horas por dia, e ter mais dias de folga dependendo de um simples acordo de vontades, sem a insegurança jurídica da possibilidade de tal vontade ser anulada no Judiciário.

A Lei nº 13.467/2017 privilegia o acordo de vontades, sem a participação dos sindicatos em outras situações, como é o caso do banco de horas semestral ou mensal, que pode ser feito entre as partes por simples acordo individual escrito.

Estamos prestes a entrar em um novo ordenamento jurídico trabalhista que irá além da alteração legislativa, sendo necessária também uma nova forma de pensar as relações de trabalho. Trata-se de uma lei mais adaptada ao mundo do trabalho do século XXI. 



MARCIA REGINA NEGRISOLI FERNANDEZ POLETTINI é Mestre em Direito Constitucional e advogada do escritório LFMaia Sociedade de Advogados.

Princípios da legalidade e anterioridade tributária e a inconstitucionalidade da modificação de alíquota de contribuição social (PIS e Cofins) através de decreto

■ POR RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS

No dia 21 de julho de 2017, o país foi surpreendido com a publicação do Decreto nº 9.101, que tem como objeto alterar o Decreto nº 5.059/2004 e o Decreto nº 6.573/2008, que reduziam as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool. Ou seja, em síntese, o Decreto nº 9.101/2017 majorou as alíquotas de PIS/Pasep e Cofins incidentes sobre a comercialização de combustível.

Com a publicação do Decreto nº 9.101/2017, recebi diversas consultas de acadêmicos e colegas operadores do Direito questionando se as contribuições sociais podem ter alíquotas majoradas por decreto.

O decreto expedido e publicado pelo Exmo. Sr. Presidente tem amparo legal no art. 23, § 5º da Lei nº 10.865/2004, bem como no art. 5º, § 8º da Lei nº 9.718/1998, pois ambos autorizam o Poder Executivo a fixar coeficientes para redução das alíquotas do PIS e da Cofins, os quais poderão ser alterados, para mais ou para menos, ou extintos, em relação aos produtos ou sua utilização, a qualquer tempo.



“No dia seguinte ao da publicação do Decreto nº 9.101/2017 já se observou o efeito do aumento do PIS e da Cofins nas bombas de combustível. Contudo, a cobrança do tributo majorado só poderia ocorrer após decorridos 90 dias da publicação.”

Ou seja, trata-se de permissivo legal para que as alíquotas do PIS e da Cofins sejam modificadas por decreto. Contudo, tais dispositivos são inconstitucionais, o que macula a cobrança dos tributos em tela, tornando a exação indevida.

A análise da inconstitucionalidade em tela deve ser feita através dos princípios tributários insculpidos na Constituição Federal de 1988, que tem como objeto direcionar a atuação do Poder público para evitar que a assanha arrecadatória do Estado implique expropriação indevida do sujeito passivo da relação obrigacional jurídico-tributária. Deveras, os princípios se revelam como proteção ao sujeito passivo de Direito Tributário para que não seja lesado de forma indevida no seu patrimônio.

Os princípios tributários são garantias constitucionais, ganhando relevo de cláusulas pétreas. No ensinamento de Leandro Paulsen (2015, p. 158):

As garantias constitucionais do contribuinte que o protegem contra o arbítrio e abusos do ente tributante, estabelecendo limites a serem observados na instituição dos tributos, têm nível de direito fundamental, configurando cláusula pétrea. Assim, não podem ser revogadas, tampouco excepcionadas sequer por emenda constitucional. Assim, a legalidade, a irretroatividade e as anterioridades, bem como a isonomia, e a vedação do confisco e a vedação à tributação interestadual e intermunicipal.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem a mesma posição, pois o ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do RE 573675, de março de 2009, se manifestou informando que “algumas dessas limitações ao poder de tributar constituem cláusulas pétreas, por se inserirem no contexto dos direitos e garantias individuais, [...]”.

O primeiro princípio lesado pela majoração de alíquota implantada pelo Decreto nº 9.101/2017 é o princípio da legalidade, que se encontra insculpido no art. 150, I, da CF/1988, o qual indica que:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (I) exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. O postulado deve ser complementado pelo art. 97, I e II, do Código Tributário Nacional - CTN, quando diz que “somente a lei pode estabelecer (I) a instituição de tributos, ou a sua extinção; (II) a majoração de tributos, ou sua redução [...]”.

Sendo assim, a instituição ou extinção, a majoração ou minoração da incidência de tributo somente pode ser realizada por lei, e não por outra medida legislativa.

Contudo, a própria CF/1988 abriu exceções ao princípio da legalidade quando determinou no § 1º do art. 153 que os impostos de importação, de exportação, de produtos industrializados e de operações financeiras poderiam ter alíquota modificada

por ato do Poder Executivo (leia-se decreto), ou mesmo quando autorizou a instituição de impostos através de medida provisória, na forma do seu art. 62, § 2º.

A mesma ressalva foi feita pelo CTN quando informou que excetua à legalidade os tributos previstos nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65, ou seja, os impostos de importação, de exportação, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e direitos a eles relativos (que tem alíquotas fixadas por resolução do Senado) e IOF (observando que o art. 57 do CTN foi revogado). Lembra-se ainda da ressalva feita no § 2º do mesmo art. 97 do CTN, quando dispõe que “não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”.

Ora, fora das ressalvas feitas pela Constituição Federal de 1988, e pelo CTN, norma geral de Direito Tributário que foi recepcionada como lei complementar, e que por isso complementa a própria CF, qualquer majoração de tributo deve ser realizada por lei, não podendo ser feita por outra espécie legislativa.

Valendo-se mais uma vez do ensinamento de Paulsen (2015, p. 158), observa-se que:

A legalidade tributária constitui garantia fundamental do contribuinte, sendo, portanto, cláusula pétrea, conforme destacado em nota introdutória às limitações ao poder de tributar. As atenuações à legalidade (autorização para que o Executivo altere as alíquotas) são apenas as expressas no art. 153, § 1º da CF. A referência em tal dispositivo, ao II, IE, IPI e IOF é taxativa, não admitindo ampliação sequer por Emenda Constitucional.

O primado da legalidade em matéria tributária não é despropositado. O próprio art. 3º do CTN estabelece que todo tributo deve ser instituído por lei, e quando ele disciplina isso está mencionando lei *stricto sensu*, e não legislação de uma forma geral. Tem-se também que a lei é a medida legislativa que conta com a participação dos representantes do povo, pois como estabelece a própria CF/1988 no parágrafo único do art. 1º, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Sendo assim, quando uma lei é publicada instituindo ou majorando um tributo, passando pelo processo legislativo previsto na CF, é sinal de que o próprio povo autorizou a exação.

A tributação é uma forma de expropriação do particular, o qual contribui com parte do seu patrimônio para a formação do fundo público a fim de que o Estado exerça as suas atividades-fim. Contudo, a propriedade privada é uma garantia fundamental prevista no inciso XXII do art. 5º da CF, e, por isso, somente com a autorização do povo, ainda que exercida através dos seus representantes, é que o Estado poderá tributar (expropriar) para a formação do fundo público.

Ademais, tem-se que frisar que o decreto tem papel muito importante na legislação tributária, visando regulamentar as leis e a matéria tributária, consoante o art. 99 do CTN, o qual determina que:

O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei.

A jurisprudência pátria é pacífica no entendimento de que as contribuições especiais devem se submeter ao princípio da legalidade tributária. Ora, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em questão versando sobre a anuidade de Conselho de Corretores, decidiu que:

Até a competência de 2003, tendo as contribuições sido fixadas por Resolução, não atendiam à legalidade tributária, sendo indevidas. Após o advento da Lei nº 10.795/03, há suporte válido para a cobrança. (TRF4, 2ª T., AC. 2006.72.01.001008-4/SC, Juiz Fed. Leandro Paulsen, dez./06).

Ainda versando sobre a anuidade de conselho profissional, a 2ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

O STJ pacificou o entendimento de que as anuidades de Conselhos Profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal (STJ, 2ª T. REsp 362.278/RS, Min. João Otávio de Noronha, mar/2006).

Com efeito, apesar de serem julgados que se referem à contribuição corporativa, eles têm serventia para exemplificar as contribuições sociais, pois todas se encaixam na definição das contribuições especiais insculpida no art. 149 da CF, e, por isso, transparece que as contribuições sociais devem se submeter à legalidade tributária.

Observa-se que tanto a Lei nº 9.718/1998, quanto a Lei nº 10.865/2004, criaram um subterfúgio para autorizar a majoração de alíquotas do PIS e da Cofins através de decreto. Ou seja, a própria lei instituiu autorização para que o decreto modifique as alíquotas, inclusive majorando-as. Deveras, os próprios dispositivos contidos no art. 23, § 5º da Lei nº 10.865/2004, bem como o art. 5º, § 8º da Lei nº 9.718/1998, são inconstitucionais, pois não encontram autorização dentro da Carta Magna para que sejam majoradas tais contribuições sociais através de decreto. Ademais, apesar de não declarar a inconstitucionalidade de decreto, mas sua ilegalidade, de corolário lógico, se os dispositivos legais que os embasam são inconstitucionais, o Decreto nº 9.101/2017 padece também de vício de inconstitucionalidade na própria essência, devendo ser afastada a cobrança das contribuições em questão.

Pois bem, a Constituição Federal não excepcionou as contribuições sociais de cumprir o princípio da legalidade, não podendo, assim, o legislador infraconstitucional criar uma autorização legal para que o decreto majore as alíquotas do PIS e Cofins, em franco confronto com os dispositivos da CF/1988.

É preciso observar ainda que o Decreto nº 9.101/2017 estabeleceu, no seu art. 3º, que entrou em vigor na data da sua publicação. Contudo, as contribuições sociais devem observar o princípio da anterioridade nonagesimal, somente podendo haver a cobrança depois de transcorridos 90 dias da publicação da lei (e não decreto) que as instituiu ou aumentou. Nesse sentido, é claro o § 6º do art. 195 da CF/88 quando determina que:

As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

Ao comentar o § 6º do art. 195 da CF/88, Paulsen (2015, p. 574) ensina que:

A anterioridade prevista neste parágrafo, especificamente para as contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, tem sido chamada pela doutrina e pela jurisprudência de

anterioridade nonagesimal, especial ou mitigada (foi chamada de anterioridade mitigada pelo Min. Ilmar Galvão no RE 183.119-SC, Rel. o Min. Ilmar Galvão, nov/96). Trata-se de norma especial aplicável às contribuições de seguridade social e que consiste na exigência de um interstício de noventa dias entre a publicação da lei e a sua incidência de modo a gerar obrigações tributárias válidas. A aplicação da anterioridade nonagesimal como regra especial, afasta a aplicação da anterioridade de exercício. Ou seja, para as contribuições de seguridade social, a anterioridade nonagesimal do art. 195, § 6º, é a única norma aplicável a título de anterioridade. Assim, basta observância do decurso de noventa dias, independentemente da virada de ano, para que se possa ter a incidência válida da nova contribuição de seguridade social.

Tratando-se do princípio em tela aplicado às contribuições sociais, em especial PIS e Cofins, o STF, através de decisão de relatoria do min. Ricardo Lewandowski, assim decidiu:

O prazo nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição. [...] Constitucionalidade da exigência do PIS, com as alterações introduzidas pela Lei 9.715/1998, para fatos geradores ocorridos a partir da contagem do prazo nonagesimal da MP 1.212/95. (STF, 1ª T., RE 400287 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, mai/07).

Mais uma vez, utilizamos o ensinamento de Leandro Paulsen (2015, p. 574) para esclarecer sobre a questão da exigência das contribuições sociais:

A previsão de que só poderão ser 'exigidas' após noventa dias não deve ser interpretada como relativa ao mero ato de cobrança do que já incidiu. Com a anterioridade especial, garante-se que a lei que institui ou modifica uma contribuição social não incidirá senão sobre fatos geradores ocorridos a partir de 90 dias da edição da lei.

Ora, no dia seguinte ao da publicação do Decreto nº 9.101/2017 já se observou o efeito do aumento do PIS e da Cofins nas bombas de combustível. Contudo, a cobrança do tributo majorado só poderia ocorrer após decorridos 90 dias da publicação, conforme bem demonstrado acima.

Resta, então, evidente que os dispositivos da Lei nº 10.865/2004 e da Lei nº 9.718/1998, que permitem a majoração de alíquotas do PIS e da Cofins através de decreto, ferem os princípios constitucionais de Direito Tributário, estando maculadas de vícios que induzem a inconstitucionalidade, merecendo ser afastados para não acarretar tributação indevida e sangria no patrimônio do sujeito passivo da obrigação tributária, bem como daqueles a que se repassam tais exações, pagando indiretamente o tributo. ❏

REFERÊNCIAS

Paulsen, Leandro. *Direito tributário : Constituição e Código Tributário à Luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2015.



RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS é advogado. Fundador do escritório Ricardo Xavier Advogados Associados. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, Especialista em Direito do Estado pelo Jus Podivm / Unnyahna e em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Professor da Universidade do Estado da Bahia - UNEB, da UCSal e da Escola Superior da Advocacia - ESA - Seccional da OAB/BA. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tributação e Finanças Públicas - NEF da UCSal.

Medida provisória e pertinência temática das emendas: o impacto do julgamento da ADI 5127/DF

■ POR EDUARDO R. BOTELHO

Dentre as proposições legislativas que podem impactar o ordenamento jurídico brasileiro, talvez a mais discutida seja a medida provisória, especialmente por ser esta uma proposição cuja iniciativa cabe ao Poder Executivo, e não ao Poder Legislativo. Contudo, quem acompanha a tramitação das medidas provisórias (MPV) no Legislativo sabe que é grande a possibilidade de interferência dos parlamentares no processo, principalmente através da apresentação e aprovação de emendas ao texto principal. Serão estas emendas o objeto do presente texto, mais especificamente a discussão sobre a necessidade de pertinência temática da que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADIN 5127/DF¹, realizado em 15 de outubro de 2015.

Diz o referido julgado que:

Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória (ADI 5127/DF).

Assim, o STF reforçou uma crítica já pacífica na doutrina contra os chamados “contrabandos legislativos”, vedados pela Lei Complementar nº 95/1998, em seu artigo 7º, inciso II. No caso da medida provisória torna-se mais grave em função de a iniciativa para a referida proposição ser uma prerrogativa do Poder Executivo, que deve limitar o seu uso a casos excepcionais e não para legislar sobre qualquer tema.

Observa-se, ainda, que a discussão sobre a pertinência temática das emendas apresentadas às medidas provisórias é antiga. Outro marco importante sobre a matéria foi o julgamento da ADI 865-MC/MA, de 1994, em que o STF declarou a legitimidade de alteração do texto original da medida provisória através do emendamento. No âmbito estadual pode-se citar os seguintes julgamentos sobre a necessidade de pertinência temática das emendas: a ADI 546/DF, de 1999; e ADI 4433/SC, de 2010. Além destes, cita-se a ADI 1333/RS, de 2014, que tratava da pertinência de emenda à projeto de lei federal. Finalmente, é importante citar o julgamento da ADI 4029/DF, de 2012, que determinou a obrigação do exame prévio das medidas provisórias e suas respectivas emendas por uma comissão mista do Congresso Nacional.

Sendo assim, após o julgamento da ADI 5127/DF seria esperado uma redução no número de emendas apresentadas sem pertinência temática com a matéria principal. Esta crença se fundamenta na ideia de que a influência dos parlamentares não pode ultrapassar os limites definidos pela Carta Magna e transformar um mecanismo excepcional em um “atalho” para a criação de normas legais.

Para avaliar a referida hipótese realizamos uma pesquisa, nos sítios da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que envolveu a análise de 106 medidas provisórias. Destas, 62 foram aprovadas após o julgamento da ADI 5127-DF e 44 antes deste. As proposições se referem a todas as medidas provisórias apresentadas entre 2014, 2015, além das medidas provisórias aprovadas até dezembro de 2016.

Como já dito, o nosso objetivo foi avaliar o impacto do referido julgado na prática legislativa federal. Dado a quantidade de emendas apresentadas em cada medida provisória, número que frequentemente ultrapassa as centenas, não foi possível efetuar a análise individual de cada uma. Sendo assim, definimos três marcos do processo de tramitação das medidas provisórias e buscamos mensurar a rejeição das emendas por falta de pertinência temática antes e depois do julgamento do STF, conforme será explicado.

Todavia, antes de avançarmos é preciso lembrar que uma medida provisória é proposta pelo presidente da República em casos de relevância e urgência, seguindo o rito definido pelo artigo 62 da Constituição Federal e pela Resolução nº 1/2002, do Congresso Nacional.

Conforme a legislação citada, a medida provisória começa a ser analisada por uma comissão mista de deputados e senadores, e pode demandar a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado. Se for rejeitada em qualquer das etapas será arquivada. Se aprovada sem alteração será transformada em lei. Já se a aprovação se der com a inclusão de emendas parlamentares passará a ser denominada projeto de lei de conversão, devendo ser encaminhada para sanção ou veto do chefe do Poder Executivo. As emendas parlamentares devem ser apresentadas nos seis primeiros dias após a publicação da MPV. Os projetos de lei de conversão representam a grande maioria das medidas provisórias que

“O fator preponderante para a definição dos procedimentos ainda é a decisão política de cada uma das Casas, principalmente dos seus presidentes. Assim, para haver maior segurança pretende-se ampliar a pesquisa para um período de tempo maior, de modo a englobar diferentes mandatos.”

se transformam em lei. E, finalmente, temos que o prazo total para conclusão da tramitação da medida provisória no Legislativo é de 120 dias, o que normalmente significa uma tramitação muito mais rápida do que os demais tipos de proposições legislativas.

Assim, retomando os dados sobre a pesquisa, tem-se que os marcos escolhidos foram o relatório da comissão mista e o controle preliminar sobre a pertinência das emendas realizado pelos presidentes da Câmara e do Senado. Este controle preliminar tem origem na resposta à questão de ordem 478, respondida em 2009 pelo presidente da Câmara dos Deputados. Porém, este procedimento nem sempre foi seguido pelos presidentes posteriores.

Na comissão mista buscou-se identificar se o relatório apresentado pelo relator citou expressamente a falta de pertinência temática como justificativa para rejeição de algumas das emendas apresentadas, obtende o resultado que, antes da ADI 5127/DF, em 69% dos relatórios houve caso de emendas rejeitadas com a referida justificativa. Após o julgamento, o percentual foi igual a 80%.

Dando prosseguimento à pesquisa verificamos que o percentual de relatórios com análise prévia do presidente da Câmara dos Deputados em relação aos pressupostos constitucionais das medidas provisórias e expressa manifestação sobre a pertinência temática das emendas foi de 41% antes do julgamento e de 48% depois. Ou seja, não houve uma variação significativa. Lembrando que, como já comentado, nem todos os presidentes seguiram este rito definido em 2009.

Todavia, no Senado a variação foi de 0% a 87%, uma vez que não incluía na sua análise prévia sobre os pressupostos constitucionais a relevância temática das emendas. Este entendimento, mesmo que não em 100% dos casos, passou a ser adotado somente após a ADI 5127-DF.

O pronunciamento prévio do presidente da Câmara, assim como o do Senado, sobre a adequação das emendas favorece o controle mais firme das emendas, já que para mantê-las (quando consideradas inadequadas) no texto a ser votado se faz necessário o apoio da maioria dos parlamentares presentes à sessão. Por outro lado, na sistemática anterior seria preciso uma mobilização política significativa para a sua retirada do texto.

O fundamento para a atuação do presidente do Senado se encontra no artigo 48 do seu Regimento Interno:

Art. 48 – Ao presidente compete:

[...]

XI – impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis, ou a este Regimento, ressalvado ao autor recurso para o Plenário, que decidirá após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Na mesma linha, o artigo 125 do Regimento Interno da Câmara determina que:

Art. 125. O Presidente da Câmara ou de Comissão tem a faculdade de recusar emenda formulada de modo inconveniente, ou que verse sobre assunto estranho ao projeto em discussão ou contrarie prescrição regimental. No caso de reclamação ou recurso, será consultado o respectivo Plenário, sem discussão nem encaminhamento de votação, a qual se fará pelo processo simbólico.

Por outro lado, aqueles que defendem que o controle preliminar sobre a pertinência temática das emendas apresentadas às medidas provisórias não deve ser feito pelos presidentes das Casas Legislativas do Congresso buscam seu fundamento no parágrafo 4º do artigo 4º da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, o qual prescreve que:

Art. 4º Nos 6 (seis) primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretária-geral da Mesa do Senado Federal.

[...]

§ 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

Entretanto, em termos práticos, os dados coletados demonstram que o presidente da comissão mista não tem força política para exercer a competência a ele atribuída, pois não foi localizado no período analisado caso algum em que este tivesse atuado.

Assim, conclui-se que a jurisprudência do STF exerce influência no processo de análise das medidas provisórias, em especial no tocante à pertinência temática das emendas. O processo de mudança tem sido gradual. De um total de 27 medidas provisórias observadas em 2013, 44% tiveram relatório apresentado na comissão mista com questionamento expresso à pertinência temática das emendas. Como visto, em 2014 o percentual subiu para 69% e, em 2015, para 80%.

Contudo, o fator preponderante para a definição dos procedimentos ainda é a decisão política de cada uma das Casas, principalmente dos seus presidentes. Assim, para haver maior segurança pretende-se ampliar a pesquisa para um período de tempo maior, de modo a englobar diferentes mandatos. 

NOTA

- 1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 5127/DF. Pleno. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais. Requerido: Congresso Nacional. Relator do Acórdão: Edson Fachin. Brasília, 15. De outubro de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367> > Acesso em: 19 set. 2016.



EDUARDO R. BOTELHO é Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC/GO e atua na área de Relações Governamentais.

Vamos falar sobre Sociologia da Concorrência?

Para melhor compreender dilemas concorrenciais que afloram e desafiam a sociedade

■ POR GUILHERME TENO CASTILHO MISALE E YAN VILLELA VIEIRA

O Direito da Concorrência (ainda) pode soar como uma espécie de “corpo estranho” para parcela da sociedade brasileira. Essa afirmação se ancora, em parte, à vista do histórico do país, de tradição econômica fechada, sob uma regulação estatal marcada pelo controle de preços.

Por meio do constante apoio e dos estímulos para ações educativas, seja pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), seja pela atuação cada vez



mais ativa de entidades e associações privadas (e.g., IBRAC, CECORE, CEDES), e também de grupos acadêmicos (como aqueles vinculados à USP, UnB, FGV etc.), o cenário atual se mostra claramente mais promissor do que no passado, contribuindo para mitigar a premissa de um frágil senso concorrencial no Brasil.

Atualmente, à luz de iniciativas de *advocacy* – pública e privada – e também em virtude de um *enforcement* concorrencial mais substantivo, a sociedade parece sensibilizada e mais ciente dos impactos adversos decorrentes do não cumprimento da legislação concorrencial. Decerto, a memória institucional e o legado da Lei nº 8.884/1994, juntamente com os aprimoramentos inseridos na Lei nº 12.529/2011, que, há um mês, comemorou o seu 5º aniversário, foram responsáveis por aquilatar um ambiente institucional favorável para alavancar a cultura da concorrência no país.

“Há imenso potencial teórico por detrás do ferramental sociológico para a análise da concorrência. Acreditamos que as reflexões sociológicas permitem capturar as nuances do fenômeno da concorrência sob ângulos complementares (e talvez sequer suscitados até então), resultando em análises mais ricas e bem-acabadas. Sob a lente da Sociologia da Concorrência, as ponderações para os vetores acima poderiam encontrar rumos interessantes e arejados.”

Sob esse singelo pano de fundo, notamos que um ponto de partida no estudo do Direito Concorrencial diz respeito à imprescindibilidade do racional econômico na análise dos fenômenos concorrenciais. O verniz econômico é chave para aportar *insights* e refinar análises, de sorte a enriquecer a análise jurídica e matizar o paradigma *Law & Economics*.

Como exemplo da imprescindibilidade do referido racional, de maneira sucinta, tomemos a quantificação de danos em casos de cartel. Trata-se de um debate muitas vezes intrincado e que desborda para fronteiras internacionais. Nesse horizonte, as ferramentas da análise econométrica se revelam especialmente úteis para apreender diversas (e não menos complexas) variáveis e, dessa feita, proceder com uma análise concorrencial percuciente.

Limitando-nos a esse exemplo pontual, sustentamos o necessário (e saudável) diálogo que deve haver entre Direito e Economia. Em suma, a argumentação tipicamente concorrencial se vale tanto de normas jurídicas quanto de análises econômicas, de forma que tanto quem atua profissionalmente quanto quem se dedica a pesquisas acadêmicas e estudos na área não deve(ria) hesitar ou ter constrangimentos em fazer incursões no território da economia, com preparo e consciência para manejar suas ferramentas.

Em que pese a relevância, seria o ferramental característico da ciência econômica suficiente por si para a compreensão do fenômeno da concorrência em seus multifacetados espectros?

Respondemos com desconfiança. Nossa opinião é que há boas razões para acreditar que além da Ciência Econômica, a Sociologia Jurídica (mas não só) possui forte potencial para auxiliar na compreensão da concorrência, não se prendendo unicamente aos efeitos econômicos do modelo concorrencial, mas tratando também de seu (multi)significado em relação ao Direito e à sociedade. A reflexão sociológica, principalmente sob a égide da teoria dos sistemas, como será muito breve e simplificada, pode permitir que se apreenda aquilo que fica para além da superfície, ou melhor, o que não se detecta em pormenor quando da prática do Direito Concorrencial.

A produção acadêmica que se poderia identificar como “Sociologia da Concorrência”, entretanto, é escassa e limitada, mormente no Brasil. Sua versão pioneira foi realizada por Georg Simmel em 1903¹, em um artigo que permanece repleto de *insights* úteis (e não menos atuais) à compreensão desse fenômeno. Dentre as diversas definições e conclusões decorrentes de sua análise, Simmel verificou ser o modelo concorrencial um pré-requisito da modernidade em seu funcionamento, com base em normas jurídicas e morais que organizam as relações sociais de um modo específico; mais que isso, esse modo seria caracterizado pela competição indireta, em oposição à competição direta.

Explica-se: na primeira, um ou mais agentes disputariam algo por meio de um esforço independente, direcionado a conquistar seu objetivo, ignorando a existência um do outro, enquanto a segunda seria a forma comum de “luta” / “contenda”, em que a disputa entre agentes se dá pelo ataque direto de um contra o outro com o propósito de sua “aniquilação”. Sob esse viés, a concorrência característica da modernidade seria a indireta, podendo ser encontrada, obviamente, no comportamento de empresas que tentam conquistar/capturar clientes sem ressalvas, ignorando seus concorrentes e praticando condutas não conformes, e, menos obviamente, em comportamentos sociais como a sedução de uma pessoa também desejada por outra.

Nesse prisma, em princípio, entendemos que a Sociologia Jurídica se mostra capaz de oferecer respostas e revelar características da concorrência de um modo diferente da Economia (mas não excludente), sob um enfoque multidisciplinar.

Um problema que se coloca, no entanto, é a relativa profusão de teorias sociológicas na atualidade, número certamente muito maior do que à época de Simmel; sob que lente deveria a concorrência ser analisada? Qualquer resposta a essa questão não deixa de ser discutível, mas, como adiantado acima, pode-se arriscar que a teoria dos sistemas seria apropriada para analisar a concorrência, acrescentando-se a essa afirmação que a formulação mais poderosa desta teoria para este fim seria, a nosso ver, muito provavelmente aquela desenvolvida por Niklas Luhmann.

As vantagens centrais da utilização de uma teoria dos sistemas estão ligadas, essencialmente, a sua abertura à complexidade. Como indica o plural em “sistemas”, trata-se de uma teoria que trabalha com a complexidade da sociedade contemporânea por meio da identificação de diversos centros como pontos de observação, negando que a sociedade possa ser interpretada a partir de um único

ponto de apoio. Assim, pode-se reconhecer que Economia e Direito são sistemas centrais na vida social, sem que um deles represente o ponto fundamental sobre o qual o outro deve ser compreendido.

Sistemas sociais funcionam independentemente (autopoiese), mas se comunicam entre si – e o sentido de comunicação e linguagem é fulcral para a teoria dos sistemas –, (con)formando a sociedade, em uma analogia a conceitos da Biologia. Sob essa descrição, começa-se a intuir como o Direito da Concorrência, na qualidade de elemento do sistema jurídico, pode servir de meio de ligação com o sistema econômico (e vice-versa). Por corolário, ver-se-ia o Direito Concorrencial, dentro do sistema jurídico, e o sistema da Economia com lógicas próprias, cada qual funcionando à sua maneira, mas que, não obstante o fechamento operacional, podem se acoplar na comunicação, na medida em que se preservem as respectivas linguagens sistêmicas.

A formulação da teoria do sistema luhmanniano tem como principal atrativo sua abrangência. O projeto do autor foi de realizar uma teoria de toda a sociedade, desmembrando seus sistemas em dezenas de obras voltadas à sua análise, de modo a alcançar uma visão total. Luhmann foi responsável por evidenciar a comunicação como elemento fundamental da sociedade, explicitando que os sistemas sociais contêm comunicações em códigos internos (como o código lícito/ilícito do Direito) utilizadas para sua autopoiese, ao mesmo tempo em que os sistemas se comunicam uns com os outros, como posto anteriormente.

Embora o autor não tenha desenvolvido uma Sociologia da Concorrência, lidando separadamente com os sistemas jurídico e econômico, delineou quanto a este último uma “economia da sociedade”. É nessa parte de sua obra que se encontram muitas das revelações sobre o que, tipicamente, não se costuma enxergar sobre a economia (e conseqüentemente, sobre o modelo de concorrência): como exemplos gerais, Luhmann trata do funcionamento da autopoiese na Economia, do dinheiro como elemento de comunicação entre agentes econômicos e dos objetivos de suas relações sociais².

De se notar, ainda, o dilema da dupla contingência, fundamental para a reformulação da teoria dos sistemas por Luhmann, e descrito pelo autor como a situação social em que determinado agente considera, antes de agir, tanto suas possibilidades de ação quanto as de outro agente, todas sendo indeterminadas³. Com efeito, trata-se de uma situação extremamente corriqueira no meio empresarial, em que o empresário assume a figura de agente econômico em contato com outros agentes concorrentes, consumidores, clientes etc. (*stakeholders* em geral), sob um arquétipo de riscos, assimetria de informações etc.

Nessa chave de leitura, a Sociologia Jurídica oferece uma técnica analítica, principalmente na versão luhmanniana da teoria dos sistemas, para que se amplifique a compreensão do modelo concorrencial. É preciso, assim, mais “ousadia” para explorar a caixa de ferramentas.

Finalmente, observamos que muitas questões típicas da reflexão teórica sobre o Direito da Concorrência podem encontrar ideias e caminhos amparados na análise da Sociologia, trazendo um aporte crítico para matizar o exame empreendido pela Economia e pelo Direito.

Nesse sentido, de maneira compacta e referencial, pontuamos três vetores coligados: (i) a(s) função(ões) do Direito da Concorrência, tendo em vista (ii) eventuais

setores econômicos que admitiriam diferentes níveis de concorrência (“válvulas de escape”), (iii) considerando um contexto estrutural macro de país em desenvolvimento, sob as particularidades de um histórico colonial de “drenagens econômicas” e as implicações desse modelo para a sociedade.

Enfim, o desenvolvimento de uma Sociologia da Concorrência é um projeto que conta com poucos adeptos até o momento comparativamente à interface entre Economia e Direito⁴. De toda sorte, observamos que há imenso potencial teórico por detrás do ferramental sociológico para a análise da concorrência. Acreditamos que as reflexões sociológicas permitem capturar as nuances do fenômeno da concorrência sob ângulos complementares (e talvez sequer suscitados até então), resultando em análises mais ricas e bem-acabadas. Sob a lente da Sociologia da Concorrência, as ponderações para os vetores acima poderiam encontrar rumos interessantes e arejados.

A chave consiste em saber (como) explorar o potencial que embebe a Sociologia, não hesitando em trazer a lume essa ferramenta, vez que de enorme valia para compreender os dilemas concorrenciais que afloram e desafiam cotidianamente a sociedade. Nessa linha, a Sociologia da Concorrência constitui uma agenda de pesquisa ampla e relevante para quaisquer interessados em melhor compreender a estrutura social da concorrência e problematizar seu desenvolvimento, um debate que no mais das vezes passa ao largo das reflexões usuais e estrangula toda a riqueza que perfaz o exame sociológico dos fenômenos sociais.

Precisamos falar sobre Sociologia, e especialmente sobre a Sociologia da Concorrência.

*Os autores agradecem a atenta análise e gentis sugestões do professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), Celso Fernandes Campilongo. Quaisquer imprecisões deste artigo são de responsabilidade exclusiva dos autores. 

NOTAS

- 1 SIMMEL, Georg. *Soziologie der Konkurrenz* (1903), trad. HELLE, Horst J., *Sociology of Competition, Canadian Journal of Sociology* 33(4), 2008, pp. 957-978.
- 2 LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984), trad. Hugo Cadernas, *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoietico, Revista Mad – Universidad de Chile*, n. 29, 2013.
- 3 COHN, Gabriel. *As Diferenças Finais: de Simmel a Luhmann, Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13 n. 38, 1998.
- 4 Apenas a título de exemplo não exaustivo da produção recente dos estudiosos interessados na Sociologia da Concorrência, mencionamos o texto “Why do we believe in (sociology of competition?)” publicado pelo professor de Teoria e Sociologia Geral da Universität Bielefeld, Tobias Werron, e pelo doutorando pela FDUSP, pesquisador visitante pela Universität Bielefeld e cofundador do NECSO, Luiz Felipe Ramos, que está disponível em: https://necsousp.files.wordpress.com/2016/09/why-do-we-believe-in-sociology-of-competition_necso.pdf.



ARQUIVO PESSOAL

GUILHERME TENO CASTILHO MISALE é Mestrando em Direito Comercial pela FDUSP. Graduado pela mesma instituição. Cofundador e coordenador do NECSO - Núcleo de Estudos em Concorrência e Sociedade, grupo de estudos vinculado ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do

Direito da FDUSP.



ARQUIVO PESSOAL

YAN VILLELA VIEIRA é Pós-graduando pela Escola de Economia de São Paulo (FGV-EESP). Graduado pela FDUSP. Coordenador do NECSO.

Indiciamento policial e suas consequências

■ POR FRANCISCO SANNINI NETO



Embora o indiciamento tenha enorme relevância para a investigação criminal formalizada por meio do inquérito policial, sem dúvida alguma este instituto é um dos que mais gera polêmica na seara processual penal, especialmente em função de não haver uma perfeita regulamentação legal sobre a matéria.

Destaque-se, todavia, que a Lei nº 12.830/2013 promoveu um considerável avanço ao dispor no seu artigo 2º, § 6º, que o “indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Finalmente uma norma processual trata com um pouco mais de cuidado o ato do indiciamento, promovendo uma garantia expressa ao indivíduo quanto à necessidade de sua fundamentação na “penumbra” do disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República. Fala-se em *penumbra* em alusão à teoria norte-americana da “penumbra doctrine” ou “penumbra theory” (normalmente traduzida no Brasil como “teoria da penumbra”), segundo a qual as garantias constitucionais não se reduzem somente à sua expressão linguística estrita, mas produzem uma espécie de “sombra” ou “penumbra” mais abrangente a gerar um campo de irradiação de maior amplitude do que aquele que poderia ser aferido pela simples interpretação gramatical do texto.

Em estreita síntese, o indiciamento pode ser conceituado como um ato formal, de atribuição exclusiva da autoridade de Polícia Judiciária, que ao longo da investigação forma seu livre convencimento no sentido de haver indícios suficientes de que um suspeito tenha praticado determinado crime. A partir desse ato, o indiciado passa a ser o foco principal das investigações.

“O indiciamento é um ato privativo do delegado de polícia, o qual, por meio das investigações realizadas, imputa a autoria ou participação em um crime a determinada pessoa. Trata-se de um legítimo juízo de valor realizado pela autoridade policial e que representa as conclusões da própria Polícia Judiciária (Estado-Investigador).”

Trata-se, na verdade, de uma formalidade que fundamenta as conclusões do delegado de polícia acerca da autoria criminosa e, por isso, deve ser precedido de uma decisão fundamentada. Demais disso, o indiciamento constitui uma garantia para ampla defesa do investigado, que a partir de então passa a ter ciência do seu *status* dentro da persecução penal.¹

O objetivo deste artigo é abordar de maneira minuciosa os reflexos do indiciamento dentro do âmbito jurídico. Não obstante uma parcela da doutrina insista em tentar reduzir a importância deste ato, tratando-o como uma formalidade sem qualquer relevância, veremos que a sua concretização pode resultar em diversas consequências prejudiciais ao indiciado.

INDICIAMENTO E SUA INDISPENSABILIDADE

Antes de nos aprofundarmos nas consequências do indiciamento, é preciso consignar que não se trata de um ato arbitrário exarado pelo delegado de polícia, pelo contrário. Justamente por acarretar inúmeros transtornos à pessoa do indiciado, o formal indiciamento deve cercar-se de todos os cuidados possíveis. Daí a imprescindibilidade da autoridade policial fundamentar a necessidade de indiciamento por meio de uma decisão em que devem constar as razões fáticas e jurídicas do seu convencimento.

Conforme já adiantamos, há na doutrina quem sustente que o indiciamento não tem qualquer relevância no processo penal, constituindo um “etiquetamento dispensável”. É esse o posicionamento de Vladimir Aras (2016, online), senão vejamos:

O indiciamento não tem qualquer função relevante no processo penal, é uma excrescência no devido processo legal e não se justifica no modelo acusatório (*adversarial system*), no qual a Polícia é um órgão auxiliar do Ministério Público, e não parte. Contudo, como a imprensa adora rótulos, as manchetes espoucam: “Fulano foi indiciado!” O que isso significa? **Nada**. Ou melhor, significa uma etiqueta desnecessária, um estigma inútil aplicado a supostos criminosos por uma instância formal de controle social.²

Com todo o despeito ao posicionamento acima exposto, dele discordamos em razão de não apenas denotar escancarado preconceito em relação ao trabalho policial, mas também por não guardar qualquer relação com a devida investigação criminal, vale dizer, aquela banhada pelos valores e princípios constitucionais, na qual o investigado não é tratado como objeto de direito, mas como sujeito de direito.

Por óbvio, o indiciamento acarreta inúmeras consequências negativas para o indiciado, mas isso é fruto de seus próprios atos, o que é absolutamente compatível com o Estado Democrático de Direito, onde todos devem respeito às leis e à Constituição. Não se pode olvidar que este ato de Polícia Judiciária possui um caráter dúplice, não servindo exclusivamente de instrumento para investigação criminal, mas, sobretudo, como um meio de promoção dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa durante a *persecutio criminis extra iudicio*. Isto, pois, através da sua formalização o indiciado passa a ter ciência dos fatos a ele imputados, bem como dos tipos penais que, em princípio, teria violado, podendo, a partir daí, defender-se da maneira que melhor lhe convier. Não por acaso, defendemos que na sua decisão de indiciamento o delegado de polícia determine, ainda, a entrega de um “termo de ciência” ao indiciado, nos moldes da “nota de culpa”, quando se tratar de prisão em flagrante.

Ora, se as Polícias Judiciárias são, em regra, responsáveis pela investigação criminal, é natural que ao final do procedimento seja exarado um juízo de valor em relação aos fatos apurados. Ao indiciar uma pessoa o delegado de polícia manifesta as conclusões da própria instituição policial (Estado-Investigador), conclusões estas que são fruto de todo o trabalho realizado e que pode resultar na imputação do crime a uma determinada pessoa. Aliás, é exatamente isso que se espera de uma investigação criminal, ou seja, que ela possa apontar o provável autor do crime.

Por tudo isso, discordamos de Aras quando ele sugere que o indiciamento ofende o princípio da presunção de inocência. Tal afirmação, *data maxima venia*, parece se basear em premissas equivocadas, pois o estado de inocência não inviabiliza a adoção de medidas úteis para a persecução penal e, conseqüentemente, ao correto exercício do direito de punir pertencente ao Estado, como ocorre nos decretos de prisões cautelares, de interceptações telefônicas, mandados de busca etc. Para tanto, basta que se observem os pressupostos legais de cada instituto jurídico.

Assim, para que uma pessoa seja indiciada não é necessário um juízo de certeza sobre a sua participação no crime, bastando um juízo de probabilidade. Não há que se falar, pois, em *in dubio pro societate* nesta fase da persecução penal, até porque, se existir dúvida sobre a existência de indícios suficientes de autoria, o delegado de

polícia deve decidir pelo não indiciamento do investigado, valendo-se, para tanto, do princípio do *in dubio pro reo*. Com base nesse raciocínio, pode-se afirmar que o indiciamento também não ofende o princípio da presunção de inocência, uma vez que este ato não traduz um juízo de culpabilidade, mas, conforme destacado, apenas uma indicação da provável participação no crime.

É mister consignar, ademais, que a identificação criminal proveniente do indiciamento representa um importante instrumento de combate ao crime, constituindo-se em um verdadeiro banco de dados e informações de extrema importância para o desenvolvimento de investigações criminais diversas, sendo útil, inclusive, para subsidiar decisões judiciais e de outros órgãos estatais, conforme veremos na sequência.

Resumindo o exposto nesse ponto e visando contradizer os entendimentos que procuram reduzir a importância do indiciamento, tratando-o como um ato “sem qualquer função relevante no processo penal”, vale a pena reproduzir o escólio do ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, sobre o tema:

Inquestionável reconhecer, em função do que se vem de expor, que assume significativo relevo o indiciamento no modelo que rege, em nosso País, o sistema de investigação penal pela Polícia Judiciária, considerada a circunstância – juridicamente expressiva – de que o indiciamento, que não se reduz à condição de ato estatal meramente discricionário, supõe, para legitimar-se em face do ordenamento positivo, a formulação, pela autoridade policial **(e por esta apenas), de um juízo de valor fundado na existência de elementos indiciários idôneos que deem suporte à suspeita de autoria ou de participação do agente na prática delituosa** (STF, HC 133.835/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 18.04.2016 - grifamos).

REFLEXOS DO INDICIAMENTO

Sob o aspecto formal e prático, o indiciamento é composto pelo interrogatório policial e a qualificação do investigado; a coleta de informes sobre sua vida pregressa e a elaboração do chamado Boletim de Identificação Criminal, que se compõe de informações de qualificação do indiciado, sinais característicos, infração penal atribuída, dados sobre o inquérito policial e outras informações necessárias ao cadastro no sistema informatizado de antecedentes criminais, além da identificação datiloscópica, acaso o suspeito não seja civilmente identificado (art. 5º, LVIII, CF).

Assim, a primeira consequência prática do indiciamento é o fato de o nome do indiciado passar a constar nos sistemas policiais. Isso significa que, se ele, por acaso for abordado por algum policial nas ruas, ao efetuar pesquisa com o seu nome se verificará que ele foi o alvo principal de uma investigação criminal.

Por outro lado, sob o aspecto social, é inegável que o indiciamento coloca uma marca na pessoa do indiciado, que o desabona perante a sociedade, podendo causar reflexos, inclusive, em suas vidas profissional, familiar e social.

Não é outro o escólio de Steiner (1998, p. 307):

O indiciamento formal tem consequências que vão muito além do eventual abalo moral que pudessem vir a sofrer os investigados, eis que estes terão o registro do indiciamento nos Institutos de Identificação, tornando assim público o ato de investigação. Sempre com a devida vênia, não nos parece que a inserção de ocorrências nas folhas de antecedentes comumente solicitadas para a prática dos mais diversos atos da vida civil seja fato irrele-

vante. E o chamado abalo moral diz, à evidência, com o ferimento à dignidade daquele que, a partir do indiciamento, está sujeito à publicidade do ato.

Note-se, destarte, que o indiciamento pode abalar a vida profissional do indiciado, especialmente em se tratando de carreiras públicas em que ocorrem as chamadas *investigações sociais* do candidato. É inegável que tais seleções são marcadas por uma boa dose de subjetividade nesse ponto, razão pela qual o indiciamento policial pode ser decisivo. Sem embargo, vale consignar a existência de precedentes no STF no sentido de que a exclusão de candidato em concurso público pelo fato de haver contra ele procedimento de natureza penal ofende o princípio da presunção de inocência (STF, RE 634.224/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 21.03.2011).

Sob o aspecto jurídico, considerando que medidas cautelares pessoais dependem, entre outros requisitos, da prova da materialidade do crime e de indícios mínimos de autoria, o indiciado estará sujeito a ter uma medida dessa natureza decretada em seu desfavor, haja vista que os fundamentos do indiciamento são compatíveis com a sua adoção. Além disso, o indiciamento também indica que o indiciado provavelmente será submetido à fase processual da persecução penal, correndo o risco de ser condenado e preso.

Já no âmbito da Lei nº 11.343/2006, conhecida como a Lei de Drogas, o indiciamento pode ser essencial na caracterização de um crime equiparado aos hediondos. Explicamos. O § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas criou uma causa de diminuição de pena para os autores das condutas descritas no artigo 33, *caput*, e § 1º da lei em questão, quando se tratar de agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Com efeito, nossa jurisprudência tem entendido que o indiciamento é apto a demonstrar que o sujeito está ligado a atividades criminosas, afinal, foi reconhecido pela Polícia Judiciária como o provável autor de outro crime. Parece-nos evidente que, se uma pessoa possuir diversos indiciamentos, isso significa que ela apresenta uma personalidade voltada para a criminalidade, o que inviabiliza a aplicação da minorante em análise.

Desse modo, tendo em vista a decisão recente o Supremo Tribunal Federal na qual foi firmado o entendimento de que o tráfico de drogas privilegiado não tem natureza equiparada a hedionda, o indiciamento pode ser determinante no afastamento dessa privilegiadora, o que resultará na aplicação dos rigores jurídico-penais da Lei nº 8.072/1990, conforme se vê a seguir.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida (STF, HC118.533/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia, 23.06.2016).

Em sentido semelhante, o indiciamento também pode influenciar na distinção entre o usuário de drogas e o traficante. Nos termos do artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às **circunstâncias sociais e pessoais**, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (grifamos).

Basta uma análise perfunctória do dispositivo para notar que a existência de indiciamentos em prejuízo do suspeito pode denotar o seu envolvimento com o tráfico de drogas, pois nosso ordenamento jurídico não adotou o sistema da quantificação legal, no qual se estabelece um parâmetro quantitativo para diferenciar o usuário do traficante. Pelo contrário, a Lei de Drogas adotou o sistema de reconhecimento judicial ou policial, estabelecendo alguns critérios que devem nortear essa distinção de acordo com o caso concreto, servindo o indiciamento para a análise das circunstâncias sociais e pessoais do suspeito.

De fato, uma coisa é um sujeito encontrado na posse de 10 microtubos contendo “cocaína” no seu interior, mas sem qualquer registro policial e com atividade laborativa lícita; outra, completamente distinta, é a situação em que o suspeito apresenta diversos indiciamentos pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*). Não temos dúvidas de que a imputação feita em investigação criminal pretérita poder servir para separar o traficante daquele que apenas faz o uso da droga.

No âmbito da Lei de Lavagem de Capitais o indiciamento também apresenta consequências jurídicas relevantes. Dispõe o seu artigo 17-D, acrescido pela Lei nº 12.683/2012, que: “Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno”.

Conforme se depreende, em se tratando de crimes de lavagem de dinheiro, o afastamento do servidor público de suas funções se impõe de maneira automática, como consequência do seu indiciamento, sendo possível o retorno às suas atividades funcionais apenas mediante uma decisão judicial fundamentada.

Diante dessa previsão, podemos concluir que o delegado de polícia, ainda que de maneira indireta, fica responsável pela determinação do afastamento cautelar do funcionário público suspeito de envolvimento em crimes de lavagem de capitais. Sendo assim, é imprescindível que a autoridade policial tenha o máximo cuidado no momento de efetuar o formal indiciamento do suspeito. Deveras, este ato acarreta consequências extremamente deletérias ao indiciado, que, além de tudo, passa a ter o seu nome petrificado nos registros policiais, conforme já consignado.

Não podemos olvidar, todavia, que o artigo 17-D da Lei de Lavagem de Capitais vem recebendo severas críticas da doutrina, com as quais, diga-se de passagem, concordamos. Em estreita síntese, podemos afirmar que o artigo em destaque fere o princípio da presunção de inocência e retira do Ministério Público, titular da ação penal, o direito de se manifestar sobre a necessidade da medida, pois, conforme destacado, ela decorre automaticamente do indiciamento.

Demais disso, o dispositivo em questão viola a figura do próprio delegado de polícia, que terá a sua convicção jurídica comprometida, uma vez que, em muitas situações, ele pode se convencer da materialidade do crime e dos indícios suficientes de autoria, mas não da necessidade do afastamento cautelar do servidor público. Nesse contexto, a autoridade policial ficaria em um beco sem saída em

função de indiciar e provocar, por força da lei, o afastamento imediato e automático do funcionário. Ou se abstém de indiciar, sendo que em qualquer caso é obrigado a violar ao menos parcialmente sua consciência. Afinal, em sua convicção estava apenas a necessidade do indiciamento e não do afastamento cautelar pelo qual jamais representaria (CABETTE, 2013, online).

De todo modo, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do referido artigo, podemos defender o entendimento de que, nesse caso, o delegado de polícia é responsável, ainda que de maneira oblíqua, pela decretação de uma medida cautelar, qual seja, o afastamento do servidor público suspeito.

Destaca-se, por outro lado, que o indiciamento também pode inviabilizar a aquisição de uma arma de fogo pelo indiciado, pois, nos termos do artigo 4º, inciso II, do Estatuto do Desarmamento, o interessado deve comprovar sua idoneidade por meio da apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais.

É possível sustentar que o indiciamento também seja útil na caracterização dos maus antecedentes. Entende-se por antecedentes os fatos anteriores praticados pelo imputado e que acarretam alguma repercussão jurídica, devendo, justamente por isso, ser apreciados pelo juiz, sejam eles bons ou maus. Consideram-se maus antecedentes aquelas condutas que merecem reprovação por parte do Estado devido a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico e que, portanto, têm o condão de demonstrar a maior ou menor afinidade do imputado com a prática criminosa.

Fernando Capez (2013, p. 487) ensina que:

[antecedentes] são todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime. Esse conceito tinha abrangência mais ampla, englobando o comportamento social, relacionamento familiar, disposição para o trabalho, padrões éticos e morais etc. A nova lei penal porém, acabou por considerar a 'conduta social' do réu como circunstância independente dos antecedentes, esvaziando, por conseguinte, seu significado.

A grande polêmica acerca do tema consiste na abrangência do conceito de maus antecedentes, sendo a sua definição extremamente relevante por influenciar na fixação da pena base e, inclusive, na decretação de eventuais medidas cautelares, tais como as prisões preventivas ou temporárias.

Para Rogério Greco (2013, p. 166), os antecedentes “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se presta para efeitos de reincidência”. Tanto o referido autor como também Bitencourt (2013, p. 769) sustentam que, em virtude do princípio da presunção de inocência, adotado pela Constituição da República, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado que não sirvam para caracterizar a reincidência é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a pena base seja alterada.

Assim, os defensores desse entendimento sustentam que inquéritos policiais e processos criminais sem trânsito em julgado não caracterizam os maus antecedentes, pois, caso contrário, haveria ofensa ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, aliás, foi editada a Súmula 444, do STJ, a qual dispõe que: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Destaque-se, ainda, que, embora o texto constitucional relacione a presunção de inocência à condenação penal, o próprio STF já se manifestou acerca do caráter

irradiante dessa garantia para outros juízos de culpa, conforme destacado pelo ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF 144, senão vejamos:

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-se para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição –, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações jurídicas ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.

Apesar de reconhecermos a robustez dos argumentos elencados pelos defensores da tese, entendemos que o sentido de maus antecedentes deve incluir todo o histórico criminoso do agente, sem que, com isso, haja ofensa ao princípio da presunção de inocência. Na verdade, defender o entendimento contrário seria desrespeitar o princípio constitucional da isonomia, uma vez que um sujeito com inúmeros processos e inquéritos policiais não pode ser tratado da mesma forma que um indivíduo sem qualquer registro criminal.

Somos defensores de um Direito Penal mínimo, contudo, temos ciência de que um Direito Penal extremamente garantista também não se coaduna com a realidade brasileira. Não se trata de defender o desrespeito aos direitos e garantias individuais, pelo contrário. Nosso objetivo é apenas adequar a aplicação da lei à realidade dos fatos, de maneira justa e consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Ora, imaginemos um indivíduo com extensa lista de antecedentes criminais, contando com diversos inquéritos instaurados contra si, muitas vezes pelo mesmo crime, o que também é indicativo de um desvio de personalidade, sendo que tais investigações resultaram em denúncias pelo Ministério Público e até em condenações em primeira instância. Será mesmo que tudo isso não significa absolutamente nada? Será que o magistrado realmente não pode sopesar essas circunstâncias no momento de fixar a pena base?

Com todo o respeito aos entendimentos em sentido contrário, defendemos que esse histórico do agente não pode ser desprezado, o que é subsidiado pelo princípio da isonomia e, sobretudo, pelo princípio da individualização da pena. Parece-nos que, ao fechar os olhos para essas circunstâncias, estaríamos desvalorizando as próprias instituições encarregadas da persecução penal. Se a Polícia Judiciária, o Ministério Público e, às vezes, até o Poder Judiciário vislumbraram a culpa de determinada pessoa, como não levar isso em consideração?!

Consigne-se, todavia, no que se refere aos inquéritos policiais, entendemos que os maus antecedentes apenas se caracterizam nos casos em que for formalizado o indiciamento do investigado. Defender o contrário, vale dizer, que a simples existência de inquérito policial seria suficiente para gerar maus antecedentes, constituiria inegável abuso e, mais do que isso, falta de conhecimento sobre a natureza de um procedimento preliminar de investigação.

Em nosso entendimento, o inquérito policial caracteriza-se como verdadeira garantia do indivíduo, impedindo que acusações infundadas desemboquem em um

processo. Apenas por meio deste modelo investigativo o Estado consegue deixar a fase pré-processual e ingressar na fase processual, buscando, ao final, exercer legitimamente o seu direito de punir.

Com entendimento distinto, mas que se aproxima da tese defendida neste estudo, Paulo José da Costa Junior (2010, p. 245) assevera o seguinte:

Ao serem analisados os antecedentes, serão enfocados aqueles judiciais, que não se acham contemplados pelo Código, como causas legais de agravamento ou atenuação da pena. Serão assim considerados processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade: inquéritos arquivados, condenações não transitadas em julgado, processos em curso, absolvições por falta de prova. De grande valia averiguar que se trata de criminoso habitual ou episódico, quando o delito pelo qual estiver sendo julgado for um fato isolado em sua vida precedente.

Em sentido semelhante, Capez (2013, p. 488) sustenta que a absolvição por falta de provas (art. 386, inciso VII, do CPP) também serviria como indicativo dos maus antecedentes do agente, destacando, ainda, que Manzini, Roberto Lyra e Nelson Hungria possuem o mesmo entendimento. Nucci (2012, p. 473), por sua vez, defende que apenas as condenações com trânsito em julgado que não são aptas a gerar reincidência é que podem caracterizar os maus antecedentes. Contudo, esse autor adverte que para efeito processual penal, especialmente no momento de decretação de medidas cautelares (v.g. prisão preventiva), todo o histórico do suspeito deve ser analisado, o que incluiria inquéritos policiais instaurados e processos em andamento.

Outro ponto importante, mas pouco analisado pela doutrina, se refere ao período depurador da reincidência, previsto no artigo 61, inciso I, do CP. Como é cediço, esse dispositivo determina a prescrição da reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido o período de cinco anos. Vale destacar que o fundamento dessa previsão reside na proibição de penas perpétuas pela Constituição da República.

Da mesma forma, em prevalecendo o entendimento de que os maus antecedentes só se caracterizariam nos casos de condenações transitadas em julgado que não forem aptas a gerar reincidência, justamente em virtude da decorrência do período depurador acima mencionado, entendemos que este período também deverá ser aplicado aos maus antecedentes. Explico. Se o fundamento dessa previsão legal é evitar que uma condenação criminal acarrete consequências desfavoráveis perpétuas ao agente, o mesmo raciocínio vale para os maus antecedentes, que, aliás, são menos graves do que a reincidência, afinal, o critério trifásico adotado pelo nosso Código Penal constitui uma escala progressiva de gravidade. Assim, não teria cabimento a reincidência perdurar apenas por um determinado período e os maus antecedentes durarem para sempre.

Parece-nos que a única razão que justifique esse tratamento diferenciado se relaciona, justamente, ao fato de os maus antecedentes traduzirem todo o histórico criminal do agente e não apenas aquelas condenações transitadas em julgado que não são aptas a gerar reincidência. Por essa razão, é contraditório analisar os maus antecedentes de maneira restrita e, ao mesmo tempo, defender a sua perpetuidade.

Em conclusão, salientamos que, muito embora seja possível encontrar divergências na jurisprudência sobre o tema, recentemente firmou-se no STF o entendimento de que a existência de inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena (RE 591054).

CONCLUSÃO

Com base nos argumentos expostos ao longo desse estudo pode-se concluir que o indiciamento é um ato privativo do delegado de polícia, o qual, por meio das investigações realizadas, imputa a autoria ou participação em um crime a determinada pessoa. Trata-se de um legítimo juízo de valor realizado pela autoridade policial e que representa as conclusões da própria Polícia Judiciária (Estado-Investigador).

Por se tratar de uma formalidade que acarreta inúmeras consequências ao indiciado, sua concretização exige uma decisão fundamentada por parte do delegado de polícia responsável pela investigação. Considerando que nesta etapa da persecução penal o nosso ordenamento jurídico exige apenas um juízo de probabilidade sobre a autoria ou participação, o indiciamento não ofende de qualquer forma o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, representando, por outro lado, um importante instrumento de informações com aptidão para subsidiar decisões estatais em diversas searas, fortalecendo, conseqüentemente, o princípio constitucional da isonomia. 

NOTAS

- 1 Para um estudo mais profundo sobre o instituto, sugerimos: SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Estatuto do Delegado de Polícia Comentado – Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- 2 ARAS, Vladimir. *Indiciamento, um etiquetamento dispensável*. Disponível: <https://jota.info/artigos/pelo-mp-indiciamento-um-etiquetamento-dispensavel-21042016>. Acesso em: 01 jun. 2017.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. *Indiciamento, um etiquetamento dispensável*. Disponível: <https://jota.info/artigos/pelo-mp-indiciamento-um-etiquetamento-dispensavel-21042016>. Acesso em: 01 jun. 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Inconstitucionalidade do artigo 17-D da Lei de Lavagem de Capitais*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23815/>. Acesso em: 18 ago. 2017.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COSTA JR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2012.
- SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Estatuto do Delegado de Polícia Comentado – Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- STEINER, Sylvia Helena. *O indiciamento em inquérito policial como ato de constrangimento – legal ou ilegal*. Revista Brasileira de Ciência Criminais, v. 24, 1998.



FRANCISCO SANNINI NETO é delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Especialista em Direito Público. Professor da Graduação e Pós-Graduação do UNISAL. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Damásio Educacional.

A prisão em segunda instância nos tempos de Lava Jato

■ POR LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

Depois de algum tempo de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter decidido ser possível impor ao condenado em segunda instância o início do cumprimento provisório da pena de prisão, cabe uma avaliação do impacto desastroso desta decisão na vida do cidadão brasileiro.

Primeiramente, há que se destacar que nas duas decisões do STF, a primeira no HC 126.292/SP, proferida em 17 de fevereiro de 2016, com um placar de 7 a 4, e a segunda, nas ADCs 43 e 44, em 5 de outubro de

“Fica a esperança, de toda a comunidade jurídica, que o nosso STF, formado por ministros competentes e experientes, revejam sua posição e que ouçam somente a voz da nossa Constituição Federal, restabelecendo o inabalável e inflexível primado constitucional e democrático da presunção de inocência.”

2016, com placar de 6 a 5, os ministros do STF decidiram que é possível executar a pena imposta na condenação a partir do julgamento realizado em segundo grau. Todavia, não há obrigatoriedade ou efeito vinculante nestas decisões, uma vez que contrariam o primado constitucional da presunção de inocência.

Na prática, ocorreu uma radical mudança nas Cortes de Apelação brasileiras, pois se tornou corriqueira a expedição de mandado de prisão, quando do julgamento do recurso de apelação, iniciando-se, portanto, neste momento, a execução provisória da pena. Trata-se de milhares de pessoas que antes aguardavam a decisão final de seus processos em liberdade, mas que agora são encarceradas, agravando o caos prisional vivido no Brasil.

Só por este fato já é possível verificar-se o desacerto dessas decisões, pois, enquanto o mundo caminha para o desencarceramento, buscando outras formas de punição, o STF caminhou na contramão, inflando a população carcerária das unidades prisionais já superlotadas e promíscuas do Brasil, sem falar que tais unidades encontram-se, na sua maioria, sob o comando do crime organizado, nas mãos dos líderes de facções criminosas.

Porém, o ponto mais grave reside no fato de estas decisões contrariarem a nossa Constituição Federal, que estabelece em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da condenação, vale dizer, todos devem ser considerados inocentes, e assim tratados, até a decisão final, contra a qual não caiba mais recursos. Esse é o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido em nossa Carta Magna, o qual deveria ser garantido pelo próprio STF.

A Corte Suprema tem como principal atribuição, como tribunal constitucional que é, a de ser a guardiã da Constituição Federal e, nessas decisões, o que se verifica é exatamente o oposto, pois foi negado o primado da presunção de inocência, flexibilizando-o, contrariando, assim, nossa Carta Magna.

O Brasil vive hoje uma grave crise, e nestes tempos da chamada operação Lava Jato, mais do que nunca, deve-se observar com rigor o cumprimento da nossa Lei Maior, até porque sem o respeito à Constituição Federal não há caminhos num Estado Democrático de Direito. Vale dizer, todos devem estar sob o império da lei, especialmente, repita-se, da Lei Maior.

Nosso sistema penal, desenvolvido à luz do aperfeiçoamento legislativo e da própria jurisprudência, sedimentou-se no equilíbrio entre o poder estatal e o cidadão que a ele se submete, de modo que esse equilíbrio foi obtido por meio das garantias individuais conferidas pelo constituinte em nossa Constituição de 1988.

Dentre essas garantias, uma que se pode admitir como cláusula pétrea é exatamente a da presunção de não culpabilidade. Assim, negando-a verifica-se o abalo no sistema penal, que se desequilibra, fortalecendo o Estado em detrimento do cidadão.

Também não se admite que o Congresso Nacional venha mutilar nossa Carta Magna por meio de Emenda Constitucional, visando a diminuir as garantias individuais. Apesar de inadmissível, já houve uma proposta, formulada pelo ex-presidente do STF, ministro César Peluso, apresentada por meio de um Projeto de Emenda Constitucional, conhecido como PEC do Recursos, que levou ao Congresso Nacional exatamente essa proposta do início da execução da pena em segundo grau, projeto que foi fragorosamente rejeitado.

Nos tempos de Lava Jato, diante da mobilização da opinião pública, leiga, verifica-se uma revolta popular contra o sistema recursal, como se este servisse para procrastinar o processo, na busca da impunidade, quando, na verdade, o sistema recursal existe porque a justiça é realizada por homens, portanto, falível, pois falível é o homem. Assim, quem investiga pode se equivocar, como também quem acusa, além de quem julga, que também pode errar, servindo os recursos para diminuir, o quanto possível, a margem de erro.

Neste ponto, registra-se manifestação do próprio ministro Marco Aurélio, que traz um percentual de aproximadamente 30% de reformas de decisões pelos tribunais superiores, o que leva à conclusão de que 30% das pessoas condenadas em segundo grau e encarceradas a partir de então serão inocentadas, restando efetiva prisão injusta, violenta e promíscua, como gravame irreparável em suas vidas. Assim, somente este dado já deveria ser suficiente para o STF rever sua posição.

Muitos outros argumentos poderiam ser trazidos para demonstrar o desacerto do STF nestas decisões, e, hoje, o próprio ministro Gilmar Mendes demonstra a mudança de sua posição, diante do desastre provocado pelo encarceramento prematuro.

Por derradeiro, admitindo-se que o tempo é o senhor de tudo, resta observar que, no afã de se “ouvir as vozes das ruas”, ocorreu a condenação de Jesus Cristo, bem como a expansão do nazismo, dentre outros tantos erros históricos cometidos. Desse modo, há que se reconhecer que erros judiciais graves são cometidos, e a prisão executada provisoriamente, a partir de decisão de segundo grau, soma-se a eles.

Fica a esperança, portanto, de toda a comunidade jurídica, que o nosso STF, formado por ministros competentes e experientes, revejam sua posição e que ouçam somente a voz da nossa Constituição Federal, restabelecendo o inabalável e inflexível primado constitucional e democrático da presunção de inocência. 



ARQUIVO PESSOAL

LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO é advogado criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo por três gestões (2004/2006 – 2007/2009 – 2010/2012), conselheiro federal da OAB e presidente de honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

Sigilo bancário quebrado pela e-Financeira é ilegal e inconstitucional

■ POR MÁRCIO MAUÉS



Em recente julgamento realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema reconheceu, ao julgar cinco processos que questionavam o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do contribuinte não têm caráter absoluto.

No julgamento, os ministros do Supremo decidiram que o sigilo bancário poderá ser quebrado sem ordem judicial nos casos em que houver processo administrativo fiscal instaurado, para apurar eventual ilícito tributário, conforme previsto pelo artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

A decisão, entretanto, não retirou do Poder Judiciário a competência exclusiva de quebrar o sigilo bancário do contribuinte caso não haja processo administrativo instaurado pela Receita Federal.

A verdade é que o Supremo Tribunal Federal não legitimou o livre acesso ao sigilo bancário do contribuinte. A regra permanece sendo o sigilo bancário. A exceção decorre das hipóteses em que houver processo administrativo instaurado para apurar ilícitos tributários, quando deve ser assegurado ao contribuinte o direito de replicar as informações fornecidas pelas instituições financeiras, bem como a

“A e-Financeira permanece ilegal, imoral e inoportuna, mesmo após a decisão do STF, pois a Instrução Normativa RFB nº 1571/2015 permite que as operações financeiras dos contribuintes sejam informadas de forma continuada, no caso de não existir fundamento jurídico para a devassa nas contas do contribuinte e independentemente de existir processo administrativo.”

ampla defesa para impugnar ou recorrer de eventual libelo fiscal, fundamentado em provas produzidas unilateralmente pela Receita Federal, conforme dispõe o inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Como exposto, o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o contribuinte tem o direito de não ter o seu sigilo bancário acessado, sem o devido processo legal, e conhecimento prévio sobre as provas produzidas através das informações fornecidas pelas instituições financeiras.

Em decorrência da novel decisão do Supremo Tribunal Federal, o contribuinte poderá questionar no Poder Judiciário o acesso ao seu sigilo bancário com fundamento na Instrução Normativa da Receita Federal nº 1.571/2015, já que o ato administrativo determina que operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil devem ser informadas mediante a apresentação da e-Financeira, independentemente da existência de processo administrativo fiscal e de indícios de ilicitude tributária, conforme dispõe o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

Deve ser destacado que, apesar da Instrução Normativa RFB nº 1571/2015 ter sido instituída com fundamento no artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001, esta extrapolou os preceitos normativos da lei ao permitir que as operações financeiras dos contribuintes sejam informadas sem a existência de qualquer processo administrativo fiscal.

Além disso, a Instrução Normativa RFB nº 1571/2015 retirou do Poder Judiciário a competência exclusiva de quebrar o sigilo bancário do contribuinte, no caso de não haver processo administrativo fiscal instaurado para apurar eventual ilícito tributário, conforme previsto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988.

Como permitir que as operações financeiras dos contribuintes sejam informadas independentemente de qualquer indício de ilicitude tributária e sem ordem judicial?

Não se pode admitir que a Instrução Normativa RFB nº 1571/2015, sob o pretexto de regulamentar e interpretar a Lei Complementar nº 105/2001, modifique a norma para facilitar o acesso da Receita Federal a informações sigilosas, já que as instruções normativas não podem inovar o ordenamento jurídico, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade disposto no inciso II do art. 5º da CF/88.

Percebe-se, portanto, que ao legitimar o livre acesso ao sigilo bancário do contribuinte, a Instrução Normativa RFB nº 1571/2015 permitiu o monitoramento constante das operações financeiras, sem que existam indícios de sonegação fiscal e decisão prévia do Poder Judiciário, para analisar de forma imparcial a conveniência da medida extrema.

Em decorrência disso, não se pode aceitar que a Receita Federal, parte integrante da relação jurídica tributária, solicite informações sobre operações bancárias por meio de obrigação acessória instituída por ato administrativo, que viola o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, o artigo 5º, XII, da CF/88, e parte do pressuposto de que todas as pessoas físicas e jurídicas são sonegadasoras.

Como legitimar ato administrativo que usa meios ilícitos para atingir finalidades fiscais?

A conduta do Fisco é, no mínimo, imoral, pois a vontade do Estado de arrecadar não pode sobrepujar a lei, já que o artigo 37 da Constituição Federal é claro ao dispor que a Administração pública de qualquer dos Poderes deverá obedecer, entre outros, os princípios da moralidade e da legalidade. Como o ato administrativo é imoral, deve ser submetido ao crivo do Poder Judiciário para que este decrete a sua invalidade e não mantenha em vigor norma administrativa que restrinja direitos e garantias constitucionais e que viole a Lei Complementar nº 105/2001.

O Poder Judiciário deve afastar o estado de exceção imposto pelo Fisco, que concentra poderes e ainda ameaça a ordem constitucional democrática com a justificativa infundada de realizar a justiça fiscal.

Nesse sentido, entende-se que a e-Financeira permanece ilegal, imoral e inoportuna, mesmo após a decisão do STF, pois a Instrução Normativa RFB nº 1571/2015 permite que as operações financeiras dos contribuintes sejam informadas de forma continuada, no caso de não existir fundamento jurídico para a devassa nas contas do contribuinte e independentemente de existir processo administrativo. 



MÁRCIO MAUÉS é advogado especialista em Direito Tributário.

A face obscura da prisão preventiva

■ POR ANA PAULA OLIVEIRA DE SOUZA

O termo “cautelar” pode ser empregado no sentido de preservar, conservar ou garantir determinados direitos.

As medidas cautelares no processo penal têm como finalidade garantir o regular desenvolvimento do processo. São medidas destinadas à tutela do processo e podem ser conceituadas como instrumentos restritivos de liberdade, com caráter urgente e provisório, sendo diversas da prisão, durante a persecução penal, como forma de controle e acompanhamento do acusado, desde que necessárias e adequadas a cada caso concreto.

Tais medidas gozam de quatro principais características, quais sejam: 1) provisoriedade; 2) revogabilidade; 3) substitutividade; e, 4) excepcionalidade.

O Direito Romano é dito como o berço das medidas cautelares. Ali, as medidas tinham por objetivo proteger os direitos substanciais. Já no período medieval estas eram utilizadas essencialmente para manter o acusado preso.

Entre as medidas cautelares tem-se a prisão preventiva – um modal de prisão sem pena de natureza cautelar –, cujo objetivo é privar o indivíduo de atividades que tenham relação com o crime do qual seja acusado, além de poupar a sociedade de nova incidência deste.

A prisão preventiva é um mal necessário que deve ser utilizada apenas em casos extremados. A prisão cautelar é a *ultima ratio*, ou seja, somente pode ser decretada quando não houver outras medidas eficientes para a contenção do *periculum libertatis*. Este é um dos pontos mais sensíveis das prisões cautelares

No Brasil, o modal de prisão supramencionado vem sendo utilizado não mais como exceção, mas sim como regra. Neste sentido, as linhas que se seguem buscam analisar o lado obscuro da prisão preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA

Uma das medidas cautelares mais utilizadas no Brasil é a prisão preventiva. Tem-se aí uma medida extremada, uma vez que encarcera um indivíduo que ainda não foi condenado.



O instituto da prisão preventiva possui natureza de medida cautelar, de modo que não pode ter por objetivo antecipar a punição do acusado, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. O Código de Processo Penal (CPP) – Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, ao disciplinar a matéria cautelar procurou se adequar no sentido de preservar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Não são raras as vezes em que nos deparamos com a seguinte fundamentação: para defender a utilização da prisão provisória, no caso de uma futura sentença condenatória, o tempo cumprido na prisão cautelar será descontado do montante da pena. Assim considerado, é possível afirmar que um ovo de galinha é um pinto mesmo antes de ser chocado pela galinha, uma vez que se antecipa o resultado da ação.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em reiterados julgados, discorda da utilização dessa medida em análise, conforme se vê no trecho do artigo de Toron (2016):

[...] que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, com fins punitivos, da prisão cautelar, pois esta não se destina a punir o indiciado ou o réu, sob pena de manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, com a consequente (e inadmissível) prevalência da ideia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo (HC 93.883/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.); *apud*: HC 100.430; DJ 27.08.2012).

Portanto, de acordo com o estudo desenvolvido por Yarochevsky (2015) tem-se que:

A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.

A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (RTJ 180/262-264, Rel. Min. Celso de Mello).

A prisão preventiva é uma medida cautelar, restritiva de liberdade, que pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal pelo juiz, de ofício, no curso da ação penal, a requerimento do Ministério Público (MP),

“No Brasil, tem-se a tradição do uso excessivo da privação de liberdade. Em regra, se pune para, somente depois, proceder a averiguação dos fatos. As autoridades brasileiras não têm buscado outros meios para apurar a prática delituosa senão por meio da prisão do indivíduo suspeito, sem se importar com a consequência que tal ação possa trazer para o indivíduo encarcerado.”

do querelante ou do assistente ou pela autoridade policial, com a finalidade de garantir a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria.

Neste ponto, é preciso analisar as situações que permitem determinar a prisão preventiva. Assim, tem-se, por exemplo, o Habeas Corpus (HC) nº 137.728/PR, julgado pela Corte Maior, os votos dos ministros Dias Toffoli e Celso de Mello.

Por vezes, a decretação da prisão preventiva sob o fundamento de que a liberdade do acusado ou réu representa risco de reiteração delitiva, motivando-se a ação de cerceamento de liberdade para garantir a ordem pública pode se tornar uma ação de falácia, uma vez que as instituições públicas não são frágeis a ponto de serem ameaçadas por quaisquer tipos de delito.

A prisão preventiva do indivíduo, de fato, tem como finalidade a publicidade de que o sistema judicial é eficaz a ponto de o Estado ter neutralizado o indivíduo infrator. A decretação da prisão preventiva do indivíduo seria, então, o símbolo de um sistema atuante e eficiente no combate à delinquência. Sobre a questão, Zaffaroni, Batista e Slokar (2011, p. 122) assim asseveram:

O poder punitivo supera a perturbação produzida pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, que seria o único que interessa, exprimindo-se na perturbação da vigência da norma, imprescindível para a existência de uma sociedade. Em última instância, o delito ser uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressa através da qual o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante.

O Ministro Dias Toffoli, no HC 137.728/PR, aponta um voto proferido pelo ministro Teori Zavascki, segundo o qual:

Não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade (HC 101537, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011).

Ademais, a prisão preventiva é uma medida de natureza cautelar, podendo somente ser utilizada em casos excepcionais. Seu uso não se dá como mecanismo de antecipação da pena, sem que sejam esgotados os motivos que tenham

conduzido sua decretação. Neste sentido, entende o ministro Dias Toffoli no HC 137.728/PR que:

Toda a medida de coação determinada poderá ser substituída por outra que se mostre mais adequada e eficiente diante das novas situações naturalmente proporcionadas pela passagem do tempo, seja para recrudescer, seja para minorar a restrição. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398). A referibilidade está intrinsecamente ligada ao critério da atualidade: os pressupostos que autorizam uma medida cautelar devem estar presentes não apenas no momento de sua imposição, como também necessitam se protrair no tempo, para legitimar sua subsistência” (Inq nº 3842/DF, de minha relatoria, julgado em 3/8/15).

Entretanto, têm-se os casos em que a prisão preventiva se faz necessária, desde que não caiba outra medida menos gravosa e que tenha uma margem de certeza da culpabilidade do acusado. Assim, a prisão preventiva seria um mal necessário, utilizada apenas em situação extremada.

De fato, o STF também tem decidido no sentido de que, havendo prova da materialidade do fato delituoso e constatada a existência de meros indícios de autoria, desde que concretamente ocorrente, conforme o art. 312 do CPP, torna-se legítima a decretação da prisão preventiva pelo Poder Judiciário, sem que ocorra afronta ao princípio da presunção de inocência, uma vez que tal medida cautelar, em casos extremos, encontra abrigo constitucional (STF HC n. 137.728/PR. Relator: Ministro Teori Zavascki).

Segundo Medeiros (2010, online), a prisão preventiva, de fato, é uma medida excepcional, que pode efetivar-se desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação da referida modalidade de tutela cautelar penal.

A FACE OSCURA DA PRISÃO PREVENTIVA

O direito à liberdade é o direito fundamental mais importante do ser humano. É previsto na Constituição Federal (CF) de 1988, como regra, sendo a prisão uma medida excepcional.

De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen – 2014), o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo – relação que se dá devido ao alto índice de presos provisórios.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em levantamento realizado junto aos Tribunais de Justiça dos Estados, 34% da população carcerária brasileira era composta por presos provisórios, ou seja, têm-se quase 221 mil indivíduos presos antes de serem julgados em primeiro grau jurisdicional, sem possibilitar a observação de que estes poderiam responder ao processo em liberdade.

No Brasil, há uma banalização da prisão preventiva – que deveria ser utilizada como medida excepcional – uma vez que a medida vem sendo utilizada como primeira alternativa. Assim, primeiro se prende, para, então, processar o indivíduo – o que tem contribuído para o aumento da população carcerária. A banalização do instituto conduz, sem dúvida, à hipertrofia do sistema penal.

O clamor da população assentado no fundamento da garantia da ordem pública é um dos fatores que mais influencia o aumento da prisão cautelar. Sobre a questão, Rogério Schietti Machado Cruz (2011, p. 25) destaca que tal mecanismo tem sido utilizado como uma rápida resposta do poder público para a sociedade em relação aos desvios criminais, passando uma falsa ilusão de segurança e credibilidade das instituições públicas.

Lopes Júnior e Rosa (2015, online) ressaltam que o conceito da prisão para garantia da ordem pública é muito vago, quando da necessidade de se ficar atendo a manobras de fundamentação da prisão preventiva por meio da medida em questão.

A opinião pública, em geral, é influenciada pelos meios de comunicação, muitas vezes com informações distorcidas da realidade. Neste sentido, assim entendeu o ministro Celso de Mello:

O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. (RTJ 187/933-934, Rel. Min. Celso de Mello).

Além do excesso de mandados de decretação de prisão preventiva influenciados pelo clamor público, é preciso atentar para a questão da seletividade na interpretação quanto aos requisitos da prisão preventiva no Brasil, conforme os dados disponibilizados pelo Infopen. De acordo com o levantamento de 2014, têm-se como perfil dos presos provisórios indivíduos homens, negros, pobres, menos escolarizados, sem acesso a defesa e reincidentes.

Sobre a questão, Cruz (2011, p. 16) atenta que: “A justiça é como uma serpente: só morde os descalços”.

Como exemplo, é possível destacar o caso do ajudante de pedreiro Heberon, mencionada por Ziemkiewicz (2013), que, sem antecedentes criminais, em 2003, foi acusado por seu vizinho de ter arrastado uma criança para o quintal e a estupro. Na ocasião, ainda havendo divergência em relação às características físicas de Heberon e do suspeito, bem como a argumentação de Heberon de que não poderia ser ele o autor do crime, pois estava em outro bairro da cidade, ninguém acreditou.

Na ocorrência, as autoridades não se deram ao trabalho de verificar se seria verdade que ele estaria em outro bairro. Por conseguinte, depositaram Heberon na cadeia por quase três anos, mesmo este tendo jurado inocência.

Atrás das grades, o rapaz presenciou diversas rebeliões, entrou em depressão, foi abusado sexualmente e contraiu o Vírus HIV. A Defensoria Pública, então, assumiu o caso e alertou o promotor que tinha prova da inocência de Heberon, quando, então, o juiz que decretou a prisão do rapaz pediu desculpas pela injustiça, concedendo a liberdade.

Mas Heberson nunca mais seria um homem livre. Estigmatizado pelo rótulo de ex-presidiário, tentou, sem sucesso, emprego e, sete anos após sua absolvição, permanecia desempregado, perambulando pelas ruas, catando latinha e consumindo pedras de oxi, a nova droga que se alastra pelo Brasil e que pode ser mais mortal do que o crack. Segundo Heberson, ele morreu quando o fizeram pagar por um crime que não cometeu.

Também é possível destacar a história de Daniele, também contada por Ziemkiewicz (2013), que, em 2008, foi acusada de matar a filha com cocaína na mamadeira. Ela ficou presa por 37 dias. No presídio, Daniela foi agredida por 12 colegas de cela até desmaiar, uma vez que a reconheceram de uma reportagem na televisão. Como consequência das agressões, ela perdeu visão e audição. Passados 37 dias, foi descoberto que o pó branco, na verdade, era remédio para controlar as crises convulsivas do bebê. Atualmente, ela está desempregada e vive em casa de parentes.

A título de esclarecimento, as duas vítimas mencionadas do desvirtuamento da prisão preventiva eram negras, pobres e de baixa escolaridade.

No Brasil, tem-se a tradição do uso excessivo da privação de liberdade. Em regra, se pune para, somente depois, proceder a averiguação dos fatos. As autoridades brasileiras não têm buscado outros meios para apurar a prática delituosa senão por meio da prisão do indivíduo suspeito, sem se importar com a consequência que tal ação possa trazer para o indivíduo encarcerado.

A prisão é o caminho mais fácil que o Estado encontra para solucionar um problema de ordem criminal. Porém, é uma via que produz marcas profundas com a decretação da prisão preventiva e a etiquetagem do indivíduo preso.

Assim, não se podem furtar as palavras de Cruz (2011, p. 30), que assevera:

[...] seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contrapudencente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte, insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e dasambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas. [...] no caso das cautelares ainda podemos considerar outros malefícios, dada a instabilidade do período da estada carcerária, não há interesse em qualquer investimento pedagógico sobre a pessoa do preso, que permanece aguardando ou a revogação de sua prisão, ou a confirmação de sua pena, para possa saber quando tempo de pena lhe resta a cumprir.

Os presos provisórios são colocados com aqueles que já foram condenados, sem separação por grau de infração. Muitas vezes, um preso provisório é colocado junto de organizações criminosas, que logo os agencia. Muitos dos presos agenciados pelas referidas organizações são primários, de bons antecedentes. Assim, se houvesse uma política criminal eficiente, estes não voltariam à prática delituosa. De fato, a prisão perverte o indivíduo.

É preciso refletir que, atualmente, os requisitos para a aplicação da prisão preventiva são manejados de acordo com a conveniência do julgador ou da sociedade que pressiona o julgador.

CONCLUSÃO

Os desvios da prisão cautelar são compreensíveis quando se analisa friamente a história humana desde a sua criação no que diz respeito à punição. Neste sentido, vale recordar a Bíblia sagrada, já que no livro de Gênesis tem-se a história em

que Eva e Adão comeram do fruto proibido e, Deus, como punição, os expulsou do jardim do Éden. Não lhes foram ofertados pelo criador outros mecanismos senão a punição imediata.

Cada cidadão também é responsável pela dura tradição de penalizar sem ao menos ofertar outras medidas alternativas diversas da punição. Quando, por exemplo, as crianças cometem algum tipo de travessura, logo são castigadas, em vez de se sentar e conversar com elas a fim de procurar entender o motivo da travessura. Assim é o Estado: ele está mais interessado em aprimorar os meios de punição ao invés de buscar meios para evitar que determinados atos lesivos à sociedade ocorram novamente.

Sem dúvida, a prisão preventiva assola a vida do indivíduo e influencia no sistema penitenciário, contribuindo para o aumento da população carcerária. **■**

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014*. Brasília, 2014.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 137.728 Paraná*. Paciente: José Dirceu de Oliveira e Silva. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 11 de outubro de 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus nº 118.580 São Paulo*. Paciente: Ronaldo Pimentel Magalhães. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 09 de julho de 2013.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOPES JÚNIOR, A.; ROSA, A. M. Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva. In: *Consultor Jurídico*, 06 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordempubli-ca-fundamento-prisao-pre-ventiva>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- MEDEIROS, P. P. G. A inconstitucionalidade da vedação à concessão de liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei n. 11343/06. In: *Jus*, outubro de 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14563/a-inconstitucionalidade-da-vedacao-a-concessao-deliberdade-provisoria-prevista-no-artigo-44-da-lei-n-11343-06>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- TORON, A. Z. O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.01.PDF>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- YAROCHEWSKY, L. I. Prisão preventiva não deve ter fins punitivos. In: *Consultor Jurídico*, 19 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; SLOKAR, A. W. *Direito Penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZIEMKIEWICZ, N. Histórias que assustam a ONU. In: *Isto É*, 12 de abril de 2013. Disponível em: <http://istoe.com.br/290269_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU/>. Acesso em: 10 jul. 2017.



ANA PAULA OLIVEIRA DE SOUZA é Pós-graduanda do curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do IDP.

MP nº 774/2017 – insegurança jurídica no fim do regime de desoneração da folha de pagamentos

■ POR RAFAEL SANTIAGO ARAUJO



Em 2011, o governo federal criou o “Plano Brasil Maior”, que consistia em uma série de medidas destinadas ao incentivo de determinados setores da economia, com o intuito de fomentar a produtividade nacional. Nesse cenário, em substituição à contribuição previdenciária sobre a folha de pagamentos (art. 22, I, da Lei nº 8.212/91) adveio a Lei nº 12.546/2011, estabelecendo a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), cujas alíquotas variavam conforme a atividade econômica exercida pela entidade empresarial (art. 7º da Lei nº 12.546/2011), e tinha seu prazo predeterminado para vigorar até dezembro de 2014.

Todavia, em razão dos bons resultados ocasionados pela criação da referida contribuição, o governo federal editou a Medida Provisória nº 651/2014, posteriormente convertida na Lei nº 13.043/2014, a fim de tornar a sua vigência por prazo indeterminado.

Já no ano de 2015, a Lei nº 13.161 majorou as alíquotas da CPRB, mas tornou o regime de sua apuração facultativo, podendo o contribuinte adotar o regime mais benéfico. Tal opção poderia ser manifesta no mês de janeiro de cada ano calendário, ou no momento de abertura da matrícula CEI para obras de construção civil.

Vale ressaltar que a opção pelo regime de apuração da CPRB detinha o caráter de irretratabilidade. Isto é, uma vez escolhida, o contribuinte deveria garantir a opção pelo regime até o fim do ano calendário (§§ 13 e 16, do art. 9º, da Lei nº 13.161/2015).

Dessa forma, uma empresa que, em janeiro de 2017, ou na abertura da matrícula CEI no decorrer do mesmo exercício, tiver optado pelo regime de apuração previsto na aludida norma legal deve mantê-lo até dezembro do ano corrente.

Em que pese o caráter irretratável concedido ao contribuinte pela Lei nº 13.161/2015 (§§ 13 e 16, art. 9º), o governo federal editou a MP nº 774, de 30 de março de 2017, excluindo a CPRB da opção de diversos setores da economia nacional sob o argumento de que o Estado necessita de imediatos recursos financeiros para reduzir o déficit previdenciário e equilibrar as contas públicas. Os efeitos da referida medida de urgência passaram a ser aplicados a partir do dia 1º de julho de 2017.

Ou seja, malgrado a opção irretratável realizada pelos contribuintes em janeiro do presente exercício, com a edição da MP nº 774/2017, a partir de 1º de julho, estes passaram a ser submetidos ao retorno da apuração da contribuição previdenciária nos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991, mesmo que isso implique aumento da carga tributária suportada pela empresa.

Entretanto, não é de difícil constatar que a opção praticada pela empresa, em janeiro de 2017, pela aplicação da CPRB para todo o exercício fiscal, trata-se de ato jurídico perfeito e direito adquirido, consoante a dicção do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).

O que se observa na atitude advinda do governo federal ao editar a MP nº 774/2017 é nítida afronta ao princípio constitucional da segurança jurídica, que consiste em garantir aos cidadãos estabilidade e certeza de que não haverá surpresa nas normas reguladoras de suas condutas em sociedade.

Nas palavras do ilustre professor Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 84), “há princípios e sobreprincípios, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras”, enquadrando-se a segurança jurídica na categoria de sobreprincípio.

Por seu turno, segundo o magistério do eminente jurista Humberto Ávila (2011, p. 110), o princípio da segurança jurídica é dotado de três aspectos basilares, os quais, na sua visão, compõem um sistema jurídico inteligível, a saber:

- a) **cognoscibilidade:** deve ser possível ao cidadão ter conhecimento das normas reguladoras de sua conduta;
- b) **confiabilidade:** ao cidadão deve ser possível confiar no direito, de modo a ser preservado o que já se conquistou no passado; e
- c) **calculabilidade:** é a previsibilidade das consequências dos atos praticados e o tempo no qual essas consequências incidirão.

Para melhor compreensão e visualização do momento de violação ao princípio da segurança jurídica perpetrada pela MP nº 774/2017, vale a digressão sobre alguns fatores componentes do princípio da proteção da confiança, o qual antecede o momento de ação daquele sobreprincípio. São eles:

- a) **base da confiança:** deve haver uma base de confiança, *in casu*, a exemplo, a edição da Lei nº 13.161/2015, mais especificamente o seu art. 9º, §§ 13 e 16.

Isso porque, a princípio, não há motivo para que o contribuinte desconfie de um ato normativo sancionado pelo chefe do Executivo federal, cuja aparência não denota qualquer ilegalidade;

- b) **exercício da confiança:** o contribuinte deve ter exercido a sua confiança, de modo que ela venha se materializar através dos empreendimentos realizados no desenvolver de sua atividade econômica etc.;
- c) **confiança frustrada:** mudança do comportamento estatal em relação a um comportamento anteriormente adotado. Mudança de entendimento, interpretação etc. *In casu*, o ato arbitrário decorrente da edição da MP nº 774/2017, excluindo a opção pela CPRB de diversos ramos de atividade econômica, em total desconsideração ao caráter irretroatável veiculado pela Lei nº 13.161/2015.

Aliás, não é sequer razoável crer que a irretroatabilidade pregada pela Lei nº 13.161/2015 deve ser observada pelo contribuinte, mas no que toca ao Estado esta observância tem caráter facultativo e razão de incentivar também a violação ao princípio da isonomia.

Ocorridos tais fatores, entra em cena a violação ao princípio da segurança jurídica.

Para concluir com os ensinamentos do festejado professor Ávila (2011, p. 360), o princípio da proteção da confiança pode ser descrito nos seguintes termos:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para a sua configuração, a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público [...].

Portanto, espera-se que o Poder Judiciário, como já tem procedido ao conceder algumas medidas liminares em resposta ao anseio dos contribuintes prejudicados pela edição da MP nº 774/2017, consolide os fatos pretéritos, em homenagem ao sobreprincípio da segurança jurídica, em respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, garantindo às empresas a permanência no regime de apuração da CPRB até o fim do ano calendário de 2017. ❏

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12. ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: DP, n. 16, p. 79-103, 2007.



ARAUJO PESSOAL

RAFAEL SANTIAGO ARAUJO é advogado tributarista no Escritório Correa Porto Advogados; bacharel em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul; cursando Master of Law (LL.M.) em Direito Tributário pelo INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa; membro efetivo da Comissão Especial do Contencioso Administrativo Tributário da OAB/SP (2017/2018) e da Comissão do Jovem Advogado da 104ª Subseção da OAB/SP.



Um combate mal-ajambrado à corrupção

■ POR JOSÉ-RICARDO PEREIRA LIRA

“Urge a revisão de toda a legislação de combate à corrupção no Direito brasileiro, para que se lhe dê a necessária organicidade, hoje inexistente. A medida deve ser adotada como forma de garantir a função social da empresa.”

Sempre que há conflito armado em determinado país, os comentaristas de plantão se dividem em duas correntes. Enquanto os defensores do *status quo* qualificam seus opositores como terroristas, os simpatizantes do grupo que luta pelo poder referem-se aos integrantes do movimento como guerrilheiros. São todos combatentes. Porém, dependendo do narrador, teremos um guerrilheiro ou um terrorista.

Segundo alguns, o mesmo ocorreria no âmbito da colaboração – ou delação – premiada. Dependendo de quem tratar do assunto, o criminoso será um colaborador ou um delator. Os que veem o novo regime legal com restrição optam pela expressão “delação premiada”, que remete ao dedo-durismo condenado nos bancos escolares. Já os que dão por legítimo o procedimento preferem “colaboração premiada”, justamente para evitar a carga pejorativa que recai sobre um dedo-duro, ou “delator”. “Colaborador” soaria mais suave.

Obviamente, essa polêmica, que se desenrola no campo da semântica, sem consequências práticas, não chega a ser importante, mas parece válido aqui mencioná-la, a título de curiosidade.

UM NOVO RAMO DO DIREITO EMPRESARIAL

No aspecto jurídico, em que abundam efeitos concretos, trava-se um debate ainda embrionário sobre o novo instituto, com as atenções centradas em sua face criminal. Poderia o Judiciário entrar no mérito do acordo de colaboração premiada firmado pelo Ministério Público com o criminoso? Poderia o relator do processo judicial homologar, em caráter definitivo, o acordo de delação premiada, ou a decisão dependeria de convalidação pelo respectivo órgão colegiado? Em que circunstância a delação ou colaboração premiada, uma vez homologada pelo relator, pode ser revista pelo colegiado, sob o fundamento da ilegalidade de suas cláusulas?

Atinentes ao processo penal, essas são questões cruciais para a sedimentação do procedimento. E, talvez por isso, já estejam em estágio avançado de reflexão, nos debates travados no STF. Aliás, há poucos dias, um de seus julgados, ainda pendente de publicação, conferiu ao relator o poder de homologar, monocraticamente, um acordo de colaboração premiada. Resta saber se a decisão será fonte de formação de uma esperada jurisprudência pacífica. O tempo melhor dirá.

O certo, por ora, é que o estudo da política brasileira de combate à corrupção, em perspectiva ampliada, revela uma longa jornada a transcorrer, na busca de uma legislação orgânica, que proporcione segurança jurídica às diferentes partes enredadas com o infamante crime. E o caminho rumo à estabilidade do sistema passa por outro instrumento, muito em voga, mas extremamente mal regulado e ainda pouco discutido nos Tribunais, a saber: o “acordo de leniência”, que cuida das responsabilidades civil e administrativa das empresas envolvidas em atos de corrupção.

Para iluminar o caos que impera na área, imagine-se um ato de corrupção relacionado a uma fraude licitatória. Uma única ocorrência dessa natureza atrai um arsenal legislativo, com múltiplas regras sobre ressarcimento de danos e imposição de multas milionárias e bilionárias, entre outras penalidades, como a decretação da inidoneidade da empresa para contratar com o poder público.

Segundo a legislação, ou mesmo com base em interpretações ousadas da legislação, estão legitimados a manusear essas poderosas regras, de forma independente, órgãos como MPF, AGU, TCU, CGU, CADE, para falar apenas da esfera federal, além das estatais lesadas, entre outras autoridades, inclusive estaduais e municipais.

Na verdade, um mesmo fato pode suscitar a incidência da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei Orgânica do TCU, da Lei de Licitações e Contratos, ou da Lei de Defesa da Concorrência, sabendo-se que o CADE considera que toda licitação é um mercado relevante, a desafiar sua atuação sempre que concernir à cartel. *Last but not least*, teríamos a recente Lei Anticorrupção.

Nesse cenário multifacetado, o problema maior que se apresenta é o da empresa que faz acordo de leniência com o MP. Mesmo homologado no Supremo Tribunal Federal, tal acordo não afasta as penalidades que lhe podem ser aplicadas pela CGU, ou pelo CADE, segundo suas respectivas legislações. Da mesma forma, acordos firmados com a CGU ou com o CADE não impediriam a ação do MP contra a empresa envolvida na corrupção, relativamente ao mesmo fato julgado pelos diferentes órgãos.

Assim, por exemplo, a Lei Anticorrupção confere à CGU a competência para aplicar penalidades nos casos que especifica. Idem quanto ao TCU e o Ministério Público de Contas. Igualmente quanto ao CADE, que age sem subordinação ao membro do MPF com assento no Conselho. Já no tocante ao Ministério Público ... Bem, essa é outra história. Tudo dependerá da aceitação, ou não, de um arrojado processo hermenêutico, que se socorre da analogia para reputar derogado um preceito legal que expressamente proíbe que o MP celebre acordos do gênero. Veremos a peculiar questão logo adiante.

COMO LIDAR COM O EMARANHADO

Realizou-se, dia desses, o julgamento no TCU de um cartel submetido à Operação Lava Jato. As empresas estavam todas amarradas a delações premiadas de seus dirigentes e a provas complementares que tornavam inidúscula a ocorrência dos crimes. Parte das empresas cartelizadas havia celebrado acordo de leniência com o Ministério Público Federal, contemplando ressarcimento à estatal lesada e o cumprimento de penalidades mitigadas. As remanescentes não contavam com o escudo de um acordo dessa natureza.

O TCU, avaliando o caso e o conteúdo do acordo de leniência, decretou a inidoneidade de todas as empresas do cartel. Com relação às que não tinham firmado acordo, aplicou a pena máxima, de cinco anos de proibição de contratar com o poder público. Quanto às demais, a pena – também de impedimento de contratações governamentais – compreendeu período inferior, justamente por terem celebrado o acordo de leniência com o MPF.

É curioso notar que, por ocasião do julgamento, o relator ponderou não fazer grande diferença impor uma pena de inidoneidade de cinco ou de dois anos a empresas que dependem, para a sua sobrevivência, da prestação de serviços ao poder público. Equiparou as hipóteses à pena de morte da pessoa jurídica, diferindo, uma da outra, apenas no *modus operandi* da execução. Parte das empresas seria morta com rajadas de metralhadora; cada uma das outras, por um tiro de revólver calibre vinte e dois.

Metáfora afora, o relator reconheceu a dificuldade em que se encontrava, eis que a Lei Orgânica do TCU não prevê acordo de leniência, possuindo, ao revés, regra expressa no sentido de que, comprovada a fraude à licitação, o Tribunal de Contas deverá decretar a inidoneidade da empresa.

Recorrendo, então, ao que seria uma tendência do Direito brasileiro, o Tribunal concluiu que as empresas que firmaram o tal acordo teriam suas penas suspensas,

devendo promover, em certo prazo, uma espécie de “recall”, consistente na subscrição de um termo aditivo a seus acordos com o MPF, para incluir no respectivo instrumento o valor arbitrado pelo TCU para ressarcimento de danos, com renúncia ao direito de recorrer a Juízo contra os termos do aditivo. E concluiu: uma vez paga a indenização, a pena administrativa seria redimida.

Significa dizer que as empresas celebraram acordo de leniência com o MPF, mas o acordo não resolveu a situação junto ao TCU. Afinal, não fosse a interpretação benevolente que conferiu à sua legislação, o Tribunal teria decretado a inidoneidade das empresas, com ou sem acordo com o Ministério Público Federal.

Mas não é só. O próprio acordo com o MPF foi celebrado para garantir o ressarcimento dos cofres públicos e afastar penalidades previstas na Lei de Improbidade. Todavia, essa lei contém norma explícita que veda a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de competência do Ministério Público.

Para lidar com essa realidade, o aludido acordo foi firmado a partir de uma engenhosa interpretação da lei que instituiu a colaboração premiada. A tese é a seguinte: se a lei da delação premiada permite que, em acordo com uma pessoa física, o MP renuncie a seu direito de processar criminalmente o indivíduo, em troca de informações valiosas, não seria razoável concluir-se pela vedação à possibilidade de o MP realizar acordo com a pessoa jurídica envolvida, para reduzir sua penalidade, também em troca de informações úteis. Com essa construção, reputou-se tacitamente derogada a proibição à transação estabelecida na Lei de Improbidade Administrativa.

Eis a regra da Lei de Improbidade Administrativa que teria sido derogada pela Lei da Delação Premiada: “art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Sintetizando, o TCU liberou algumas das empresas cartelizadas da declaração de inidoneidade, desde que assinassem termo aditivo ao tal acordo com o MPF, firmado com base na revogação tácita do citado § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa. E, para tanto, desconsiderou o teor do art. 46 de sua Lei Orgânica, que assim estabelece: “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

Ademais, o acordo com o MP também não impede que a CGU decrete a inidoneidade das empresas do cartel, exija perdas e danos e imponha multas e outras penalidades com fundamento na Lei Anticorrupção. Adicionalmente, o acordo com o MP não constitui óbice a que o CADE também aplique penalidades e deveres ressarcitórios previstos em sua legislação específica.

De outro lado, nenhum desses acordos impediria que as empresas lesadas ajuizassem ações de perdas e danos, observando-se que os órgãos aqui mencionados não procedem a uma efetiva liquidação de danos, recorrendo, em regra, ao arbitramento da indenização, donde surge outra perplexidade: se o pagamento da indenização é pressuposto para o acordo (e essa regra está expressa na Lei Anticorrupção), o que ocorrerá com ditos acordos se a empresa lesada, ao liquidar o dano, em concreto e minuciosamente, apontar quantia maior. Os acordos perderiam efeitos?

Por fim, pensemos nos minoritários das empresas envolvidas, quer das sociedades de economia mista prejudicadas, quer daquelas signatárias dos acordos de leniência. Segundo a legislação, nenhum dos citados acordos obstará o ajuizamento de ações indenizatórias pelos lesados, ou por associações de classe pertinentes, podendo-se pleitear, em ação civil pública, até eventuais danos morais coletivos.

Em suma, só há um jeito de lidar com esse emaranhado de leis, multas e legitimados a pleitos indenizatórios e punitivos: reescrevendo a legislação, para conferir-lhe organicidade, de forma a preservar a função social das empresas, que geram empregos, tributos e circulação de riquezas, a ninguém interessando a quebra dessas organizações, ainda que se deva exigir o efetivo afastamento dos sócios e dirigentes envolvidos em atos de corrupção.

O segredo da solução do imbróglio talvez esteja na escolha do órgão que celebrará o superacordo oponível aos demais. Afinal, parece impróprio pretender que todos assinem o instrumento. E, pela leitura dos jornais, contendem no momento pelo superpoder o MP e a CGU.

Trata-se, evidentemente, de uma luta política, que precisa ser enfrentada. De fato, o equacionamento jurídico do assunto não demanda grandes elaborações. Bastaria, entre outros ajustes pontuais, a revogação expressa do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa e, bem assim, a alteração do art. 30 da Lei Anticorrupção, de modo a poder ser definida a autoridade que concentre os poderes para celebrar o acordo de leniência de efeitos plúrimos.

Atualmente, o artigo 30 da Lei Anticorrupção tem a seguinte redação:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

- I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e
- II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

A Medida Provisória nº 703, de 2015, sugeriu a seguinte alteração para esse dispositivo:

Art. 30. Ressalvada a hipótese de acordo de leniência que expressamente as inclua, a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

- I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992;
- II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011; e
- III – infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011.

Nesse caso, a Medida Provisória – que merece um escrito à parte – optou pela concentração do poder na CGU. Poderia tê-lo feito no MP. Como disse, é uma questão de política legislativa.

Essas, e muitas outras reflexões, precisam ser feitas. Um exemplo final: por que a legislação só admite acordo com a primeira empresa que procura a autoridade capaz de assinar a leniência? E se o MP ou a CGU ou o CADE acreditar que deve

fazer o acordo com a segunda que chegar? Não teriam esses órgãos, como tutores do interesse público, legitimidade para decidir entre fazer ou não fazer o acordo?

NOTA SOBRE A OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE CONTROLADORAS, CONTROLADAS E COLIGADAS

A Lei Anticorrupção cria responsabilidade solidária entre a empresa beneficiária do ato de corrupção e suas controladoras, controladas e coligadas. Regime análogo – mas diferente – já existia na Lei do CADE.

Como se sabe, a propósito, a Lei Anticorrupção instituiu entre nós as responsabilidades civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica, que passou a responder pela prática do ato ilícito de um indivíduo (sócio, dirigente, empregado ou terceiro) sempre que se beneficie de seus efeitos, independentemente de culpa ou dolo da pessoa jurídica. Além da responsabilidade objetiva, a Lei estabeleceu, também, a referida responsabilidade solidária.

Essa solidariedade legal, porém, dá origem a uma série de dúvidas que comprometem, agora também sob esse outro ângulo, a segurança jurídica de quem precisa recorrer ao sistema anticorrupção brasileiro. Eis algumas das indagações geradas pelo novel diploma legal:

- primeira: poderia a responsabilidade solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico ser afastada no acordo de leniência? Em caso afirmativo, o que ocorrerá se o acordo for rescindido por inadimplemento, já tendo as responsáveis solidárias sido alienadas a terceiros de boa-fé?
- segunda: se a própria empresa beneficiária do ato de corrupção for alienada a um terceiro, este – como o novo controlador – assumirá a condição de devedor solidário da dívida ainda pendente de pagamento? E o antigo controlador, permanecerá como devedor solidário, ou será substituído pelo novo controlador?
- terceira: qual a *ratio* da inclusão, entre os coobrigados, da coligada da empresa beneficiária da corrupção? Observe-se que, para os fins da lei sob análise, “diz-se coligada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais do capital da outra, sem controlá-la”, conforme o art. 1.099 do Código Civil, aplicável à espécie por força do art. 46 da Lei nº 11.941, de 2009. Ora, definitivamente, não parece justo com o controlador dessa empresa – inteiramente estranho ao grupo da beneficiária da corrupção – que sua controlada seja responsabilizada por ato de um minoritário, que nenhuma ingerência tem em sua gestão, por definição da própria lei, ao utilizar a expressão “sem controlá-la”.

Há diversas outras perplexidades promovidas pela Lei Anticorrupção, ao tratar, por exemplo, de consórcio de empresas ou de incorporações societárias, entre tantas outras, as quais devem ser reservadas para comentários em uma futura oportunidade.

CONCLUSÃO

Urge a revisão de toda a legislação de combate à corrupção no Direito brasileiro, para que se lhe dê a necessária organicidade, hoje inexistente. A medida deve ser adotada como forma de garantir a função social da empresa. 



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ-RICARDO PEREIRA LIRA é advogado. Sócio do escritório Lobo & Ibeas Advogados.

Holding familiar como opção de planejamento sucessório



■ POR AMANDA BOGUS

“O planejamento sucessório é um dos pilares que embasam a constituição de uma *holding* familiar em razão de permitir que, previamente ao falecimento dos membros de uma família, se determine com cautela a transferência de bens aos herdeiros, adotando-se as medidas mais adequadas à sucessão.”

Um dos grandes desafios para uma família que tenha acumulado recursos financeiros, em matéria de planejamento sucessório, consiste em garantir a continuidade dos negócios e a preservação do patrimônio consolidado, de modo a proporcionar segurança aos herdeiros, com o seu devido direcionamento e no momento apropriado.

Sobretudo diante de um cenário socioeconômico instável, como o atual, é primordial buscar soluções para o melhor gerenciamento do patrimônio familiar para preservá-lo ao longo dos anos e das gerações.

Não há dúvida de que um planejamento cuidadoso é indispensável para a manutenção patrimonial. Neste contexto, a constituição de uma *holding* familiar pode ser uma boa opção para assegurar a preservação do patrimônio conquistado, evitando os transtornos da sucessão hereditária e oferecendo uma estrutura jurídica apta a reduzir, em conformidade com a legislação, a carga tributária incidente sobre um espólio.

Denomina-se “holding familiar” a sociedade que detém os bens da família e que pode participar de outras sociedades que integrem o patrimônio familiar. Por

meio dela, uma única entidade pode controlar boa parte do patrimônio, além de diversas atividades econômicas de uma família.

O planejamento sucessório é um dos pilares que embasam a constituição de uma *holding* familiar em razão de permitir que, previamente ao falecimento dos membros de uma família, se determine com cautela a transferência de bens aos herdeiros, adotando-se as medidas mais adequadas à sucessão.

Desta forma, garante-se desde cedo a solidez do patrimônio familiar e seu resguardo contra muitos imprevistos ou vicissitudes, tais como divórcio, falecimento inesperado de um dos membros da família ou desentendimentos entre eles. Além disso, evita-se também a necessidade de inventário ou discussão judicial sobre um eventual testamento, inclusive os decorrentes custos e os tributos aplicáveis, bem como o desgaste com a demora em sua conclusão, uma vez que os processos podem arrastar-se por anos, especialmente se os herdeiros não chegarem a um acordo quanto à distribuição dos bens.

Antecipar a sucessão e a solução de questões sucessórias pode se dar com a constituição de uma sociedade (*holding* familiar) cujo capital pode ser integralizado mediante aportes de bens móveis e imóveis que constituem o patrimônio da família. Após integralizadas as quotas da sociedade, os quotistas podem doá-las, ou seja, cedê-las e transferi-las gratuitamente a seus herdeiros, na proporção que considerarem conveniente, respeitando os limites da parte disponível e da legítima.

Para evitar a interferência de terceiros no patrimônio, a doação pode ser gravada com cláusulas restritivas de direito, por exemplo, de usufruto, incomunicabilidade, inalienabilidade e reversibilidade.

A reserva de usufruto permite que o doador disponha dos frutos dos bens e os administre enquanto em vida, sendo que o donatário (herdeiro) só poderá fazê-lo ao fim do usufruto, em princípio quando do falecimento do doador.

Por sua vez, a cláusula de incomunicabilidade impede que os bens recebidos pelo donatário sejam repassados, por exemplo, ao seu cônjuge em caso de divórcio ou falecimento. Esta cláusula é pertinente, sobretudo, quando o donatário é casado sob o regime de comunhão de bens, no qual o cônjuge tem direito aos bens recebidos pelo outro por meio de herança ou doação.

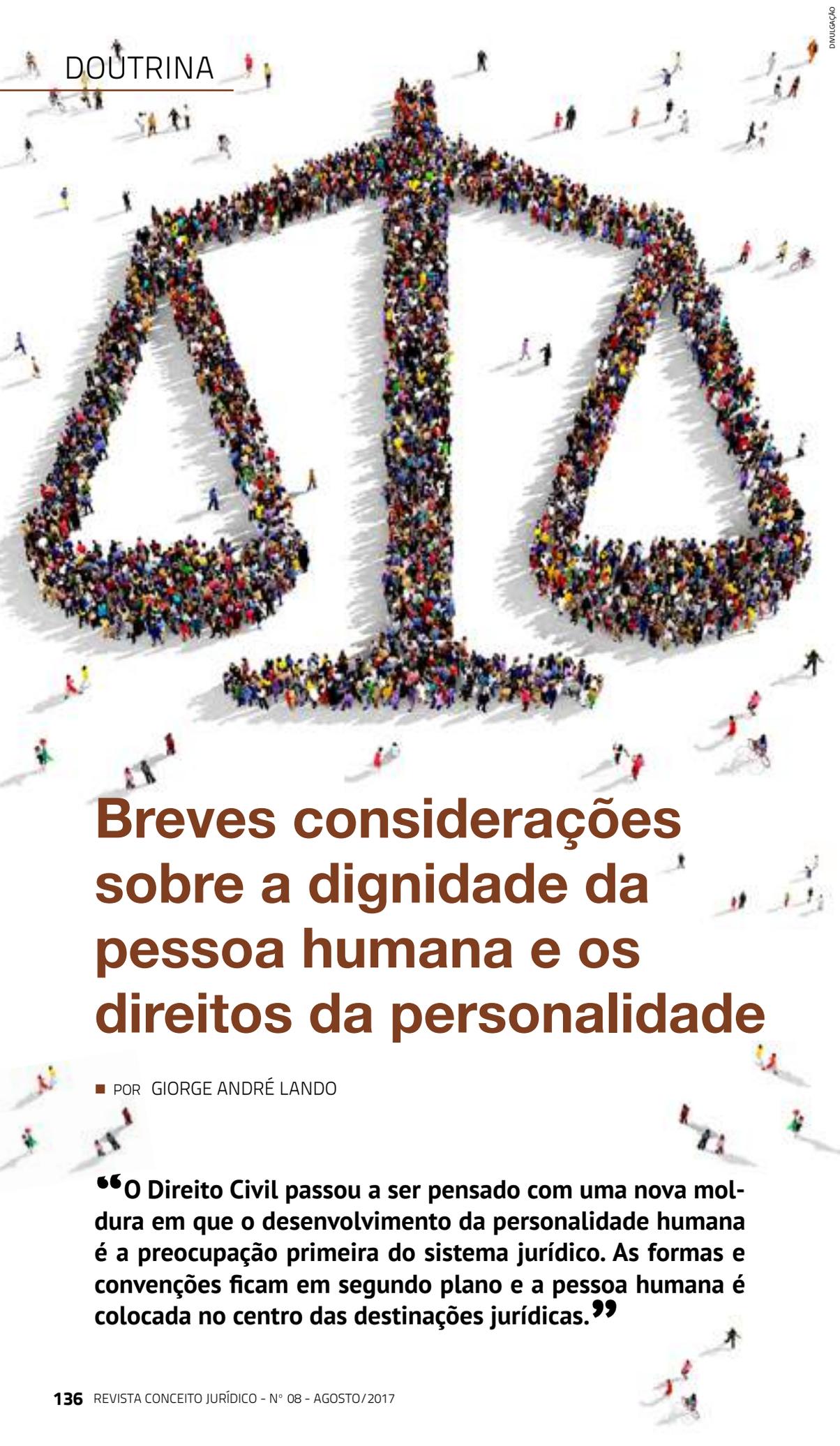
Sendo a doação gravada com a inalienabilidade, o bem doado não poderá ser alienado (vendido ou doado) pelo donatário ou penhorado, enquanto vigente a restrição imposta pelo doador.

Por fim, a cláusula de reversibilidade garante que o bem doado retorne ao doador, caso o donatário venha a falecer antes dele.

Ressalte-se ainda que a *holding* familiar é uma alternativa legal para a redução da carga tributária que incidiria em um processo sucessório “normal”, no âmbito de um inventário ou mesmo, sendo o caso, da abertura de um testamento. Advirta-se, entretanto, que, a fim de garantir a efetividade de tal benefício, faz-se necessária uma análise detalhada de cada caso e a adoção de medidas específicas voltadas a otimizar a organização fiscal do patrimônio particular, por meio de uma racionalização da carga tributária, em consonância com a legislação aplicável. **C**



AMANDA BOGUS é advogada, bacharel em Direito pela UniCuritiba e pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Integra o Departamento Societário da Andersen Ballão Advocacia.



Breves considerações sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade

■ POR GIORGE ANDRÉ LANDO

“O Direito Civil passou a ser pensado com uma nova moldura em que o desenvolvimento da personalidade humana é a preocupação primeira do sistema jurídico. As formas e convenções ficam em segundo plano e a pessoa humana é colocada no centro das destinações jurídicas.”

É de público conhecimento que o Código Civil de 1916 representou um importante papel no sistema jurídico brasileiro, tanto que era denominado pelos juristas de “Constituição do Direito Privado”. O referido Código foi promulgado no Brasil, com discurso semelhante ao da edição do Código Civil francês, de 1804, com a promessa de que tal diploma traria centralizadas todas as normas necessárias para sanar as mazelas da sociedade, correspondentes às relações privadas, promovendo, desse modo, a completude, a certeza, a previsibilidade e a segurança do ordenamento jurídico. Contudo, a completude, a certeza e demais características do Código Civil brasileiro revogado foram perdendo espaço para a necessidade de promulgação de leis esparsas ou extravagantes para regular novas demandas que surgiam com os movimentos sociais e a industrialização. Mesmo assim, sem perder a “majestade”, o Código Civil de 1916 seguia a Lei Geral, reguladora das relações privadas, fundada na doutrina individualista e na promoção da garantia legal das relações patrimoniais.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 teve um significado singular para o Direito Civil. Primeiro, porque a Constituição passou a dar unidade ao sistema jurídico, retirando do Código Civil de 1916 essa função exercida tacitamente. A partir dela, nasceu no Brasil o fenômeno doutrinário denominado “constitucionalização do Direito Civil”, que significou a adequação do Direito Civil aos novos valores inaugurados naquela Constituição. Ademais, possibilitou a aplicação de princípios constitucionais diretamente nas relações privadas, pois o Código Civil de 1916 não fez referência a utilização de princípios entre as suas normas. A constitucionalização do Direito Civil operou mudanças importantes que auxiliaram na sua revitalização, sem, contudo, alterar a sua natureza e matérias.

Entre as modificações, consideradas relevantes, promovidas pela Constituição a favor do Direito Civil, deve ser mencionada a tutela dos direitos da personalidade, os quais eram desconhecidos do Código Civil de 1916, ou seja, não havia previsão expressa de dispositivos fazendo referência a tais direitos, com exceção do artigo 666, que tratava de direitos autorais. A Constituição Federal de 1988 tratou da classe dos direitos fundamentais de forma ampla, em vários dispositivos, espalhados pelo referido diploma, sem se esquecer dos direitos da personalidade, espécies de direitos fundamentais. Ao disciplinar os direitos da personalidade na Constituição Federal, o constituinte demonstrou que a pessoa natural ou física deve ser a preocupação primeira do sistema jurídico, tanto que estão relacionadas no artigo 1º, II e III, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Enquanto o atual Código Civil não nascia, os direitos fundamentais, bem como sua espécie, direitos da personalidade, eram aplicados no Poder Judiciário para a resolução de conflitos pertencentes ao âmbito do Direito privado. O Código Civil de 2002 foi promulgado com capítulo específico para os direitos da personalidade. Como no referido documento não os legisladores não foram ousados, uma vez que restringiram-se a tratar sobre a disposição do corpo, nome e pseudônimo, direito de imagem e de privacidade, não se pode considerar que os dispositivos seriam taxativos. Pelo contrário, o legislador apenas fez constar algumas hipóteses de direitos da personalidade, pois sabia não ser possível fazer a previsão de todos os direitos da personalidade que existem e que ainda surgirão. Nesse sentido, o atual Código Civil acatou as modificações proporcionadas pela Constituição Federal, e colocou a pessoa como centro do sistema jurídico civil, e o patrimônio em segundo plano.

A TRANSIÇÃO

O Direito privatista sempre se apresentou com grande preocupação em relação a interesses patrimoniais, especialmente durante o período histórico de vigência do liberalismo econômico. O Direito privado era assim classificado por tratar das relações jurídicas correspondentes aos particulares entre si ou entre os particulares e o poder público, desde que estes não estivessem atuando no exercício de suas funções de poder estatal. Ressalte-se que as questões patrimoniais, por um tempo razoável, marcaram as referidas relações jurídicas regidas pelo Direito privado. A diferenciação entre Direito privado e Direito público nunca foi muito bem esclarecida. De acordo com Perlingieri (2002, p. 53): “Esta distinção, que já os romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses”.

O Estado Liberal significou para o Direito privado a exclusividade ao arbítrio pelos agentes, o que restou refletido no Código Civil brasileiro de 1916, considerado eminentemente individualista e patrimonialista. O diploma tinha preocupação obsessiva pela proteção patrimonial. A propriedade privada e a liberdade contratual chegaram a merecer uma tutela absoluta, apenas relativizada nos casos em que fosse verificada nos negócios jurídicos a presença de objeto ilícito ou finalidade ilícita. Portanto, poucas vezes foi possível identificar, na legislação civilista revogada, a preocupação em proteger as pessoas inseridas nas relações jurídicas, uma vez que o foco dessa lei eram os protagonistas com interesses patrimoniais, ou seja, o antigo Código não nominava de pessoas, os sujeitos de direito, mas de proprietário, contratante, marido e testador, realidade modificada com a Constituição Federal de 1988 (TEPEDINO, 1999).

Segundo Fachin (2000, p. 84-85), tal situação é resultado da própria formulação do conceito de relação jurídica, da qual se extrai a presença de pessoas. “[...]. No entanto, essa ideia de pessoa não recolhe uma informação a partir de um sujeito em concreto [...]”. Pelo contrário, “[...] a relação jurídica, classicamente moldada, leva em conta uma noção abstrata e genérica das pessoas [...]”. Logo, ao mesmo tempo em que o conceito de relação faz pensar que todas as pessoas possam titularizar relações jurídicas em razão da abstração e generalidade da pessoa, observa-se a ocorrência do inverso. Conforme afirma o autor, essa concepção está afastada do sentido da realidade, uma vez que somente são sujeitos de direitos aqueles indicados pelo Direito, deixando de considerar as verdadeiras necessidades fundamentais da pessoa concreta. Percebe-se, desse modo, que a relação jurídica era mais importante que a própria pessoa nela inserida.

No entanto, a estabilidade e a segurança que o Código Civil de 1916 deveria proporcionar duraram pouco tempo. A legislação que tinha como ideal reger todas as situações jurídicas de interesse de particulares foi gradativamente redefinida. Tepedino (1999, p. 4) esclarece que:

Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes no século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o Direito Civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.

Em decorrência dos referidos fatos surgiram situações não previstas pela legislação codificada, e o monopólio do Código Civil foi desfeito pela necessidade de interferência do Estado na elaboração de leis especiais. Na intenção de manter a ideia de que o Código continuaria como detentor soberano na disciplina das relações privadas, as leis especiais foram denominadas “leis emergenciais”, atribuindo ao Estado a possibilidade de intervir quando as circunstâncias obrigassem, porém sem retirar por completo do Código Civil o título de legislação única. Em pouco tempo, as leis especiais, que deveriam ser editadas circunstancialmente, acabaram se tornando uma constante no ordenamento (TEPEDINO, 1999).

Outros fatores foram consolidando o uso de leis especiais pelo Estado, acarretando o fenômeno conhecido como descodificação do Direito Civil (PERLINGIERI, 2002). É interessante, porém, destacar que as Constituições posteriores ao Código Civil de 1916 foram inserindo normas que estabeleciam deveres sociais no desenvolvimento da atividade economicamente privada, o que ensejou que o tal Código, pouco a pouco, perdesse o título de Constituição de Direito privado. As leis passaram, então, a garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado. As leis especiais proporcionaram uma nova visão aos institutos de Direito privado, uma vez que, enquanto o Código se detinha no sujeito, aquelas se concentravam nas atividades desenvolvidas pelo sujeito e nos riscos dessas atividades.

Ocorre que as leis editadas pelo Estado deixaram de regular exclusivamente aspectos especiais e passaram a tratar integralmente de determinadas matérias, antes pertencentes apenas ao Código Civil. As referidas leis, que disciplinam as matérias do Código Civil, fazem-no em consonância com os interesses sociais protegidos pelo Estado que nasceu com a Constituição Federal de 1988. No entendimento de Farias e Rosenvald (2012, p. 65): “Na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional”. É importante o entendimento de que o processo de constitucionalização do Direito Civil não está resumido à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. De acordo com Lôbo (2008, p. 21), o significado mais relevante é:

[...] o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: (a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; (b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais.

A verdade é que a atual Constituição abarcou uma significativa gama de matérias de Direito, que foram além da organização, estrutura e competências do Estado. A Constituição também incide nas relações jurídicas privadas, antes disciplinadas unicamente pelo Código Civil, o que permitiu ao Estado regulamentar, por meio de leis, matérias inteiras de modo setorial, sem limitar-se ao Direito substantivo, pois também inseriu tipos penais, normas de Direito processual e Administrativo, fase conhecida como a “era dos estatutos”. Para tanto, as leis posteriormente editadas devem estar conectadas com a Constituição, haja vista que:

[...] ao disciplinar diversos institutos nitidamente civilistas (como família, a propriedade, o contrato, dentre outros), o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos. Em outras palavras, ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), além da *erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos* (art. 3º, III e IV), a *Lex Fundamentallis* de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o direito privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 42).

A Constituição Federal instaurou, a partir dos princípios fundamentais supra-mencionados, a (re)personalização do Direito Civil, bem como de toda ordem jurídica brasileira, na qual a pessoa passa a ser compreendida como um ser concreto dentro das relações jurídicas. Nesse sentido, não apenas os direitos subjetivos ditados pela norma civil são da titularidade da pessoa, mas também outros direitos, antes considerados não direitos (FACHIN, 2000). É certo que o Direito Civil permaneceu como ramo responsável por regulamentar a vida privada, e a pessoa continua sendo a figura central da ciência civilista, contudo, completamente desligada do individualismo liberal em que o valor necessário da realização da pessoa era a propriedade. A nova face do Direito Civil é talhada no desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Conforme argumenta Lôbo (2006, p. 110): “A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser, e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar”. A própria responsabilização civil, que antes era extremamente patrimonial, atualmente, ainda que de forma tímida, vem ganhando contornos de despatrimonialização, com fundamento na satisfação do lesado com o cumprimento da sanção socioeducativa e na preocupação com a preservação da dignidade humana do ofensor.

A PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A constitucionalização do Direito Civil ocorre em razão da sujeição das normas e institutos privados aos princípios e regras constitucionais. “Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do Direito – o público e o privado – interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso” (TARTUCE; OPRAMOLLA, 2003, p. 8). A Constituição ensejou a necessidade de uma releitura de conceitos e institutos clássicos, e também se verificou que era imprescindível a elaboração de novas categorias jurídicas, relativas à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais. Para tanto, na edição do Código Civil de 2002, observa-se, por intermédio dos seus paradigmas atualizados, a influência dos novos valores constitucionais, especialmente o princípio da dignidade humana, que é conteúdo presente nas diretrizes a serem perseguidas para a proteção da pessoa humana nas relações privadas.

A dignidade é um valor que não pode ser economicamente apreciável. Kant (2002, p. 65) ensina que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Portanto, enquanto a dignidade do ser humano não tem valor venal, todas as outras coisas que são destacáveis da pessoa de seu titular tem um valor patrimonial, ou seja, podem ser vendidas por preços diferentes, bem como podem ser trocadas por outras de igual valor. A dignidade não pode ser destacada, pelo contrário, ela é inerente à pessoa e, sendo a mesma em todas as pessoas, a dignidade se torna fundamento para os direitos da personalidade. É baseado nessa igualdade de dignidade existente no ser humano que o autor afirma ainda ser indevido compreender a pessoa como um meio – guiado pela vontade do outro (KANT, 2002). A dignidade como fundamento dos direitos da personalidade os caracteriza como espécies intransmissíveis e irrenunciáveis, para que a sua disposição seja considerada inválida, mesmo quando as pessoas queiram dispor deles.

Hironaka (2005, p. 207) explica que a pessoa humana é um sujeito ético, porque existe no mundo como ser moral, dotado de senso moral e, por isso mesmo, apta a emitir juízos morais, e isso se trata de uma condição humana natural das pessoas. Segundo a autora, nenhum fator externo é capaz de interferir ou alterar a condição própria das pessoas de ser sujeito ético. Por tais razões, pode-se afirmar que o Estado jamais poderá legislar a consciência ou a vontade das pessoas, as quais são livres. Contudo, o Estado deverá utilizar o seu poder para agir contra os erros da vontade humana na vida civil, reproduzindo sanção e reparação.

As liberdades de consciência e de manifestação de vontade, próprias do ser humano, também são decorrência da personalidade jurídica que se atribui às pessoas. Não cabe ao Estado, ou a qualquer outro indivíduo, nem mesmo à própria pessoa, dispor de direitos oriundos da personalidade jurídica. É certo que se trata da competência do Estado regulamentar a capacidade das pessoas naturais e, para isso, utiliza-se de critérios, como a idade, a saúde e o desenvolvimento mental ou intelectual. Ademais, tal regulamentação é feita com a finalidade de protegê-las, o que explica a classificação de capacidade de direito e de capacidade de fato.

Contudo, o Estado não pode retirar do ser humano a atribuição de personalidade jurídica ou criar uma hierarquia com categorizações de personalidade, pois, quanto à personalidade jurídica, sua classificação está limitada à existência e fim. Um homem que se encontra em estado de coma, mesmo inconsciente, sem reflexos ou sensibilidade, ainda assim tem a mesma personalidade jurídica de outra pessoa que não esteja enquadrada na referida situação, porque a personalidade jurídica está fundamentada na dignidade da pessoa humana, e, sendo esta igual em todos os seres humanos, não é possível fazer diferenciações.

Não é segredo que a dignidade da pessoa humana é o princípio maior firmado na Constituição de 1988, que para Sarlet (2001, p. 42) é entendido como

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as

condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Da forma como é exposto por Sarlet, é possível perceber que o princípio da dignidade humana promove o entrelaçamento das regras acerca da personalidade jurídica, haja vista que considera o ser humano centro de todo o sistema jurídico. A personalidade jurídica, portanto, não deve limitar-se a definir o sujeito de direito, porque, uma vez vinculada à dignidade humana, ela proporcionará um mínimo de direitos fundamentais reconhecidos à pessoa para que esta possa desfrutar de uma vida digna.

Porém, a personalidade jurídica como atualmente é compreendida, ou seja, primeiramente bem jurídico da pessoa, da qual se irradiam garantias e direitos fundamentais mínimos para o desenvolvimento da personalidade do ser humano de modo digno, não pertencia ao Código Civil de 1916, o qual nem mesmo fazia menção aos direitos decorrentes da personalidade. A personalidade se restringia a definir as pessoas como sujeitos de direitos, devido ao fato de que na História Antiga os referidos direitos praticamente não foram desenvolvidos. O pouco estudo sobre o tema não promoveu o interesse das gerações que se seguiram e, quando expostos documentos legais relacionados ao assunto, verificava-se que a proteção da personalidade se apresentava sempre muito tímida.

A Segunda Guerra Mundial marcou a necessidade da reconstrução do conceito de pessoa, ou, nas palavras de Perlingieri (2002), na tentativa de reconstruir o conceito de “valor” da pessoa, denominado personalismo, cuja influência nos sistemas jurídicos considerados democráticos ensejou a atribuição de dignidade ao homem como indivíduo, isoladamente. Fachin (2007) explica que a dignidade humana atribuída às pessoas e prevista nos diplomas legais era apenas de ordem formal. Porém, teria sido suficiente para criar a disciplina das noções de personalidade, ato jurídico e capacidade.

Após a II Guerra Mundial, assustados com os horrores praticados pelos nazistas, os Estados passaram a inserir em seus ordenamentos jurídicos normas para assegurar direitos da personalidade humana. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira legislação a trazer, de modo significativo, normas com conteúdo referente à proteção dos direitos da personalidade, entre as quais, exemplificativamente, pode ser citado o artigo 5º, incisos V, X e XLI. Um pouco mais tarde, o Código Civil de 2002 reconheceu, expressamente, os direitos da personalidade nos artigos 11 a 21. É certo que os dispositivos ora citados não têm a intenção de esgotar os direitos da personalidade, portanto estão estampados no Código Civil de forma ilustrativa, como bem lembra Reale (2013, p. 2) ao afirmar que: “Nada mais acrescenta o Código, nem poderia enumerar os direitos da personalidade, que se espraiam por todo o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal [...]”.

Farias e Rosendal (2012) comentam a respeito de ordenamentos jurídicos de muitos Estados, os quais, com a finalidade de tornar mais efetiva a dignidade humana, inscreveram nos textos constitucionais os direitos da personalidade. Os autores afirmam que existe um movimento no sentido de realizar a constitucionalização da proteção ampla e irrestrita da personalidade humana ao citarem as experiências espanhola, italiana e a brasileira. No caso do Brasil, os direitos da

personalidade estão inseridos no artigo 5º da Constituição Federal, portanto, assegurados como direitos fundamentais para a existência da pessoa.

Entre os direitos fundamentais está o direito à vida, expressamente protegido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Observa-se no referido dispositivo que o direito à vida é citado primeiro e, na sequência, outros direitos fundamentais são relacionados, como a liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Isso se deve ao fato de os demais direitos somente poderem ser exercidos em decorrência da efetividade do primeiro.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

A categoria dos direitos da personalidade é considerada uma formulação recente, “porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *dike kakegorias*, na Grécia” (DINIZ, 2007, p. 116). Nem todos os doutrinadores, porém, têm a mesma opinião. Sampaio (1998, p. 49) explica que:

[...] foi apenas na “Idade Média que o homem, voltando-se mais para o mundo sobrenatural e cultuando a espiritualidade, através de uma busca interior, tomou consciência de sua própria personalidade e, via de consequência, da necessidade de sua proteção.

Também na Idade Média que foi encontrada a Magna Carta (1215), a qual já assegurava algumas garantias legais contra a violação de direitos. Todavia, no Renascimento e no Humanismo, no séc. XVI, e no Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, que:

[...] se “reconhece o indivíduo como valor central do direito e se desenvolve a teoria dos direitos subjetivos como tutela dos interesses e dos valores fundamentais da pessoa, admitindo-se, como objeto desses direitos, a própria pessoa humana (AMARAL, 2006, p. 254).

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 141) apresentam de forma resumida três elementos históricos que contribuíram para o desenvolvimento dos direitos da personalidade:

- a) O *advento do cristianismo*, em que se ressalta a idéia de dignidade do homem como filho de Deus, reconhecendo a existência de um vínculo interior e superior, acima das circunstâncias políticas que determinavam em Roma os requisitos para o conceito da pessoa (*status libertatis, status civitatis e status familiae*).
- b) A *Escola do Direito Natural*, que assentou a concepção de direitos inatos ao ser humano, correspondentes à sua natureza, e a ela unidos de forma absoluta e preexistente ao reconhecimento estatal.
- c) A *filosofia iluminista*, que realçou a valorização do indivíduo em face do Estado.

Tepedino (1999) acrescenta que os direitos da personalidade são uma categoria de direitos subjetivos, derivados de elaborações doutrinárias germânicas e francesas da segunda metade do século XIX. O autor esclarece ainda que tal categoria de direitos era compreendida como direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e à sua integridade. Não havia, porém, uma unanimidade quanto ao referido pensamento, ou seja, havia autores que criaram

teorias que negavam a possibilidade de implemento da categoria dos direitos da personalidade, entre os quais o mais citado é Savigny:

No século XIX, Friedrich Carl Von Savigny, em *System des heutigen Römischen Rechts* [Sistema de direito romano atual], negou estatuto científico à categoria sob exame, por considerá-la uma *contradictio in terminis*: o homem não poderia dispor de seu próprio corpo ou alienar direitos sobre sua vida ou sua existência (MIRANDA; RODRIGUES JÚNIOR; FRUET, 2012, p. 14).

Entretanto, as críticas desfavoráveis aos direitos da personalidade aos poucos foram sendo superadas. E os horrores do holocausto nazista motivados pela Segunda Guerra Mundial:

[...] despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade. Laços de solidariedade formaram-se em torno do propósito maior de preservação da humanidade (SCHREIBER, 2011, p. 6).

A preocupação em proteger os direitos subjetivos e a conseqüente inserção da dignidade da pessoa humana são refletidos nos diversos diplomas internacionais e constituições democráticas criados a partir de então, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Convenção Europeia, de 1950; o Pacto Internacional das Nações Unidas, de 1966; a Constituição italiana; a Constituição portuguesa; e a Constituição espanhola, considerados marcos históricos da construção teórica dos direitos da personalidade.

Otero (2009, p. 351) leciona sobre a centralidade constitucional da pessoa humana e elucida que o Direito Constitucional existe em função da pessoa humana, e não do Estado. Portanto, no claro entendimento do autor:

[...] se tudo o que existe no Direito e em função do Homem – incluindo o próprio Estado –, então o fenômeno constitucional nunca poderá deixar de comungar dessa mesma centralidade do humano.

A atual Constituição brasileira faz referência à dignidade da pessoa humana já no primeiro dispositivo legal (art. 1º, III). A inclusão da dignidade humana entre os fundamentos da República deve ser compreendida como um avanço sem par da legislação brasileira. Segundo Schreiber (2011, p. 7):

A dignidade humana tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas.

Além da dignidade da pessoa humana, outros direitos humanos ganharam proteção especial na Constituição e, ao serem positivados com tal finalidade, foram denominados direitos fundamentais. Contudo, entre os direitos fundamentais, existe uma categoria de direitos subjetivos caracterizados por valores essenciais da personalidade humana. É possível, portanto, fazer a classificação dos direitos fundamentais como gênero, enquanto os direitos da personalidade são denominados espécie. O que leva à afirmação feita por Amaral (2006), segundo a qual

todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas o contrário não é recíproco.

Ainda a respeito da introdução da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira faz-se oportuno mencionar o pensamento de Barroso (2008, p. 259-260):

No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização* e uma *re-personalização* do Direito Civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade [...].

Observa-se, desse modo, a importância do princípio da dignidade, não apenas como base inspiradora para a sua existência, mas também para a própria consolidação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo o Código Civil de 1916 não fazendo referência aos direitos da personalidade, França (1988, p. 1025) já se antecipava ao tratá-los de forma geral e os definia como: “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. Tal definição também é defendida por Cupis (1959, p. 13), ao afirmar que a denominação de direitos da personalidade é reservada aos direitos essenciais da pessoa, pois os direitos essenciais se identificam precisamente com os direitos da personalidade, afinal, para o autor, os direitos essenciais da pessoa são o conteúdo dos direitos da personalidade, sem os quais estes últimos estariam incompletos e desprovidos de qualquer valor real. Fachin (2000, p. 102-103) complementa e detalha o pensamento ora esboçado a respeito dos aspectos da pessoa que são objetos dos direitos da personalidade, e ainda divide os direitos em privado e público ao afirmar que:

São direitos que têm uma feição privada por dizerem respeito a um particular, mas a garantia é pública. Direito à liberdade é o direito de um indivíduo, e a tutela desse direito é de ordem pública. Esses direitos personalíssimos, no sentido clássico, nascem e se desenvolvem no âmbito das relações privadas.

Diniz (2007) reconhece nos direitos da personalidade uma dupla dimensão. Segundo a autora, a primeira delas é a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada. A outra é denominada objetiva, e consiste em direitos assegurados legal e constitucionalmente, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos. No entanto, Venosa (2009, p. 171) apresenta uma definição dos direitos da personalidade simples, de fácil compreensão e de grande valor prático, quando leciona que:

Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que esses direitos pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa. São irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se projeta a personalidade.

Conforme já observado por Venosa, os direitos da personalidade são irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, o que significa dizer que existem direitos subjetivos que estão intimamente ligados à vida, os quais não podem ser

renunciados pelo seu titular. Em regra, o titular não tem permissão de renunciar seus direitos da personalidade. É desse modo que o Código Civil atual fez previsão no artigo 11, estabelecendo a irrenunciabilidade desses direitos. Conforme ensina Tartuce (2012, p. 156):

Esse caráter realça a natureza cogente, ou de ordem pública, das normas relacionadas com tal proteção, particularmente as que constam desse capítulo específico da codificação.

Outra característica apontada pela doutrina, de modo geral, e também prevista no já citado artigo 11, é a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, a qual não permite forma alguma de disposição dos direitos da personalidade. Portanto, a proibição se estende a todo tipo de cessão a outra pessoa, por ato gratuito ou a título oneroso. Contudo, Bittar (2003, p. 12) esclarece a possibilidade de abrir exceções, ao lecionar que:

[...] certos direitos da personalidade acabam ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte do seu titular, sem, no entanto, afetar-se seus caracteres intrínsecos.

O autor faz referência a algumas possibilidades de relativização de direitos da personalidade, como é o caso da possibilidade de cessão de direitos patrimoniais dos direitos do autor e da imagem, contudo as mencionadas cessões não podem ser permanentes. O artigo 11 dispõe que os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária. Entretanto, conforme foi relatado no exemplo acima, é possível realizar uma cessão patrimonial do direito de imagem – limitação voluntária – porém, não de forma permanente.

Existem outras características próprias dos direitos da personalidade, mas que o legislador não fez constar nos dispositivos do Código Civil atual. Entre elas, são sempre citados os caracteres inato e o absoluto. Os direitos da personalidade são classificados em duas categorias: os adquiridos e os inatos. Segundo Pereira (2009, p. 204):

Os 'adquiridos' (como decorrência do status individual) existem nos termos e na extensão de como o direito os disciplina. Os 'inatos' (como o direito à vida, o direito à integridade física e moral).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 marcou grande avanço para a matéria da personalidade humana por reconhecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e fazer constar entre os direitos fundamentais a espécie de direitos da personalidade. A dignidade humana prevista no artigo 1º, III da Constituição representa o direito geral de personalidade. É tida como vértice do Estado de Direito, princípio maior que deve ser fundamento para qualquer legislação ou ato realizado. Desse modo, ao consagrar de forma expressa a dignidade da pessoa humana, a Constituição deixou clara a necessidade de tutela e valorização da personalidade e do indivíduo.

Os novos valores implementados pela Constituição implicaram a reinterpretação das relações jurídicas privadas e do indivíduo nela inserido. A possibilidade

de aplicações direta e imediata dos princípios constitucionais em qualquer relação jurídica ensejou a supressão da noção abstrata e genérica das pessoas na relação jurídica, bem como passou a considerar a pessoa concretamente. Assim, a pessoa inserida na relação jurídica passou a ser mais importante que a própria relação.

O Direito Civil passou a ser pensado com uma nova moldura em que o desenvolvimento da personalidade humana é a preocupação primeira do sistema jurídico. As formas e convenções ficam em segundo plano e a pessoa humana é colocada no centro das destinações jurídicas.

O Código Civil de 2002 foi promulgado sob a influência dos novos valores constitucionais, especialmente quanto à dignidade humana, valor inserido no âmbito das relações jurídicas privadas. A despatrimonialização do Direito Civil não significa que as relações jurídicas não sejam mais patrimoniais; na verdade, o novo sentido é o de proteger, prioritariamente, a dignidade da pessoa presente na relação, pois o que vale é atender aos interesses da pessoa. A questão patrimonial pode se apresentar mais ou menos evidente numa ou noutra relação, mas isso é resultado do próprio interesse da pessoa, ou seja, se numa obrigação de indenizar a vítima vier a se satisfazer com um pedido de desculpa, uma retratação do ofensor, a responsabilidade civil será totalmente despatrimonializada, no entanto, em outras circunstâncias, o interesse da vítima pode ser apenas pecuniário.

O Código Civil vigente atribui a personalidade jurídica tanto para a pessoa natural quanto para a pessoa jurídica. No entendimento clássico do instituto, a personalidade jurídica é considerada o primeiro bem jurídico de onde surgem todos os demais direitos da personalidade. A compreensão que se tem a respeito da personalidade jurídica é que apenas à pessoa (natural ou jurídica) pode ser atribuída a qualidade de sujeito de direito e deveres, o que significaria que apenas as pessoas poderiam titularizar relações jurídicas. Na verdade, é possível observar que grupos despersonalizados têm capacidade para titularizar relações, o que significa que a personalidade jurídica não se limita ao conceito clássico de sujeito com capacidade para ser titular de relação jurídica. Tanto que os termos personalidade jurídica e capacidade de exercício ou de gozo de direito têm significados diferentes.

Toda pessoa natural tem personalidade jurídica: trata-se de um valor jurídico atribuído à pessoa para que ela possa reclamar proteção jurídica mínima dos direitos que são próprios da existência humana. Com a personalidade jurídica, nasce a capacidade de direito, o que garante a tutela dos direitos, mas que difere da capacidade de exercício, porque esta dependerá de outros requisitos, além da própria existência da pessoa como idade, saúde e desenvolvimento mental. Portanto, a personalidade nasce com a própria existência humana, no sentido de atribuir direitos da personalidade, para que a pessoa tenha uma vida digna. 

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. O dano à pessoa no direito civil brasileiro. In: *Pessoa humana e direito*. CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). Coimbra: Almedina, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. rev. atual. e aum. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

- CUPIS, Adriano De. *I diritti della personalità*, t. 1. Milano: Giuffrè, 1959.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 1: teoria geral do Direito Civil. 24. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil. *Raízes Jurídicas*. Curitiba, v. 3, n. 1, jan./jun. 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – parte geral e LINDB*. 10. ed. rev., amp. e atual.; Salvador: Editora jusPodivm, 2012. v. 1.
- FRANÇA, R. Limonge. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*, v. I. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (Org.). São Paulo: Atlas, 2008.
- MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: *Direitos da Personalidade*. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). São Paulo: Atlas, 2012.
- OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: *Pessoa humana e direito*. CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). Coimbra: Almedina, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v.1: teoria geral do Direito Civil. 23. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes, de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. 17 de janeiro de 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 12 de julho de 2013.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada – uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2012.
- TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito civil e constituição. In: *Constituição Federal – 15 anos*. Coord.: André Ramos Tavares, Olavo A V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: Método, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, v. 1. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.



Amadeu Roberto Garrido de Paula



A ética política em coma

Em risco está a espécie humana, reconhecamos. Ergamos em nosso fim as armas que nos restam, não as da morte, mas as da vida propiciadas por uma cultura milenar. Nosso belo planeta não merece ficar desertificado. Um milagre o pôs na justa distância do sol, proporcionou a vida por milímetros. Uma vida inteligente, que, porém, não significa voltada para o bem. E o mal que leva ao fim nos ameaça.

Donald Trump é um ditador que brinca de democracia. Blinda-se do sórdido esquema que urdiu com os russos. Deve demitir em agosto seu secretário de Justiça Jeffrey Sessions. Busca, também, um meio de livrar-se de Robert Mueller, consultor especial do FBI. O russo Vladimir Putin teria um “kompromat” (baú de revelações explosivas contra figuras públicas) contra Trump, seu servo. É o que corre em Washington, verdade ou não. Para blindar-se, o déspota norte-americano fará de tudo.

O Judiciário não se intromete nos atos do Executivo, ainda que insanos, em nome da divisão dos poderes, como no Brasil.

Os últimos fôlegos dos justos são a opinião pública e o impeachment. O primeiro se converte em confrontos sangrentos de ruas, prisões etc. O segundo traumatiza qualquer nação por muito tempo, como se viu nos episódios de Nixon, Collor e Dilma. Gera antagonismos sociais, volta-se aos tempos narrados por Virgílio.

Maduro, antes de cair, procura apoiar-se num arremedo de Constituição feita “ad hoc” para seus desígnios de permanecer no poder de uma República falida e esfoameada, agarrado a barris de petróleo. Busca implodir a Assembleia Nacional, na qual a oposição tem maioria. Quem o ameaça? Trump, que ontem impôs sanções a treze venezuelanos e promete mais depois da “Constituinte”, eivada de vícios; poder constituinte “territorial”, “setorial”, por “setores eleitos da sociedade”. Coisa insólita no Direito Constitucional conhecido pelo mundo.

Em suma, o roto e o rasgado.

O mesmo se dá no Brasil. Os membros do Tribunal Eleitoral foram postos para livrar Temer; depois, substituídos os deputados da Comissão de Constituição e Justiça, para novos e dóceis ao Planalto a fim de evitar a queda do presidente. Somente depois da denúncia, o presidente retomará as principais decisões, a exemplo da MP no caso da reforma trabalhista. Estamos paralisados.

Patinamos nós, pobres governados, num pântano moral. Como disse o jornalista Edward Luce, do *Financial Times*, “A política é um jogo sujo, e as possas que jogam lama normalmente também estão cobertas por ela”.

Se não estamos cobertos pela lama e não jogamos o jogo sujo emitimos com insistência e vigor nossas opiniões, por todos os meios possíveis, em tentativas de salvar o futuro deste planeta. 

AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA é advogado e sócio do Escritório Garrido de Paula Advogados.



Na **Prática Forense** você estuda
com os grandes mestres do Direito.

Tel. (61)

3225-6419

www.zkeditora.com.br

 zakarewicz
editora