

---

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
**ASSOCIAÇÃO** DOS  
**MAGISTRADOS**  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 4 • Nº 8

ISSN 2358-0038

2º SEMESTRE • 2016



AMATRA.2

**HOMENAGEM A RICARDO CESAR ALONSO HESPANHOL**

**Coordenação:** Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Xerxes Gusmão  
Diretora de Aposentados, Desembargadora Aposentada Maria Cristina Fisch

**Colaboração:** Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha  
Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone  
Associado Juiz Hécio Adorno Júnior

---

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
ASSOCIAÇÃO DOS  
MAGISTRADOS  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

**ANO 4 • Nº 8**

**ISSN 2358-0038**

**2º SEMESTRE • 2016**



**ESPECIAL:**

**HOMENAGEM A RICARDO CESAR ALONSO HESPANHOL**

**Coordenação:** Diretor Cultural da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Xerxes Gusmão  
Diretora de Aposentados, Desembargadora Aposentada Maria Cristina Fisch

**Colaboração:** Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha  
Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone  
Associado Juiz Hécio Adorno Júnior

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da  
Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos  
Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 4,  
-- n.8 – (2. sem. 2016) – . -- São Paulo, 2016-.

v. : 26cm

Semestral

ISSN: 2358-0038

1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual  
Do Trabalho. I. Associação dos Magistrados da Justiça  
do Trabalho (2. Região)

CDU 34:331(05)

## **CARO ASSOCIADO,**

**C**om muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade a 8ª (oitava) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem ao nosso querido Associado Ricardo Cesar Alonso Hespagnol que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abraços

**FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA**

Presidente da AMATRA-2.



## AMATRA-2

Associação dos Magistrados  
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

### Conselho Editorial:

**Fábio Ribeiro da Rocha** Presidente  
**Marcelo Azevedo Chamone** Vice-Presidente  
**Fábio Moterani** Diretor Cultural  
**Juiz Xerxes Gusmão** Diretor Cultural  
**Patricia Almeida Ramos** Diretora de Prerrogativas  
**Maria Cristina Fisch** Diretora de Aposentados  
**Hélcio Luiz Adorno Júnior** Associado

## AMATRA-2

Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º  
Andar – Barra Funda - São Paulo - SP  
CEP 01139-001 – Telefone: (11) 3392 4996,  
(11) 3392 4997 – Fax: (11)3392 4727

### Arte:

Ariana Assumpção  
ariana.assump@gmail.com

## Diretoria Executiva

Presidente

**Fábio Ribeiro Da Rocha**

Vice-Presidente

**Marcelo Azevedo Chamone**

Diretor Secretário

**Leonardo Grizagoridis Da Silva**

Diretora Financeiro E De Patrimônio

**Cristina Ottoni Valero**

Diretoria Cultural

**Fábio Moterani**

**Xerxes Gusmão**

Diretoria Social

**Isabel Cristina Quadros Romeo**

**Tatiana Agda Júlia Elenice Helena Beloti Maranesi Arroyo**

**Beatriz Fedrizzi Bernardon**

Diretoria De Benefícios

**Valéria Nicolau Sanchez**

**Lávia Lacerda Menendez**

Comissão Disciplinar E De Prerrogativas

Desembargadores

Titular: **Elza Eiko Mizuno**

Suplente: **Silvana Abramo Margherito Ariano**

Juízes Titulares

Titular: **Patricia Almeida Ramos**

Suplente: **Richard Wilson Jamberg**

Juízes Substitutos

Titular: **Katiussia Maria Paiva Machado**

Suplente: **Raquel Marcos Simões**

Diretoria De Esportes E Lazer

**Hermano De Oliveira Dantas**

**Jefferson Amaral Genta**

Diretoria De Aposentados

**Amador Paes De Almeida**

**Maria Alexandra Kowalski Motta**

**Ana Maria Contrucci Brito Silva**

**Maria Cristina Fisch**

Diretoria De Direitos Humanos

**Marcos Scalércio**

**Andre Eduardo Dorster Araújo**

Conselho Fiscal

Titulares

**Magda Cristina Muniz**

**Rodrigo Acuio**

**Renata Simões Loureiro Ferreira**

**Carlos Francisco Berardo**

**Frederico Monacci Cerutti**

Suplentes

**Juliana Eymi Nagase**

Comissão De Juízes Titulares E Substitutos

**Adriana Prado Lima**

**Rogéria Do Amaral**

**Maria Fernanda De Queiroz Da Silveira**

**Juliana Dejavite Dos Santos Pinheiro**

**Diana Marcondes Cesar Kambourakis**

**José Carlos Soares Castello Branco**

Diretoria De Assuntos Legislativos E Institucionais

**Laura Rodrigues Benda**

**Juliana Jamtchek Grosso**

Diretor De Informática

**Luiz Gustavo Ribeiro Augusto**

Representante Do Foro Regional Da Zona Leste

**Aparecida Maria De Santana**

Representante Da Circunscrição De Guarulhos

**Flávio Antonio Camargo De Laet**

Representante Da Circunscrição De São Bernardo Do Campo

**Claudia Flora Scupino**

Representante Da Circunscrição Da Baixada Santista

**Juliana Ferreira De Moraes Azevedo**

Representante Da Circunscrição De Osasco

**Juliana Herek Valério**

## SUMÁRIO

### HOMENAGEM A RICARDO CESAR ALONSO HESPANHOL

HOMENAGEM A RICARDO CESAR ALONSO HESPANHOL – Carla Maria Hespagnol Lima .....	6
---	---

### DOCTRINA

OROSIMBO ANTONIO – Fábio Moterani .....	9
LIMBO NORMATIVO: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR RUÍDO PARA OPERADORES DE TELEMARKETING/TELEATENDIMENTO – Hamilton Hourneaux Pompeu .....	13
NOVA LEITURA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO – Helcio Luiz Adorno Júnior e Ramiro Vasconcelos Muniz .....	17
OS REFLEXOS DA IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO SOBRE A SAÚDE DE SEUS SUJEITOS PROCESSUAIS - Helcio Luiz Adorno Júnior e Ramiro Vasconcelos Muniz .....	28
A TEORIA DA CAUSA MADURA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS NO PROCESSO DO TRABALHO – Ítalo Menezes de Castro .....	38
ACORDO FIRMADO EM DISSÍDIO COLETIVO NÃO FORMA COISA JULGADA EM RELAÇÃO A DISSÍDIOS INDIVIDUAIS – Laura Benda .....	52
ANOTAÇÕES SOBRE A IGUALDADE DE GÊNERO NO DIREITO DO TRABALHO – Marcele Carine dos Praseres Soares. ...	54
A CURVATURA DO ESPAÇO CONSTITUCIONAL: O QUE OS ADVOGADOS PODEM APRENDER COM A FÍSICA MODERNA – Laurence H. Tribe .....	71
DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – Ronaldo Lima dos Santos .....	91
A JORNADA DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO – Xerxes Gusmão .....	101
MEDIACIÓN ELECTRÓNICA: PERSPECTIVA EUROPEA – Lorenzo M. Bujosa Vadell .....	104

CARLA MARIA HESPANHOL LIMA

Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Santo André

## HOMENAGEM A RICARDO CESAR ALONSO HESPANHOL

Com alegria e orgulho, recebi o convite da Amatra-2 para escrever um texto em homenagem ao meu pai, Ricardo Cesar Alonso Hespagnol, magistrado aposentado. E, então, me perguntei - e agora? O que dizer sobre esse homem tão presente em minha vida? Muitas coisas passaram pela minha cabeça, desde os momentos mais singelos da minha infância, as brincadeiras, os passeios, as broncas... Até o momento atual, em que o vejo firme, feliz, ainda cuidando de todas nós, suas quatro mulheres. Em especial de minha mãe, Dalva, sua grande companheira e parceira há 55 anos.

Só tenho uma certeza - não posso deixar de falar que Ricardo Hespagnol é, real e indiscutivelmente, exemplo de pessoa, de pai, de esposo, de profissional. Homem de imenso valor, caráter irretocável, coração aberto e alegria contagiante!

Sempre dedicado e trabalhador, ele começou a vida profissional muito jovem, como eletricista enrolador de motores na indústria Firestone. Com grande esforço, concluiu a Faculdade de Administração de Empresas da Faculdade Senador Fláquer, onde também ministrou aulas de matemática e Estudo dos Problemas Brasileiros. Assumiu, desde cedo, cargos de responsabilidade na área de gerência e coordenação jurídica em grandes empresas.

Já casado e com três filhas pequenas, deixou de lado a vontade de ser piloto de avião e conquistou outro grande sonho - se formou em Direito na Universidade Mackenzie, em 1969.

Atuou como advogado da General Motors do Brasil de 1970 a 1981, cursou pós-graduação na PUC e não abandonou o ofício de lecionar - deu aulas de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade São Francisco de Bragança Paulista e na Fundação Santo André.

Sempre preocupado com a família, fez questão de garantir que minha mãe tivesse uma formação superior e uma fonte de sustento das filhas, em caso de necessidade. Para tanto, permanecia com as três meninas pequenas todas as noites, enquanto a esposa cursava a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Ao final do curso, lhe presenteou com um escritório. E, então, após uma dessas boas ciladas da vida, meu pai viu-se desempregado. Com o apoio incondicional de minha mãe, já estabelecida no escritório, meu pai investiu em outro grande sonho - tornar-se juiz.

E, assim, Ricardo Hespagnol ("Hespagnol com Agá", como todos o chamam carinhosamente) ingressou na Magistratura em 17 de março de 1983. Foi promovido, por merecimento, em 16.09.87, para juiz titular da 39ª. Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo. Entre novembro de 1987 e setembro

de 1996, atuou na 2a. e na 4a. Juntas de Conciliação e Julgamento de São Bernardo do Campo. Para me acompanhar na Baixada Santista, onde passei a atuar como Juíza Substituta, solicitou sua remoção para a 1ª. Junta de Conciliação e Julgamento do Guarujá, onde tomou posse em 24.09.1996. Em 11.05.99, assumiu a 1ª. Junta de Conciliação e Julgamento de Mauá. Finalmente, também pelo critério de merecimento, em 26 de julho de 2001 foi nomeado Desembargador e passou a compor o Tribunal Regional do Trabalho, onde permaneceu até 26 de setembro de 2004, quando se aposentou.

Foram vinte e um anos muito bem dedicados à Magistratura, nos quais atuou com serenidade e pulso firme, servindo de modelo e inspiração aos juízes mais novos e àqueles que pretendiam seguir a carreira, como aconteceu comigo. Com constante alegria e gentileza no trato com as pessoas, sempre foi muito querido por seus pares, servidores, advogados e jurisdicionados. Ainda hoje os advogados e servidores me perguntam como está o "Dr. Hespagnol" e, a seguir, relembram um acontecimento em audiência, tecem um elogio e pedem que eu lhe transmita lembranças. Sem dúvida, meu pai fez grandes amigos no ambiente do Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região, sempre lembrados com muito carinho em suas histórias. Fora do ambiente laboral, entre família e amigos, meu pai também é visto como uma pessoa generosa e atenciosa, que trata a todos com igualdade e respeito. É muito calmo e otimista - características que permitem que ele consiga agir da melhor maneira possível em qualquer situação. Outro valor marcante de sua personalidade, como não poderia deixar de ser, é o enorme senso de justiça, evidente em tudo o que realiza. Ah! E o humor... Esse nunca o abandonou. O aparente estilo austero, trazido aos desconhecidos pelos lindos e eternos (ao menos na minha lembrança) cabelos brancinhos, logo se dissipa quando ele inicia um bate-papo sobre qualquer assunto e conta um acontecimento interessante, sacado do fundo da memória. E que memória ele tem!!!

Meu pai é um eterno apaixonado pela vida. Ama dançar (com minha mãe, ganhou o troféu de "casal folião" no Carnaval de Lençóis Paulista, em dois anos seguidos), cantar (os vizinhos que o digam...), viajar (sempre com a inseparável parceira, minha mãe) e participar de festas (comparece a todas em que é convidado!!!). Exemplo de tudo isso é a sua participação em inúmeros eventos festivos da nossa Associação, com sua alegria e seus passos de dança. Já se dedicou até mesmo ao teatro, atuando com brilho no papel de Prefeito de uma pequena cidade em meio à confusão do Carnaval, na

comédia “Hoje a Banda não Sai”. Apreciador de bons vinhos, adora degustar as novas aquisições de sua adega, juntamente com a família e os amigos.

Marido exemplar de Dalvinha, como a chama carinhosamente; pai amoroso de três filhas - Liana, Claudia e Carla; avô dedicado de cinco netos - Gustavo, Gabriel, Carolina, Letícia e Lucas; sogro companheiro de dois genros - Marcos e Luís Felipe. Sempre brinda a todos com sua atenção, carinho e exemplo de vida. Conquistou o respeito e admiração de todos nós, com um perfeito equilíbrio entre austeridade e amizade, hierarquia e cumplicidade. Ao mesmo tempo em que nos estimula a crescer, ter liberdade e coragem para expandirmos nossas fronteiras, sem medo de viver, nos deixa a certeza de que temos um ninho pra onde retornar, se preciso.

E, por fim, não podemos falar de meu pai sem mencionar outra de suas paixões: a cidade de Cunha, refúgio onde encontra momentos de prazer em viver. Com brilho nos olhos, demonstra a alegria que lhe traz “ir para o mato”, como gosta de falar! É lá que repõe suas energias cuidando dos afazeres rurais e admirando a paisagem, que não cansa de elogiar...

Este é um pequeno perfil do homem, magistrado e chefe de família, que nos ensina constantemente, em pequenas ações diárias, os princípios que devem pautar nossas vidas, de cidadania, bondade, honestidade e seriedade. E, sobretudo, demonstra o amor dedicado ao trabalho e à família.

Meu pai, Ricardo Cesar Alonso Hспанhol.



FÁBIO MOTERANI

Juiz do Trabalho – TRT 2ª Região  
Especialista em Direito do Trabalho pela USP  
Diretor Cultural da Amatra 2 – biênio 2016/2018

## OROSIMBO ANTONIO

### INTRODUÇÃO

Em vias de se encerrar, o ano de 2016 deixou a marca de 75 anos de existência da Justiça do Trabalho, mesmo ano em que acontecimentos políticos e econômicos impingiram mudanças no alinhamento ideológico do governo, plantado e adubado por velhos conceitos de liberalismo econômico. À margem de qualquer discussão mais aprofundada quanto ao mérito das ações encetadas pelos atores envolvidos nessa mudança, o resultado inelutável tem sido a desvalia e o menoscabo que são endereçados à Justiça do Trabalho.

Visando à sua inanição, de cunho expressamente ideológico, nos seus 75 anos de existência, a Justiça do Trabalho sofreu significativos cortes orçamentários. Não bastasse, movimentos no seio do próprio Judiciário surgem reforçando o coro da desregulamentação de leis, verbalizando a frase de efeito “negociado sobre o legislado”, cujo objetivo não é outro senão desregulamentar, sob o questionável argumento de fazê-la por meio da autonomia dos interessados, a olvidar o quão fragmentadas, desprestigiadas e enfraquecidas estão as entidades sindicais, *sobretudo em seu legítimo e fundamental direito de greve*.

Além disso, assombra-nos a lei da terceirização, que interessa ao capitalista que pretende maximizar sua lucratividade ao preço da precarização das condições de trabalho (baixo salário, supressão de benefício, pleno emprego comprometido, despertenciamento etc.). A regra do jogo é imposta e polarizada: um audaz e proeminente jogador que conta com o apoio estatal.

Esse contexto anuncia a trágica retomada de um modelo econômico e político que se pensava superado, porquanto resultaram décadas pouco auspiciosas para a economia, na qual predominaram a verticalização e o acúmulo de renda, por consequência, disparidade social, desemprego, violência, baixo consumo e recessão.

### PLUTOCRACIA, MÃO INVISÍVEL, MÃO TRUCULENTA E A TRISTE CONTABILIDADE HISTÓRICA DO BRASIL

Um pouco de estudo da história do Brasil, focado nos acontecimentos que antecederam a proclamação da república – permita-me deixá-la em letras minúsculas para não ruborizar o conceito de “República” –, trará ao interessado a constatação de uma má genética social pairando nesse pedaço de terra que se chama Brasil.

O advento da república do Brasil em verdade foi um golpe militar engendrado por ingênuos ideológicos – logo descartados –, por monarquistas abolicionistas e por um marechal também monarquista porém preocupado com sua imagem. Tudo circunstancial.

Uma nação republicana que contava com elevadíssimo

índice de analfabetos e população eminentemente rural, sobre a qual regia o voto de cabresto. Mulheres sem direito a voto. República essa que retomou o caminho da **plutocracia**: o poder nas mãos dos ricos, os velhos barões de sempre, a chamada política do café com leite. De se esperar, não havia entusiasmo, porque nada mudou, exceto o aumento de miseráveis recém libertos da escravidão – cada qual com seus prolemas, diriam – além de escravos brancos, imigrantes europeus que aportavam por aqui, endividados e presos ao senhor da terra (hábil em implantar relações típicas da idade média). Sim, uma grande comédia, melhor, tragicomédia se lembrarmos do “encilhamento”, mal sucedida *política econômica da prosperidade*, confiante no empreendedorismo que em verdade traduziu oportunismo e especulação, a chamada ciranda financeira. Uma mancha para o ministro da Fazenda e idealizador da “fábrica de dinheiro”, o jurista Rui Barbosa.

A política econômica voltava-se à sua concepção clássica, segundo a qual os agentes econômicos produziram resultados socialmente benéficos em forma de riqueza por meio da concorrência, esforçando-se a um custo mínimo possível para fomentar sua produção. Era a *mão invisível* do mercado que na verdade representou uma *mão truculenta* para os interesses do trabalhador, porque o custo da produção estava sendo reduzido à custa dos salários e de melhores condições de trabalho, com a agudeza de uma sociedade que tardiamente contou com a mão de obra livre. Talvez por isso o discurso de resistência para melhores salários, limitação de jornada ou outro benefício qualquer. Com a escravidão, tudo era mais simples... para um pequeno lado das partes.

A primeira grande guerra mundial, revolução de trabalhadores do velho continente, a crescente urbanização e a concentração da população tornaram insustentável a *república pautada em interesses da oligarquia rural*. Podemos sintetizar o Estado mínimo da época com a visão de Washington Luiz, no sentido de que a agitação operária é uma questão que interessa à *ordem pública*, representando um estado de espírito de alguns, mas não de toda a sociedade. Traduzindo: a questão social é caso de polícia.

Washington Luiz foi deposto por outro golpe militar, capitaneado por Getúlio Vargas, estrategista que soube aproveitar os novos tempos para se alinhar aos interesses da classe que mais crescia: os trabalhadores. Compreendeu a necessária industrialização como contraponto ao atrasado Brasil rural. Foi ditador e, como tal, controlador. Instituiu uma Justiça do Trabalho ligada ao Ministério do Trabalho, logo, um Órgão Executivo, à parte do Judiciário, assim como concebeu o sindicato sob controle do Estado. Havia a compreensão generalizada de abrandar a apatia estatal diante dos problemas

relacionados à relação capital-trabalho, de forma a evitar levantes sociais como a Revolução Russa. O Estado, longe de ser garantidor, passou a controlar a tudo e a todos. De toda sorte, inegável que os trabalhadores puderam contar com melhores condições de trabalho, embora ainda insuficientes. Por exemplo, somente em 1977 houve a melhoria na proteção do meio ambiente do trabalho.

A assimetria social permaneceu. A fomentação à educação do povo nunca encontrou seu rumo. O acúmulo de renda ficou escandaloso na década de 1990, mas, antes disso, inúmeras e infrutíferas tentativas de *concertar economia e política*, “milagres” foram anunciados (e milagres não existem!), até uma nova Capital Federal foi *inventada*, do nada e no meio do nada. A tal ponto se chegou o delírio de algum autoproclamado cientista econômico que esse mesmo Estado confiscou dinheiro do povo (governo Collor, que renunciou antes de finalizar seu impeachment, em 1992, e hoje ostenta a função política de senador). Ato brutal de um Estado regido por uma *Constituição* que se dizia *garantista*, a Constituição de 1988. Talvez fosse garantista, mas ignorada, como tem sido nos dias atuais.

Até hoje, o Estado brasileiro contou com uma *pseudodemocracia*. Além dos malfadados ciclos econômicos, os ciclos políticos foram frutos de rupturas: 1889, 1930, 1954 – suicídio de Getúlio Vargas, antecedendo a um novo golpe, que veio mais tarde, novamente pela mão militar, em 1964. Duas renúncias de Presidentes – Jânio Quadros e Collor, este no processo de impeachment – e um recente impeachment na contabilidade histórica.

Com tantos desacertos em sua história, o Brasil contou ainda com difícil situação econômica no plano internacional, tendo sido, juntamente com outros países da América Latina, alvo de acordos desiguais junto a países ricos, por ocasião de sua emancipação política. Detentor de balança comercial desigual, como grande fornecedor de *commodity* e receptor de mercadorias de alto valor, mantinha-se a mesma relação colônia e metrópole, mas sob eufemísticas vestes.

Isso é apenas um recorte, porque existem outras variantes do capitalismo, de ciclos que se esgotam em si mesmos devido à mútua exploração (ou mutilação) – o homem é o lobo do homem, como disse Hobbes, transportando-se ao cenário social inglês do século XVII. Atualmente, o fator econômico da “financeirização”, de elevada carga especulativa e pouca proficuidade, é mais uma variante do esgotamento e um claro sinal de que algo está errado, e muito errado.

Considerando o Brasil atual, dependente do dinheiro especulativo – isto é, das ilusões construídas nas bolsas de valores –, seu crescimento é tolhido pelo elevado valor de dívida pública, não auditada, de alcance ainda desconhecido, mas que, tangível, repercute no PIB do país, impede investimentos primários, como educação, saúde e seguridade social, mas enriquecem as instituições financeiras e, por assim, os especuladores de baixo, médio e grande monta.

Da dialética midiática, deu-se azo ao alinhamento ideológico oportunista de que o Estado precisa encolher. Oportunista porque não traz nenhuma discussão séria, pautada no contexto histórico de conquistas sociais, de valores constitucio-

nais pós-ditadura e de verdadeira intenção para solucionar problema. Não há discussão sobre reforma política, reforma fiscal, regulamentação e fiscalização do mercado, auditoria e saneamento da dívida pública.

*Desse triste enredo de que foi protagonista o Brasil, a culpa recai sobre trabalhadores e sobre aqueles que os recebem para reclamar seus direitos, a Justiça do Trabalho. Mais, afirmam que o Estado está inchado. Incitam a uma reforma de longevidade no tempo e no prejuízo que causará – do ponto de vista democrático e social –, porque tende ao congelamento de gastos públicos, entre os quais, despesas primárias com educação e saúde, além de reforma do ensino médio, sem qualquer debate junto aos atores envolvidos, como se espera.*

Velhos formatos sociais ressurgem. Uma onda de ódio é replicada até mesmo por aqueles que são os destinatários desse infortunado retrocesso social. Assumem o discurso do explorador, situação denominada *violência simbólica*. Retrata a adesão dos dominados aos valores dos dominadores por *imposição do convencimento*. Não é exercido pela força. Esse poder é construído por meios que viabilizem *influenciar comportamento*. É aqui que entra o papel da mídia e sua capacidade de incitar e formar opiniões, geralmente superficiais.

Pior que defender o seu dominador – síndrome de estocolmo? –, um quadro social drástico se revela: a apatia para exercer a cidadania, ou a postura da neutralidade, ou mesmo alienação deliberada.

Obrigados a engolir esse giro ideológico munido de retrocesso social, a congestão que se seguirá pode ser fulminante para o equilíbrio social esperado.

#### POLÍTICA ECONÔMICA DO GOTEJAMENTO E O RETORNO DA POLÍTICA DO EXCLUSIVISMO

No início da década de 1980, foi eleito o ex-ator Ronald Reagan. Como destaca o economista sul coreano Ha-Joon Chang,

o governo Reagan cortou agressivamente os impostos para as faixas de renda mais elevadas, explicando que esses cortes dariam aos ricos mais incentivos para investir e criar riqueza, já que eles poderiam conservar mais frutos dos seus investimentos. Uma vez que criassem mais riqueza, dizia o argumento, os ricos gastariam mais, criando mais empregos e mais renda para todos; é a chama *teoria do trickle-down*. Ao mesmo tempo, os subsídios para os pobres (especialmente na habitação) foram cortados e o salário mínimo congelado, para incentivá-los a trabalhar mais. Refletindo sobre isso, vemos que era uma lógica curiosa – por que precisamos fazer os ricos mais ricos para que eles trabalhem mais, porém devemos tornar os pobres mais pobres para esse mesmo fim? Curiosa ou não, essa lógica, conhecida como economia do lado da oferta, tornou-se o alicerce fundamental da política econômica americana nas três décadas seguintes (*Economia: modo de usar*, Ha-Joon Chang, versão digital, 2014, Editora Portfolio-Penguin).

Como assevera o mesmo autor, a guinada de Margaret Thatcher em 1979 antecedeu essa tendência. Em seu governo,

“reduziu impostos para a faixa de renda mais elevada, cortou gastos do governo (especialmente na educação, habitação e transporte), introduziu leis reduzindo o poder dos sindicatos e aboliu o controle do capital (restrições às transferências transfronteiriças de dinheiro)”. Também privatizou empresas estatais, como ocorreu no Brasil, na década de 1990. Além disso, Thatcher elevou as taxas de juros para reduzir a inflação,

... mediante o arrefecimento das atividades econômicas e, assim, da demanda. O juro alto atraiu o capital estrangeiro, elevando o valor da libra esterlina e assim tornando as exportações britânicas não competitivas. O resultado foi uma enorme recessão, com o recuo dos consumidores e das empresas, entre 1979 e 1983. O desemprego subiu para 3,3 milhões de pessoas – e isso sob um governo que chegou ao poder criticando o histórico do governo trabalhista de James Callaghan no quesito desemprego, que passou da marca de 1 milhão, com o famoso slogan ‘O trabalhismo não está funcionando (idem *ibidem*)’.

Chang lembra que a recessão resultou na destruição do setor da indústria britânica, que já sofria com o declínio da competitividade.

A busca por reformas trabalhistas, o ataque à Justiça do Trabalho, suprimindo-lhe deliberadamente o orçamento necessário a seu funcionamento, a adoção de medidas de congelamento de gastos públicos, em especial, de despesas primárias, como educação e saúde (o que, a meu ver, representa desrespeito às cláusulas pétreas da Constituição), manutenção de elevada taxa de juros, pagamento de dívida pública de cuja profundidade não se sabe a respeito, alteração unilateral – por meio de medida provisória – da grade educacional sem o debate necessário são exemplos de uma política pautada no exclusivismo de classe, porque mantêm o arrefecimento de direitos sociais e a assimetria social.

A escalada de desemprego que tem sido elencada nos noticiários não deve ser atribuída a leis trabalhistas que protegem o mínimo de dignidade do trabalhador. O sistema capitalista de produção acarreta suas próprias crises. Em destaque: 1929 (bolsa de Nova York), 1973 (Crise do Petróleo), 1995 (Crise Mexicana) e 2008 (Crise Financeira). Alguns problemas mereceriam mais atenção: tributação, monopólio que sufoca o pequeno e médio empreendedor, dumping econômico – fator China -, protecionismo de países ricos – destaque para os EUA -, endividamento privado a juros elevados.

Ao que tudo indica, em parceria com a grande mídia, negligenciam esses temas e reforçam a regressão de direitos sociais. A concentração de renda será o horizonte infinito, retomando a política Reagan do *trickle-down*, ou seja, o enriquecimento das classes superiores **goteja** e beneficia toda a sociedade, em outros termos, os *desvalidos* poderão receber as *migalhas*.

#### CASO OROSIMBO ANTONIO

Assolado – talvez alarmado – pelo fantasma do retrocesso que ronda o Brasil, em regular visita à minha biblioteca, não havia como notar o livro “A História da Justiça do Trabalho no Brasil, Multiplicidade de Olhares”, lançado em 2011 pelo Tri-

bunal Superior do Trabalho em comemoração aos 70 anos da Justiça do Trabalho. Entre outras virtudes, o livro contempla um exemplo com o qual já trabalhei outrora, junto a alunos. Trata-se do caso Orosimbo Antonio, percorrido por Raquel Veras Franco e Leonardo Neves Moreira, Analista Judiciário e Arquivista do TST, respectivamente. As informações e trechos abaixo foram extraídos desse livro, páginas 37/43.

Entre as ações relativas a acidente de trabalho junto ao CNT (Conselho Nacional do Trabalho, criado em 1923), destaca a de 15 de abril de 1935, de “um trabalhador de nome Orosimbo Antonio, ‘operário, pobre, viúvo, tendo uma filha menor a seu cargo para criá-la’ (fl. 2 do Processo CNT-4519/1935), pleiteava, em uma carta dirigida ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, sua reintegração à *Leopoldina Railway Company Limited*”. “(...) Afirmava que exerceu diversas funções naquela Estrada de Ferro, durante mais de quatorze anos, embora sua ‘nomeação’ datasse de ‘Novembro de 1925, como consta de sua Caderneta Profissional’. Alegou também que, na função de ‘guarda-freios (...), fora vítima d’um acidente de trem (...), no suburbio da Cidade do Carangola’ (Estado do RJ), em que ‘perdeu o braço direito, que lhe foi amputado’ (fl. 2)”.

Após recuperar-se do acidente e retornar ao trabalho, Orosimbo não foi dispensado imediatamente, como se vê comumente em processos similares do CNT), tendo exercido as funções de ‘guarda-chaves e vigia de depósitos de lenha’ na *Leopoldina Railway*. Depois de longo período nessa última função, declarou que foi injustamente responsabilizado pelo desaparecimento de 14 metros cúbicos de lenha, razão por que foi dispensado e ‘atirado (...) à indignância, sem recursos pecuniários, nem subvenção’ da Estrada de Ferro (fls. 2/3).

O empregado terminou sua carta pedindo ao Ministro do antigo Ministério do Trabalho Indústria e Comércio (MTIC) que compelissem a referida empresa a aposentá-lo ou pagar-lhe a indenização cabível.

A empresa respondeu que

“o alludido ferroviário” havia sido dispensado em 1934 por praticar furtos de lenha de seus depósitos, além de alegar que Orosimbo não contava com “dez annos de serviço” e era “conhecido por toda a população local como alcoolatra”. “Ademais, se era verdade que o empregado teve o braço direito amputado em acidente que sofreu enquanto ‘trabalhava no trem especial rebocado pela locomotiva nº 109’, em novembro de 1925, também era fato que ele recebeu ‘as meias diárias, sendo também pagas as despesas decorrentes do seu tratamento’. A empresa também alegou que ele “não se aposentou em 1926 porque preferiu ‘continuar em actividade (...) noutra função compatível com seu estado physico’ (fls. 5/6).

Orosimbo pedia a aposentadoria e indenização ou, alternativamente, sua reintegração, “pois a ausência de um braço ‘o impede de grangear a vida por outros lados’, achando-se ‘numa miséria indescritível’. Mas na sua “Caderneta Profissional” não contava o tempo total em que trabalhou como “guarda-freios”.

Em 29 de março de 1937, o CNT julgou improcedente a

reclamação quanto ao pedido de reintegração. Não comprovou a estabilidade decenal. Todavia, ressaltou o direito de se dirigir à respectiva Caixa de Aposentadorias e Pensões, para a aposentadoria. Depois do acórdão, houve tentativa de se comprovar o exercício de atividade desde 1921, com carta de um “certo Onofre Poeta”, servidor da “Prefeitura de Carangola”, confirmando o fato.

O CNT oficiou à Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Leopoldina Railway, indagando sobre a aposentadoria de Orosimbo Antonio. “A caixa apenas respondeu que ‘a reclamação de Orosimbo Antonio já foi solucionada pelo Egregio Conselho Nacional do Trabalho’ (fls. 54)”.

Depois de nova indagação, em 23 de fevereiro de 1940, a Caixa respondeu que o associado não está aposentado nem apresentou requerimento de aposentadoria.

Depois disso, o Procurador do CNT, em agosto de 1940, afirmou:

Tratando-se de um pobre preto vítima de acidente de trabalho, analfabeto e simples, é que seria de bôa norma de perfeita equidade que se determinasse a Caixa de Aposentadoria e Pensões que proceda o processo de aposentadoria por invalidez desse pobre trabalhador, tanto mais justo essa deliberação quando se considere que a la. Câmara lhe reconheceu direito de pleitear a aposentadoria.

O Procurador entendeu que a Caixa de Aposentadoria deveria notificar o associado a requerer o benefício, ou seja, deveria tomar a iniciativa de aposentar Orosimbo. “Ao fazer o alerta de que o CNT não deveria prender-se ‘à rigidez do preceito legal’ (pois o trabalhador ‘não requereu a aposentadoria’ e já estava ‘afastado do serviço há mais de um ano’), provavelmente o procurador referia-se ao art. 36 do Decreto nº 20.465/1931” (o direito à aposentadoria prescreve em um ano após o desligamento do associado).

Outros ofícios foram enviados pelo CNT a diversos destinatários, porque não obteve resposta do empregado acerca de sua ciência sobre o andamento da causa. A Caixa de Aposentadoria noticiou o falecimento do reclamante. O CNT foi confirmar o fato com o Delegado de Justiça, com resposta datada de 15.1.1942, segundo a qual não havia sido enterrado como indigente, pois contou com a caridade pública para o pagamento das “despesas” do sepultamento.

Ante a notícia, lamentando a ausência de um atestado de óbito, o procurador Jorge Severiano Ribeiro mandou arquivar a ação, pois tudo indicava que ‘o interessado’ faleceu realmente.

A história de Orosimbo fala por si. Não havia direito a nada, nem a uma Justiça do Trabalho. Sua história é o reflexo de um Estado frio e distante, voltado a si mesmo. O Estado que pretendemos é aquele que busca concretizar uma sociedade mais justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais; um Estado voltado à dignidade da pessoa humana e também aos valores sociais do trabalho. Esse Estado é o Brasil idealizado e assentado na Carta Constitucional

de 1988, que merece a máxima concretização.

Em homenagem a Orosimbo, esse artigo leva o seu nome.

## REFERÊNCIAS

MCKAY, ADAM. *A GRANDE APOSTA*. OBRA CINEMATOGRAFICA, 2015

CHANG, HA-JOON. *ECONOMIA: MODO DE USAR*. VERSÃO DIGITAL, EDITORA PORTFOLIO-PENGUIN, 2014;

CHOMSKY, NOAM. OBRA CINEMATOGRAFICA, DOCUMENTÁRIO: *REQUIEM FOR THE AMERICAN DREAM, DIRIGIDO POR KELLY NYKS, PETER D. HUTCHISON, JARED P. SCOTT*, 2015, 70 MINUTOS;

BAUMAN, ZYGMUNT. *CAPITALISMO PARASITÁRIO*. VERSÃO DIGITAL, EDITORA ZAHAR, 2010

GOMES, LAURENTINO. *1889*. SÃO PAULO: EDITORA GLOBO S/A, 2013, 1ª EDIÇÃO;

RAMOS, FLAMARION CALDEIRA; MELO, RÚRION; FRATESCHI, YARA. VÁRIOS AUTORES. *MANUAL DE FILOSOFIA POLÍTICA. VERSÃO DIGITAL*. EDITORA SARAIVA, 2012

TST, COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO. *A HISTÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL: MULTIPLICIDADE DE OLHARES*. BRASÍLIA, 2011.

HAMILTON HOURNEAUX POMPEU

Juiz do Trabalho – TRT – 2ª Região

## LIMBO NORMATIVO: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR RUIDO PARA OPERADORES DE TELEMARKETING/TELEATENDIMENTO

“Excelência, o Sr. determina realização de perícia ou seque a Súmula do TST?” Confesso que me senti perdido da primeira vez em que um advogado que atuava por empresa de telemarketing me fez essa pergunta em audiência e que inicialmente me senti constrangido, por imaginar que tinha sido derrotado no eterno desafio de acompanhar o ritmo incessante com que súmulas vêm e vão.

Ao questioná-lo sobre o que constava da tal súmula, compreendi o equívoco.

É que a ação tinha por objeto adicional de insalubridade por ruído para Operador de Telemarketing/Teleatendimento, e o advogado pretendia que eu indeferisse a perícia pela aplicação do item I da Súmula 448 – SDI-TST, o qual dispõe que *“não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho”*.

Embora esteja preocupado com a quantidade de perícias que me parecem fadadas ao insucesso e que tanto oneram o Estado, cuja realização acabo por deferir diariamente por força do necessário respeito à diretriz constitucional da ampla liberdade na produção de provas, não tive dúvidas em rejeitar a sugestão de aplicar automaticamente o verbete e permiti a produção da prova técnica.

E diversos são os fundamentos fáticos e jurídicos que me levam a tal decisão.

Segundo dados divulgados pela Associação Brasileira de Telesserviços - ABT ([www.abt.org.br](http://www.abt.org.br)), 76% das centrais de teleatendimento no Brasil (*call centers*) foram implantadas após 1998, quando o país passou pelo processo de privatização do setor de telecomunicações, e hoje o segmento emprega centenas de milhares de pessoas, sendo que 45% dos postos de trabalho são ocupados por jovens em seu primeiro emprego.

Operadores de Telemarketing/Teleatendimento podem estar especialmente expostos aos efeitos nocivos do agente insalubre ruído, em razão da forma como a prestação dos serviços costuma ser organizada, geralmente em grandes ambientes sem divisórias, onde ocorrem inúmeros atendimentos simultâneos que implicam intensa conversação, circunstâncias que podem agravar o nível de exposição, conforme explica Ribeiro *et al* (1):

*“Normalmente, os fones utilizados em ambientes de trabalho são monoaurais, isto é, apresentam apenas emissão de sons em um ouvido, favorecendo o aparecimento das perdas. Em ambientes ruidosos o indivíduo aumenta o volume do fone para compensar o ruído percebido pelo outro ouvido, agravando assim o problema”*.

Tão grande é o gigantismo dos *call centers* estruturados nos grandes centros urbanos, que segundo pesquisa conduzida pela PUC-SP e veiculada pela ABT, 24,6% deles têm entre 100 e 500 posições de atendimento, ou seja, possibilitam trabalho simultâneo por até 500 operadores, enquanto 25,4% chegam a ter mais de 500 posições de atendimento, o que permite imaginar a dificuldade que um Operador enfrenta para ouvir o que o cliente fala por meio do *headphone* acoplado a somente uma das suas orelhas, enquanto a outra capta o ruído proveniente da infinidade de conversas conduzidas pelos colegas que com ele compartilham o ambiente de trabalho, circunstância que tende a fazer com que cada trabalhador aumente o volume do som emitido pelo *headphone* para favorecer o entendimento do que lhe é relatado por quem está do outro lado da linha.

Entretanto, por variados motivos, Operadores de Telemarketing/Teleatendimento estão atualmente relegados ao limbo normativo em matéria de insalubridade por ruído.

O direito ao adicional de insalubridade tem previsão constitucional (CR/1988, art. 7º, XXIII) e é disciplinado por lei (CLT, arts. 189-192), a qual atribuiu competência ao Poder Executivo para regulamentar os critérios para caracterização da insalubridade no ambiente de trabalho (CLT, arts. 155, I, 190 e 200).

Tal competência delegada é exercida pelo atualmente denominado Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), e resultou na edição da NR-15 (Portaria 3.214/1978).

Em síntese, a norma classifica os agentes insalubres em três grandes grupos de elementos potencialmente nocivos à saúde, consistentes em agentes físicos (ruído, calor, radiações frio, pressões hiperbáricas, vibrações e umidade), agentes químicos (poeiras, gases e vapores, névoas e fumos) e agentes biológicos (micro-organismos, vírus e bactérias).

Cada um dos diversos anexos da NR-15 trata de um tipo específico de agente agressor e estabelece parâmetros para sua aferição no ambiente de trabalho, segundo metodologia específica para o agente envolvido, razão pela qual cada anexo da NR-15 somente é aplicável ao agente que disciplina.

Por exemplo, há agentes como o calor (Anexo 3), cuja ocorrência a norma não vincula a nenhuma atividade ou operação, e que para ser caracterizado depende apenas de medições de temperatura no ambiente de trabalho e subsequente confronto dos resultados com tabelas padronizadas, razão pela qual, em tese, qualquer labor pode ser prestado em ambiente insalubre pelo agente calor, sendo irrelevante a atividade/operação envolvida.

Ao contrário, há agentes que a norma vinculou a determinadas atividades/operações, como são exemplos os *“mergulhadores”* em relação ao agente pressão hiperbárica (Anexo 6), os trabalhadores que atuam na *“fabricação de produtos*

*parasitocidas, inseticidas e raticidas contendo compostos de arsênico*” (Anexo 13), e aqueles que laboram nas atividades de “*coleta e industrialização*” de lixo urbano (Anexo 14). Para tais agentes, em tese, a norma restringe a caracterização da insalubridade às funções que tenham por tarefa a execução de tais atividades/operações expressamente nela listadas.

Especificamente quanto ao agente físico ruído, a norma adotou tratamento híbrido, pois para a imensa maioria das atividades a caracterização da insalubridade requer medições que permitam verificar extrapolação dos limites determinados para ruídos contínuos (Anexo 1) ou para ruídos de impacto (Anexo 2), mas há um único enquadramento pelo critério de atividade/operação, referente aos trabalhadores que executam tarefas de “*Telegrafia e Radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo morse e recepção de sinais em fones*”, que consta de um grupo de atividades genericamente denominada “*Operações Diversas*” (Anexo 13).

O Anexo 13 disciplina insalubridade por agentes químicos, mas Homero Batista Mateus da Silva afirma que “*a melhor interpretação a esse enigmático item de Operações Diversas, dentro do anexo 13 dos produtos químicos, é considerá-lo como uma extensão dos Anexos 1, de ruídos contínuos, e 2, de ruídos de impacto*”, e a partir de tal conclusão aponta três diferentes possibilidades de caracterização de insalubridade por ruído: a) labor em ambiente cuja média de ruídos contínuos exceda a 85 decibéis (dB), o que gera enquadramento no Anexo 1; b) trabalho sob ruídos de impacto, repetidos com intervalos superiores a um segundo, acima de 120 dB ou 130 dB, resultante do enquadramento no Anexo 2; c) exercício de atividade com fones de ouvido ligados diretamente ao canal auditivo, independentemente do volume do ruído, com recepção de sinais sonoros não restritos à voz humana, tais como campainhas, sinos, chiados e similares, o que corresponde à única atividade descrita no Anexo 13 para tal agente, “*Telegrafia e Radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo morse e recepção de sinais em fones*” (2).

Entretanto, a par da realidade vivenciada pelos Operadores de Teletendimento/Telemarketing em seu ruidoso ambiente de trabalho, há dificuldades técnicas para enquadrá-los em qualquer das três vertentes previstas pela norma.

Ao pretendermos o enquadramento por uma das duas hipóteses que requerem aferição do nível de decibéis a que os trabalhadores estão expostos, de plano esbarramos no obstáculo técnico da falta de padronização específica nas normas vigentes para quem trabalha com *headphones*, por não serem voltadas a uma atividade surgida décadas depois da sua edição, o que torna difícil equiparar a metodologia e os parâmetros utilizados na medição de ruídos que se propagam em campo aberto, no ambiente em geral onde se expõem a generalidade dos trabalhadores, preconizada nos Anexos 1 e 2 da NR-15, com a medição efetuada no próprio conduto auditivo onde está acomodado o *headphone* utilizado pelo Operador de Telemarketing/Teletendimento.

Em estudo sobre o tema publicado na Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, em que por meio de metodologia especial de medição foram constatados níveis de ruído acima do tolerável na população de Operadores de Telemarketing/

Teletendimento avaliada, pesquisadores do Laboratório de Ruído Industrial do Departamento de Engenharia Mecânica da Universidade Federal de Santa Catarina e da Universidade do Oeste de Santa Catarina esclarecem que as NRs vigentes não disciplinam a metodologia para medição de níveis de ruído para trabalhadores que atuam com fones e propõem como parâmetros normas internacionais sobre o assunto (3):

*“(...) não é observada, nessa norma nem em qualquer outra NR ou literatura nacional relacionada à medição de níveis de ruído, a descrição de uma metodologia que atenda às especificações da medição da exposição a ruído durante as atividades em que o trabalhador usa fones de ouvido, ou seja, em que o trabalhador tem a principal fonte de ruído diretamente sobre o seu sistema auditivo, como é o caso dos operadores de teletendimento.*

*A legislação brasileira, mais precisamente a NR-15, que trata das Atividades e Operações Insalubres, recomenda que os níveis de ruído contínuo ou intermitente devem ser medidos em decibéis (dB) com instrumento de nível de pressão sonora operando no circuito de compensação “A” e circuito de resposta lenta, devendo as leituras serem feitas próximas ao ouvido do trabalhador, ou seja, a técnica sugerida destina-se à medição de ruídos que se propagam em campo aberto, no ambiente em geral onde se encontra exposto o trabalhador.*

*Porém, no caso de postos de trabalho onde a fonte de ruído encontra-se diretamente sobre o sistema auditivo do trabalhador, como é o caso dos operadores de teletendimento, as normas não contemplam uma metodologia adequada para a medição do ruído, o que inviabiliza a mensuração exata da exposição ocupacional a ruído nestes trabalhadores.*

*(...)*

*A medição dos níveis de ruído em usuários de fones de ouvido pode ser efetuada através da norma internacional ISO 11904-1 (2002), utilizando um microfone em ouvido real, e mediante a ISO 11904-2 (2004), usando um manequim.”*

De qualquer forma, como dois são os condutos auditivos dos Operadores de Telemarketing/Teletendimento e somente um utiliza o *headphone* a cada momento, nada impede a medição do ruído ambiental junto à orelha livre do equipamento, o que, por si só, justifica a realização da perícia.

Por outro lado, se pretendermos a tentadora equiparação dos Operadores de Telemarketing/Teletendimento com os trabalhadores que atuam nas atividades/operações de “*Telegrafia e Radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo morse e recepção de sinais em fones*”, o que dispensaria qualquer medição de ruído, esbarramos no fato de inexistir equivalência entre a voz humana, captada pelos primeiros, e os sinais sonoros ouvidos pelos contemplados pela norma.

Ao responder a questionamento da antiga TELESP □ Telecomunicações de São Paulo S/A quanto à possibilidade de equiparar a categoria das telefonistas aos trabalhadores que atuam em atividades/operações de “*Telegrafia e Radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo morse e recepção de sinais em fones*”, a Divisão de Segurança e Saúde do Trabalhador do Ministério do Trabalho esclareceu na Nota Técnica 10/2002

que a referência genérica da norma à atividade/operação de “recepção de sinais em fone” tem como parâmetro sinais de telegrafia e radiotelegrafia que “são de alta frequência e eram comuns nos antigos equipamentos de comunicação”, e que a atividade de “telefonia não envolve, normalmente, recepção de sinais e sim a fala através de aparelhos telefônicos, muito diferente dos sinais transmitidos nos sistemas de telegrafia e radiotelegrafia”, concluindo que “para a caracterização e classificação de atividade como insalubre, no caso de telefonista, é necessário que seja verificado através de laudo pericial “in loco” o nível de ruído a que está sujeito este empregado”

Foram exatamente estas restrições de ordem técnica, ligadas à tecnologia envolvida em cada uma das atividades confrontadas, que embasaram o voto do Exmo. Desembargador Emílio Papaléo Zin ao julgar o Incidente de Uniformização da Jurisprudência 0007637-44.2015.5.04.0000, que discutia o tema no TRT da 4ª Região:

(...)

*Com efeito, a previsão do Anexo 13 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78, não se aplica a todo o trabalhador que labore com fones de ouvido, ainda que de forma constante.*

*O referido Anexo 13 da NR-15 define como insalubres, em grau médio, as operações em “Telegrafia e Radiotelegrafia, manipulação de aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fones”, que têm na sua característica a emissão continuada de sinais sonoros do tipo ‘bip’ para comunicação com outros locais - em telegrafia e radiotelegrafia, o que atualmente não mais acontece, já que, em uma ligação telefônica, com os aparelhos modernos ora em uso, somente são ouvidos os sinais da voz humana.*

*As atividades de telefonia, por exemplo, não são destinadas da norma regulamentadora, que considera insalubres as atividades exercidas por telegrafistas e radiotelegrafistas, os quais atuam na codificação e decodificação de sinais, com funções bem diversas.*

*Deste modo, não havendo previsão de concessão de adicional de insalubridade para as atividades desenvolvidas com fones de ouvido, descabe o referido preceito legal ser interpretado de forma extensiva.*

(...)

Não é sem razão que Sebastião Geraldo de Oliveira, com base em outros doutrinadores, afirma que, mesmo tendo passado por revisões periódicas, a NR-15 está desatualizada quanto a diversos pontos, o que, dentre outros efeitos, congelou no tempo a lista de atividades ou operações que ensejam pagamento do adicional (5).

Ao discutir o tema, refere que José Manuel Gana, engenheiro químico presidente da Associação Brasileira de Higiениstas Ocupacionais (ABHO), faz advertência de que “a NR-15 está defasada mais de 32 anos, quando são comparados os limites de tolerância brasileiros com os preconizados atualmente pela ACGIH (American Conference of Governmental Industrial Hygienists), sendo que há casos de limites de tolerância fixados mais de 100 vezes acima do que estabelece a norma da referida organização” (6).

Mesmo defasada, a NR-15 é a norma que temos e, independentemente das dificuldades técnicas que impedem a adequada medição dos níveis de ruído diretamente no seu conduto auditivo, o que permitiria enquadramento pelos parâmetros objetivos delineados nos Anexos 1 e 2, ou da imperfeição da analogia entre a atividade dos Operadores de Telemarketing/Teleatendimento e aquela especificada no Anexo 13, diariamente inúmeras ações trabalhistas são propostas por trabalhadores do setor tendo por objeto insalubridade por ruído.

A depender de como decidimos tal pedido, inclusive quanto a deferir ou não a realização da perícia, assumimos uma de duas posturas possíveis.

A primeira, de concepção positivista e que busca preservar a competência delegada ao Poder Executivo, é não admitir que atividades/operações não listadas expressamente nos anexos da NR-15 sejam consideradas insalubres, conforme preconiza o E. TST quanto às instalações sanitárias, ao dispor que “*não basta a constatação de insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho*” (Súmula 448, I).

A outra linha de decisão, que prioriza dar eficácia a um direito garantido na Constituição, admite equiparar atividades/operações não listadas na NR-15 às atividades/operações que lhe sejam análogas e constem da norma, entendimento adotado pelo próprio TST no inciso II do mesmo verbete, ao equiparar a atividade de “*higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo*”, não listada na NR-15, à atividade constante do Anexo 14, que trata de agentes biológicos, e descrita expressamente como “*coleta e industrialização de lixo urbano*”, o qual é conceituado por Sérgio Pinto Martins como o “*lixo coletado das residências pelos caminhões de lixo*” (7), esforço hermenêutico que se contrapõe à rigidez taxativa enunciada no inciso I.

A segunda vertente foi adotada pelo TRT da 4ª Região, ao decidir Incidente de Uniformização da Jurisprudência (IUJ 0007637-44.2015.5.04.0000) suscitado pelo TST a partir de decisões conflitantes proferidas pelo próprio TRT da 4ª Região (RO 0000396-78.2013.5.04.0003 e RO 0001205-27.2012.5.04.0028), e editar a atual redação da Súmula 66 (Resolução Administrativa 16/2016), nos seguintes termos:

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. UTILIZAÇÃO DE FONES DE OUVIDO.** *A atividade com utilização constante de fones de ouvido, tal como a de operador de teleatendimento, é passível de enquadramento no Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego.”*

Por configurada a divergência jurisprudencial entre a Súmula 66-TRT da 4ª Região e a Súmula 448-SDI-I- TST, o Recurso de Revista 0000396-78.2013.5.04.0003, que deu ensejo ao incidente de uniformização de jurisprudência, foi afetado para julgamento pela SDI-I em sua composição plena (CLT, art. 896, § 6º e art. 896-C, caput), e não por uma das suas turmas, conforme possibilita o rito dos recursos repetitivos, o

que acarretou suspensão dos Recursos de Revista e de Embargos que versem sobre o mesmo tema até que seja julgado o recurso paradigma (CLT, art. 896-C, § 5º).

A questão jurídica a ser decidida pela SDI-I, delimitada pelo Ministro Walmir Oliveira da Costa, será “**o reconhecimento ou não do direito ao adicional de insalubridade aos operadores de telemarketing que utilizam fones de ouvidos, nos termos do Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do MTE, precisamente em face da edição da Súmula do TRT da 4ª Região, contrária à jurisprudência iterativa e notória**” do TST.

Recentemente, houve convocação de interessados em ingressar no feito paradigma como *amicus curiae* (CLT, art. 896-C, § 8º), e a louvável iniciativa do TST deverá ampliar o debate técnico sobre o tema, o que talvez permita que a solução jurisprudencial resultante da discussão impulse sua necessária evolução normativa.

#### REFERÊNCIAS

RIBEIRO, ALEXANDRE S. ET AL. *PERÍCIA E AVALIAÇÃO DE RUÍDOS EM ATIVIDADES COM FONES DE OUVIDO*. REVISTA CIPA: SÃO PAULO, N. 287, OUT.2003.

SILVA, HOMERO BATISTA MATEUS DA. *DIREITO DO TRABALHO APLICADO, VOL. 3: SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO DA MULHER E DO MENOR*. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2009.

VERGARA, ERASMO F. ET AL. AVALIAÇÃO DA EXPOSIÇÃO DE OPERADORES DE TELEATENDIMENTO A RUÍDO. REV. BRAS. SAÚDE OCUP.: SÃO PAULO, VOL.31 N.114, JULY/DEC. 2006.

[HTTP://WWW.MTB.GOV.BR/EMPREGADOR/SEGS AU/LEGISLACAO/NOTASTE CNICAS/2002/CONTEUDO/2996.ASP](http://www.mtb.gov.br/empregador/segsau/legislacao/notastecnicas/2002/conteudo/2996.asp).

OLIVEIRA, SEBASTIÃO GERALDO DE. *PROTEÇÃO JURÍDICA À SAÚDE DO TRABALHADOR*. 6. ED. REV. E ATUAL. SÃO PAULO: LTR, 2011.

OLIVEIRA, OP. CIT., P. 198.

MARTINS, SERGIO PINTO. *COMENTÁRIOS ÀS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA SBDI-1 E 2 DO TST*. SÃO PAULO: ATLAS, 2009.

HAMILTON HOURNEAUX POMPEU É JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO DO TRT DA 2ª REGIÃO E MÉDICO, DOUTOR EM CIÊNCIAS PELA FMUSP, ESPECIALISTA EM DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO PELA UGF, PROFESSOR DE PROCESSO DO TRABALHO NA UNIVERSIDADE DE MOGI DAS CRUZES – CAMPUS VILLA LOBOS E PROFESSOR CONVIDADO DO CURSO DE AUDITORIA

EM SERVIÇOS E SISTEMAS DE SAÚDE DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO – FGV.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo  
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP  
Professor Universitário

RAMIRO VASCONCELOS MUNIZ

Oficial de Justiça do  
Tribunal de Justiça de São Paulo

## NOVA LEITURA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

### RESUMO

O presente estudo tem a finalidade de analisar a aplicação dos princípios processuais constitucionais no processo judicial eletrônico, nova ferramenta trazida com a edição da Lei no. 11.419/2006. O objetivo da pesquisa é avaliar os reflexos do processo judicial eletrônico na atividade jurisdicional, para entender se a informatização trará nova roupagem aos princípios processuais constitucionais. Serão estudadas as definições destes princípios, para saber se continuam válidos perante as inovações advindas das realidades funcionais do processo judicial eletrônico na prestação jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** PROCESSO; JUDICIAL; ELETRÔNICO; PRINCÍPIOS; JURISDIÇÃO.

### INTRODUÇÃO

O modelo tradicional de justiça passou por reformas legislativas, nos últimos anos, que visam satisfazer aos anseios da sociedade moderna por uma justiça mais célere e acessível aos jurisdicionados. São exemplos destas inovações legislativas a criação do Juízo Arbitral, dos Juizados Especiais e, mais recentemente, do processo judicial eletrônico.

A edição de Lei no. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, trouxe mudanças procedimentais e alterou dispositivos do Código de Processo Civil, com a finalidade de ajustá-los à nova realidade imposta pelos meios eletrônicos. Essas alterações são resultados do esforço do Poder Judiciário para buscar a eficácia da tutela jurisdicional e para tornar realidade o princípio da razoável duração do processo, que foi introduzido pela Emenda Constitucional no. 45 de 2004.

O processo judicial eletrônico já foi implantado por muitos Tribunais em todo o país. É visto como importante ferramenta para descongestionar a Justiça brasileira, que não conta com número suficiente de magistrados e serventuários e, em muitas esferas, não tem estrutura adequada para a execução dos serviços. Esse novo modelo pode gerar significativa economia na tramitação dos processos, pois o tempo que é gasto com o deslocamento dos autos físicos corresponde à 70% de seu curso, o que é encurtado no meio eletrônico (CNJ, 2015). Há o risco, contudo, de que o processo judicial eletrônico, ao buscar a celeridade processual, prejudique a efetividade

do acesso à justiça, refletindo negativamente na aplicação de princípios constitucionais tradicionais.

O presente trabalho tem o objetivo de mostrar que o uso dessa nova ferramenta na tramitação dos feitos processuais tornará necessária nova abordagem de importantes princípios constitucionais, como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da celeridade processual, da publicidade e, principalmente, do acesso à justiça e da igualdade. O estudo divide-se em três partes: na primeira, serão abordados os motivos que levaram à informatização do processo judicial brasileiro; na segunda, serão estudados os princípios constitucionais pertinentes ao processo judicial eletrônico e as possíveis inovações em suas leituras. Por fim, será avaliado se o uso das novas tecnologias pelo Poder Judiciário efetivamente contribuirá para o acesso à justiça e para a almejada efetividade da prestação jurisdicional.

### 2. A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

#### 2.1. CONCEITO DE PROCESSO JUDICIAL

Ao lado da jurisdição e da ação, o processo é instituto fundamental do direito processual. Estão interligados e dão forma e estrutura ao processo judicial. A jurisdição, que é o poder de dizer o direito, não funciona sem a provocação dos interessados. É realizada com o ajuizamento da ação, que tem como primeiro ato a distribuição de petição inicial. Uma vez provocada, a jurisdição é movimentada.

Os atos processuais não são praticados livremente, pois devem obedecer aos critérios estabelecidos por lei (DONIZETTI, 2014). Assim, apesar de deter o monopólio da função jurisdicional, o Estado, por meio do Poder Judiciário, não pode atuar de forma discricionária. Para tanto, submete-se a método de atuação previamente definido, que é o processo (THEODORO JUNIOR, 2014).

O processo não é apenas uma série de atos praticados pelo Juízo. É mais complexo, pois envolve a relação jurídica de direito público, geradora de direitos e obrigações para o magistrado, para as partes litigantes e para seus demais sujeitos. Tem por objetivo aplicar a vontade concreta da lei, para dirimir as controvérsias entre os jurisdicionados com a prestação da tutela jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2014).

Segundo Donizetti (2014), para a doutrina processual moderna o processo não é apenas instrumento da jurisdição, mas seu elemento validador e disciplinador. A prestação jurisdicional só terá validade se forem respeitados os preceitos processuais vigentes. Theodoro Junior (2014, p. 182) ensina que:

[...] Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito ao processo, como meio indispensável à realização da Justiça. A Constituição, por isso, assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais. [...]

Watanabe (2012) conclui que, dos debates e abstrações que enquadram o direito processual como ciência autônoma, os processualistas contemporâneos buscam atribuir maior instrumentalismo ao processo, com vistas a aprofundar seu papel de aplicação do ordenamento jurídico. Reformulam-se e se adaptam institutos tradicionais, para que novos conceitos tornem o processo capaz de cumprir sua verdadeira função, que é a de tutelar direitos materiais. É o chamado instrumentalismo substancial, que se opõe ao instrumentalismo formal ou meramente nominal (WATANABE, 2012).

Assim, o processo deve ser visto como instrumento da Justiça para aplicar o direito ao caso concreto. Tem princípios e regras próprios, que decorrem do conjunto de normas jurídicas que formam o direito processual. Este ramo do direito tem a missão de instrumentalizar a composição dos litígios que são levados ao Poder Judiciário. Deve garantir a aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da celeridade processual, do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, além dos princípios decorrentes das leis infra-constitucionais (DONIZETTI, 2014).

## 2.2. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O direito processual recebe grande influência das disposições constitucionais, na medida em que deve respeitar os princípios estabelecidos na Norma Fundamental. O estudo dos procedimentos processuais, feito a partir dos princípios, garantias e disposições consagrados na Constituição Federal é denominado de direito processual constitucional. Para Dinamarco (2013, p. 375):

[...] O direito processual constitucional exterioriza-se mediante (a) a tutela constitucional do processo, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais etc.) e (b) a chamada jurisdição constitucional das liberdades, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais. [...]

Nery Junior e Nery (2015) ensinam que o direito processual constitucional não é novo ramo do direito processual e deve ser visto como ramo metodológico da mesma disciplina. Permite analisar o processo como instrumento de efetividade de valores constitucionais sob diferentes vertentes, como a jurisdição constitucional das liberdades, defendida por meio dos remédios constitucionais, a tutela constitucional dos princípios fundamentais de organização judiciária e a tutela constitucional do processo, que abrange o direito de ação e outras garantias dele decorrentes. As normas processuais alcançaram *status* constitucional, pois sua interpretação deve ser re-

alizada à luz dos princípios consagrados na Constituição. O processo judicial deve ser também garantista e não apenas ter função instrumental.

A interpretação constitucional do processo tem por objetivo limitar o poder estatal e impedir a instalação de um sistema jurídico autoritário. Esses limites são ditados pelos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 para o sistema processual pátrio. Assim, o sistema processual brasileiro é visto como consequência lógica dos valores consagrados no texto constitucional (THEODORO JUNIOR, 2014).

## 2.3 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Em 1992, o Brasil ratificou, por meio do Decreto no. 678, de 06 de novembro de 1992, o Pacto de São José da Costa Rica. Em seu artigo 8º., referido diploma legal estabelece a razoável duração do processo judicial como direito fundamental dos litigantes o que, por meio dos parágrafos 1º. e 2º., do artigo 5º., da Constituição Federal de 1988, teve aplicação imediata. Com isso, o atraso na entrega da prestação jurisdicional, no Brasil, atentar contra direito fundamental da pessoa humana (NERY JUNIOR; NERY, 2015). O Poder Judiciário é parte essencial da estrutura que garante a aplicação dos direitos fundamentais, pois o texto constitucional impõe a existência de instituições capazes de assegurá-los.

A Emenda Constitucional no. 45, de 8 de dezembro de 2004, destacou a celeridade processual como princípio a ser buscado pelos órgãos do Poder Judiciário. Para se alcançar mais rapidez na solução dos litígios, em razão da crescente demanda pela tutela jurisdicional, verificou-se a necessidade de aplicação de inovações tecnológicas ao processo. Assim, buscou-se promover o acesso mais célere, menos oneroso e mais adequado à justiça para a sociedade (ABRÃO, 2011). O ordenamento jurídico brasileiro tem passado por mudanças que visam promover o maior acesso à justiça, para torná-la mais rápida e eficaz. A intenção do legislador é aproximar a jurisdição da população. Cada vez mais, exige-se que a entrega de prestação jurisdicional tenha efetividade e que a solução dos litígios aconteça em prazo razoável. Para Nery Junior e Nery (2015, p. 201):

[...] O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto, a aceleração das comunicações via *web* (internet, e-mail), fax, celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para que haja solução rápida dos processos judiciais e administrativos. A cultura globalizada deu maior visibilidade a vantagens e desvantagens, acertos e equívocos dos poderes públicos em virtude da exposição a que eles estão sujeitos, situação que é decorrência da transparência própria da democracia. [...]

Dinamarco (2007) menciona relevante trabalho da doutrina para a formação de novos conceitos de sistema processual, para que seja embasado em pilares político-constitucionais.

Especial destaque é dado para a tutela jurisdicional do processo constitucional e para as garantias estabelecidas pelos direitos fundamentais, a fim de possibilitar que o Poder Judiciário resgate credibilidade e legitimidade perante a sociedade. Segundo Strenger (2014, p. 19):

[...] A lentidão na prestação do ofício jurisdicional, além de repercutir no plano individual dos cidadãos, que se veem tolhidos na realização material de uma pretensão reclamada em juízo, ainda exalta severas consequências no âmbito do desenvolvimento da participação democrática e na preservação da estabilidade da ordem pública. Tal fato sucede porque, no mundo atual, de globalização das economias e de proliferação dos meios de acesso à informação, o Estado tem de deixar de ser aquele mastodonte pesado [...] para assumir de uma vez por todas a condição de garantidor de direitos e de promotor do bem comum, como manda a Carta Política de 1988. [...]

O processo judicial eletrônico tem relevante função nesse sentido, na medida em que trouxe mudanças para a lei processual e facilitou a atuação dos sujeitos do processo. Ganhou forma com a edição da Lei no. 11.419/2006, como ferramenta que possibilitou a informatização dos autos do processo e de sua tramitação. A aplicação da tecnologia ao processo judicial não teve início com o advento de referido diploma legal, pois outras leis já tinham tratado do tema. Entretanto, sua implementação teve maior avanço a partir da edição da norma em estudo (TEIXEIRA, 2014).

Abrão (2011) ressalta que a Lei no. 11.419/2006 trouxe importantes mudanças para o trâmite do processo judicial, ao regular o uso da assinatura eletrônica, alterar prazos e permitir a realização de citação e de intimação por meios eletrônicos, inclusive pelo Diário de Justiça eletrônico. Em seu artigo 8º., estabelece que “os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais”. Preceitua, no artigo 1º., que suas regras serão aplicadas “indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição”. No artigo 7º., dispõe sobre as “cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário”. Para Abrão (2011, p. 6):

[...] Enfim, a verdadeira revolução aplicada ao campo jurídico tem seu nascedouro por intermédio da Lei 11.419/2006, cujo escopo é materializar a intenção de disciplinar o processo eletrônico [...] na perspectiva de agilizar, dinamizar, encurtando os entraves causados pela burocracia e pelo distanciamento sempre comum no encaminhamento da causa. [...]

Segundo Teixeira (2014), apesar de não haver expressa menção na Lei no. 11.419/2006, é certo que poderá ser aplicada aos processos eleitoral, militar e marítimo, entre outros. Como exemplo, menciona que o Conselho Nacional de Justiça vale-

se de referida lei para processar eletronicamente seus feitos. Na mesma linha é o pensamento de Donizetti (2014, p. 130):

[...] Uma interpretação teleológica da Lei nº 11.419/2006 permite afirmar que se admite a prática de todos os atos processuais por meio eletrônico, o que engloba a própria transmissão e anexação aos autos virtuais (armazenamento), em qualquer modalidade de processo (civil, penal, trabalhista, eleitoral), em qualquer órgão do Judiciário, qualquer que seja a atividade do juiz (cognitiva, executiva ou acautelatória) e qualquer que seja o procedimento adotado (ordinário, sumário, especiais, ou o adotado nos juizados especiais). [...]

Assim, com base nos conceitos ora apresentados e nos dispositivos da Lei no. 11.419/2006, o processo judicial eletrônico pode ser conceituado como método de tramitação de ações judiciais, caracterizado pela utilização de meios eletrônicos de informática (ABRÃO, 2011). Não obstante o termo adotado por lei, a expressão mais apropriada seria ‘procedimento eletrônico’. As peças processuais passaram a tramitar de forma eletrônica, mas permaneceu inalterado o clássico conceito de processo judicial enquanto relação jurídica entre as partes (ATHENIENSE, 2010).

### 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

O processo judicial é o instrumento utilizado pelo Estado para a prestação da tutela jurisdicional. O processo judicial eletrônico tem a mesma função, mas prescinde do papel e usa recursos de informática em suas fases. De qualquer modo, deve obediência aos mesmos princípios constitucionais do processo tradicional.

Atheniense (2010) ensina que os princípios são orientações de caráter geral e direcionam o entendimento racional da norma que compõe, em dado momento histórico, a estrutura do ordenamento jurídico. Pela definição clássica de Mello (2001, p. 771), princípio deve ser visto como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido do harmônico. [...]

Para Didier Junior (2014), o estudo da definição dos princípios, em qualquer ramo do direito, é de suma importância para sua compreensão, pois fundamentam as normas criadas pelo legislador. Ao tratar das novas características do pensamento jurídico contemporâneo, sustenta que os princípios deixaram de ser apenas técnica de integração do direito, ou seja, fonte supletiva, para servir como espécie nuclear de norma jurídica fundamentada. A principal causa de violação dos princípios constitucionais, no entanto, ainda são as reformas legislativas das normas processuais. Por vezes, com o propósito de solucionar problemas pontuais, o legislador promove

mudanças no ordenamento jurídico sem avaliar os reflexos nos princípios.

Marinoni (2013) lembra que, em determinadas situações, dois princípios podem ser conflitantes, sendo importante sopesá-los com razoabilidade para avaliar a melhor aplicação ao caso concreto, hipótese em que o princípio não utilizado manterá sua vigência. Alguns princípios constitucionais balizadores do direito processual receberão nova abordagem com as inovações advindas da informatização do processo judicial. Entre eles, podem ser relacionados o do devido processo legal, o do contraditório e da ampla defesa, o da celeridade processual e o da publicidade, além dos princípios da igualdade e do acesso à justiça.

### 3.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal está expresso no artigo 5º., inciso LIX, da Constituição Federal de 1988. É princípio fundamental, do qual se originam outros princípios, garantias e fundamentos do processo judicial (DONIZETTI, 2014). A Declaração Universal dos Direitos do Homem trouxe o conceito que deu origem ao moderno entendimento do princípio em estudo, em seu artigo XI, no. 1, ao assegurar que:

[...] Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. [...]

Conforme Donizetti (2014), esse princípio tem dimensões material e formal. Pela primeira, é visto como os direitos de processar e de ser processado, o que deve ser feito de acordo com as normas preestabelecidas que, por sua vez, respeitaram o devido processo legislativo. A dimensão formal, também chamada de substancial, é a imposição de que as normas sejam razoáveis e interpretadas de forma proporcional, para garantir meios mínimos e efetivos de acesso à tutela jurisdicional.

O disposto no artigo 5º., inciso LIX, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, em outros dispositivos legais, permite concluir que o princípio em estudo consagra um conjunto de garantias processuais que possibilitam um processo justo e gerador de decisões legítimas. É nesse contexto constitucional que o princípio do devido processo legal liga-se à justiça, à efetividade e à prestação da tutela jurisdicional. Assume o papel de ‘superprincípio’, responsável por coordenar e delimitar os demais princípios que inspiram o processo judicial. Torna possível a proporcionalidade e a razoabilidade que devem inspirar a vigência e a harmonização do direito processual pátrio (THEODORO JUNIOR, 2014). Didier Junior (2014, p. 47) pondera que o conteúdo mínimo expresso pelo princípio em estudo, apesar de não ser suficiente para solucionar a complexidade dos problemas da prestação jurisdicional, continua a ajustar-se às necessidades da época em que é aplicado:

[...] Obviamente, o que se entendia como devido no século XIV (época de absolutismo monárquico, teocracia etc.) não foi o que se entendeu como devido no início do século XX (consolidação da igualdade formal, separação entre Igreja e Estado, desenvolvimento acelerado da industrialização etc.), não é o que se entende como devido atualmente (informatização das relações, sociedade de massas, globalização etc.) nem será o que se entenderá daqui a dois séculos. [...]

Atheniense (2010, p. 91) afirma que o processo judicial eletrônico deve inovar na aplicação do princípio do devido processo legal, em razão da nova roupagem da prática processual e da comunicação dos atos processuais, que serão realizadas pela via eletrônica:

[...] A Lei nº 11.419/2006 preceitua como serão praticados os atos processuais que, antes, eram essencialmente presenciais e impressos, e, agora, poderão ser efetuados por meio de documento eletrônico e realizados remotamente. Como exemplos, destacamos as intimações, que passam a ser realizadas mediante a publicação em portais dos tribunais de origem; ou a publicação dos atos processuais, que deverá ser feita em diários de justiça eletrônicos, criados por cada tribunal. As formalidades do processo tradicional continuam a serem obedecidas. [...]

A busca por um processo justo passa pela efetividade e pela celeridade processuais. Esses objetivos devem ser perseguidos tanto pelo legislador como pelo julgador. Contudo, a aplicação do princípio do devido processo legal dependerá, a partir da utilização do processo judicial eletrônico, de infraestrutura que permita o acesso ao sistema e disponibilize seus termos aos interessados. Sem a efetiva funcionalidade do sistema eletrônico, de modo que sejam atendidas as necessidades da prática jurídica, pode ocorrer o desrespeito ao princípio constitucional do devido processo legal (ATHENIENSE, 2010).

### 3.2. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Theodoro Junior (2014) sustenta que os princípios do contraditório e da ampla defesa decorrem diretamente do princípio do devido processo legal. Aproximam-se, também, do princípio da isonomia, pois têm por escopo trazer igualdade entre as partes, ao proibir diferenciações que interfiram no provimento jurisdicional. Exigem que os litigantes sejam ouvidos, garantindo-lhes o pleno direito de produção de provas, ao assegurar a bilateralidade das manifestações durante o processo judicial. A aplicação desses princípios é tão importante que sua inobservância pelo magistrado pode acarretar a nulidade do processo. Nery Junior e Nery (2015, p. 211) versam sobre o princípio em estudo, ao analisar o artigo 9º., da Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil, que dispõe que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”:

[...] O atendimento ao princípio do contraditório pressupõe que o órgão julgador dê a mais ampla possibilidade

de o litigante manifestar-se no processo, bem como a parte acompanhar e participar da colheita de prova [...] Nesse ponto, parece superada a clássica afirmação de que o processo civil não visa à verdade real, ao contrário do que ocorre no processo penal. Como não se pode restringir o acesso das partes à produção das provas, procura-se ao máximo garantir que elas possam fazer valer seus pontos de vista com base nessas mesmas provas. [...]

O princípio do contraditório está expresso no artigo 5º., inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse princípio apresenta duas dimensões: uma formal, que é o direito de participar do processo, nele intervir e ser ouvido; e outra substancial, segundo a qual a intervenção deve ser efetiva e capaz de influenciar no convencimento do magistrado que julgará o litígio (DONIZETTI, 2014). Theodoro Junior (2014, p. 28), ao sustentar que a aplicação do princípio do contraditório está ligada à busca pelo processo justo, afirma o quanto segue:

[...] Enfim, quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se pretende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais. Isso não decorre, porém, da supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios. O devido processo legal, síntese geral da princiologia da tutela jurisdicional, exige que o contraditório, às vezes, tenha de ceder momentaneamente a medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo. [...]

O princípio da ampla defesa está igualmente previsto no artigo 5º., inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Liga-se à dimensão substancial do princípio do contraditório, pois também busca que se permita às partes participar da formação do convencimento do julgador. A ampla defesa não é atribuída apenas ao réu, já que beneficia, da mesma forma, o autor, do que decorre a maior amplitude do direito de ação. Como exemplo, o ato do juiz que impeça a produção de provas pelo autor pode caracterizar prejuízo a essa garantia constitucional (DONIZETTI, 2014).

O processo judicial eletrônico deve garantir a aplicação dos princípios em estudo por meio de eficiente comunicação dos atos processuais. Não podem ocorrer interrupções no sistema informatizado, pois resultariam em cerceamento de defesa. Além de eficaz, a comunicação deve ser confiável. Por outro lado, a disponibilização eletrônica da íntegra dos atos do processo, que pode ser acessada a qualquer momento, ampliou a esfera de atuação de seus sujeitos (ATHENIENSE, 2010).

Em relação à comunicação dos atos processuais, ao estabelecer que as citações e intimações podem ser realizadas por meio eletrônico, em seu artigo 9º., a Lei no. 11.419/2006 trouxe mais celeridade ao trâmite processual. Entretanto, o le-

gisladador, no parágrafo segundo do mesmo artigo, antevendo a ocorrência de problemas técnicos que pudessem prejudicar a aplicação dos princípios em estudo, preocupou-se em permitir a alternativa da prática dos atos processuais pela forma tradicional. Segue a letra da lei:

[...] Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído. [...]

Referido dispositivo encontra correspondente legislativo no parágrafo único, do artigo 198, da Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, que dispõe que será admitida a prática de atos por meio não eletrônico nos locais em que não estiverem à disposição do público e dos advogados equipamentos necessários para essa finalidade (Nery Junior; Nery, 2015).

Atheniense (2010) sustenta que com o processo judicial eletrônico deve ocorrer a ampliação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois haverá a utilização do documento eletrônico como meio de prova para a formação do convencimento do magistrado. Na medida em que as relações humanas tendem a migrar para as formas eletrônicas de interação social, o número de documentos digitais aumentará em igual proporção. Ao serem juntados aos autos, esses documentos eletrônicos servirão como instrumentos de prova que facilitarão a solução da lide. Sobre o tema, a Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, dispõe, em seu artigo 193, que “os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.” Abrão (2011) também sustenta que o avanço da tecnologia e de sua aplicação ao processo judicial trará benefícios aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois ampliará a possibilidade de produção de provas pelas partes e facilitará a manifestação para contrapô-las.

### 3.3. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A aplicação do princípio da celeridade processual no ordenamento jurídico brasileiro foi incentivada com Emenda Constitucional nº 45/2004. Está prevista no inciso LXXVIII, artigo 5º., da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Por sua aplicação, a prestação jurisdicional deve ser realizada com duração razoável e por processo célere (Nery Junior; Nery, 2015). É decorrência do consagrado princípio do devido processo legal. Donizetti (2014, p. 99) afirma que “o processo devido é o processo tempestivo, capaz de oferecer, a tempo e modo, a tutela jurisdicional”.

Theodoro Junior (2014) sustenta, em contrário, que a aplicação de outros princípios mais relevantes, como o do contraditório e o da ampla defesa, pode interferir necessariamente na celeridade do processo judicial. Destaca que o direito à produção de provas e aos recursos são garantias constitu-

cionais que não podem ser mitigadas. Por seu ponto de vista, devem ser evitados discursos autoritários, pelos quais, em nome da celeridade, atropela-se o princípio do devido processo legal e não se analisam adequadamente as pretensões deduzidas em juízo pelas partes. Do mesmo modo, Nery Junior e Nery (2015, p. 203) ponderam que:

[...] A busca pela celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submissão do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e a razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. [...]

Theodoro Junior (2014) defende que a celeridade processual precisa caminhar ao lado do devido processo legal. Segundo o autor, deve ser buscado o equilíbrio, para se respeitar a complexidade da matéria debatida no processo, as pretensões dos litigantes e os meios adequados para a atuação jurisdicional.

A Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, dispõe, em seu artigo 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Nery Junior e Nery (2015, p.198), em comentários ao artigo, afirmam que “a garantia constitucional da celeridade na duração do processo implica o direito fundamental de o cidadão obter a satisfação de seu direito reclamado em juízo, em prazo **razoável**” (grifo nosso). Para Tavares (2012, p. 75):

[...] A razoabilidade referida representa uma quebra dessa preocupação exclusiva com a rapidez, pois o processo deverá durar o mínimo, mas também todo o tempo necessário para que não haja violação da qualidade na prestação jurisdicional. Ainda assim, não há como negar a importância da celeridade quando se fala em razoável duração. [...]

Abrão (2011) destaca que a informatização do processo judicial poderá trazer considerável redução no tempo de sua tramitação, pois eliminará o período em que os autos físicos aguardam movimentações, como os decorrentes dos atos burocráticos tradicionais de numeração de páginas, autuações e deslocamento. Menciona, também, o controle automático dos prazos processuais, que passa a ser realizado pelo sistema eletrônico.

Teixeira (2014, p. 444) afirma que o “processo judicial eletrônico trará economia de aproximadamente 70% do tempo de duração do processo, quanto à sua parte burocrática-administrativa”. No processo físico, grande parte do tempo gasto com sua tramitação decorre da realização de atos secundários, o que pode ser evitado no meio eletrônico. Pesquisa realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que analisou oitocentos e cinquenta e quatro processos judiciais, entre físicos e digitais de mesma natureza, demonstrou que no

meio eletrônico o tempo de espera das sentenças diminuiu em sete vezes. Enquanto no processo convencional a média era de seiscentos e trinta e cinco dias, no processo judicial eletrônico foi de apenas oitenta e nove dias (TJ-CE, 2015). O processo judicial eletrônico também otimizará o cumprimento das cartas precatórias, evitando as manobras das partes para acarretar prescrição ou conduzir o processo judicial a resultado ineficaz, ao solicitar a oitiva de testemunha em cidade ou país diverso do local de tramitação do feito (TEIXEIRA, 2014). Para Abrão (2011, p. 26):

[...] Atualmente, as precatórias transitam com o prazo mínimo de cumprimento de seis meses; ao contrário, as cartas rogatórias percorrem prazo flexível, quando cumpridas, de dois a quatro anos. Assim, a transmissão feita por meio eletrônico se apresenta impressionantemente moderna e define modelo absolutamente plausível para reduzir as distâncias. [...]

O texto constitucional, ao dispor sobre o processo, alude aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988), do que se conclui que, com a implantação do processo judicial eletrônico, a correta aplicação do princípio da celeridade processual passa a depender da existência de mecanismos eficientes. Tavares (2012, p. 76) pondera que “esses direitos (...) desacompanhados de outras medidas que lhes confirmem sustentação e realizabilidade, acabarão ecoando no vazio, como um conjunto de palavras estereis”.

O sistema eletrônico, se for implantado adequadamente, trará vantagens para a aplicação do princípio da celeridade processual. Agilizará a tramitação do processo, de modo a respeitar o preceito constitucional de sua razoável duração e viabilizar decisão judicial mais eficiente (ATHENIENSE, 2010).

### 3.4. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Em regra, todos os atos que são praticados no processo judicial, inclusive os de natureza decisória, devem ser públicos e divulgados de forma oficial. Essa garantia é extraída dos artigos 5º, inciso LX, que dispõe que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, e 93, inciso IX, ambos, da Constituição Federal de 1988, este último abaixo transcrito:

[...] Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. [...]

A publicidade dos atos do processo judicial é necessária para se permitir o controle pela sociedade dos serviços judiciais, excetuados os que são protegidos por sigilo. O princípio em análise possibilita, também, a efetiva aplicação do devido processo legal e dos princípios que dele decorrem, como os

do contraditório e da ampla defesa. As respostas das partes às intimações feitas durante o trâmite do processo dependem de prévia ciência dos atos praticados (DONIZETTI, 2014). Do mesmo modo, Clementino (2013) salienta que a disponibilização do processo judicial na *internet* pelos tribunais amplia o conhecimento pelas partes das fases e atos realizados, propiciando a intervenção oportuna dos interessados. A publicidade dos atos do processo nos autos físicos está restrita ao ambiente do cartório em que são armazenados. Segundo Nery Junior e Nery (2015, p. 194):

[...] Tornar público é disponibilizar de forma ampla a informação; tornar acessível é disponibilizar os meios pelos quais se pode checar ou obter a informação. O princípio da publicidade, constitucionalmente assegurado, sem dúvida ganha muito com o processo eletrônico se o Judiciário promover a mais ampla divulgação dos dados e informações por meio eletrônico. Ao mesmo tempo, se optar por aplicativos e programas de última geração, de que nem todos têm condição de dispor, deverá colocar à disposição o equipamento necessário para consulta das informações. [...]

A Lei no. 11.419/2006 trouxe prescrição semelhante à da legislação processual comum em vigor, ao dispor, no artigo 11, parágrafo 6º., *in verbis*:

[...] Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio de rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça. [...]

Sobre a necessidade de sigilo no processo judicial eletrônico, Nery Junior e Nery (2015, p. 700) ponderam que:

[...] Por certo, o sigilo é tão relevante no processo eletrônico quanto no convencional. Sendo assim, também deverão ser adotadas tecnologias que permitam o acesso ao conteúdo do processo eletrônico apenas aos advogados constituídos (p. ex., mediante senha), justamente em razão da ampla publicidade conferida pela *internet*, que, mesmo em situações supostamente protegidas, extravasa seus conteúdos a quem não convém (p. ex. hackers). [...]

Teixeira (2014) ressalta que, mesmo com algumas desvantagens, o sistema eletrônico está sujeito a menos falhas que o processo tradicional. A assinatura eletrônica trouxe mais segurança aos atos realizados no processo judicial, ao permitir o acesso somente aos verdadeiros interessados na solução da demanda. Assim, apesar das dificuldades ainda existentes, o processo judicial eletrônico potencializa a aplicação do princípio da publicidade, ao permitir o acesso às partes e ao Ministério Público por meio da rede mundial de computadores. Sem necessidade de deslocamento, poderão acessar a íntegra dos autos do processo de forma instantânea e de qualquer lugar que permita o uso da *internet* (ATHENIENSE, 2010).

#### 4. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DO ACESSO À

#### JUSTIÇA NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO FRENTE À REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA

Segundo Cappelletti e Garth (1988), os sistemas jurídicos modernos não estão imunes às críticas, no sentido de se identificar se atendem aos seus efetivos beneficiários. Assim, sofrem interferências de correntes de pensamentos de outras áreas das ciências sociais, como a sociologia, a ciência política e a economia. A essas influências, o direito moderno reage de forma criativa, com o propósito de se manter eficaz, facilitando o acesso à justiça. Neste sentido, os princípios constitucionais da igualdade e do acesso à justiça foram os mais atingidos com a informatização do processo judicial, merecendo estudo em separado.

O princípio constitucional da igualdade (ou da isonomia) está consagrado no *caput* do artigo 5º., da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “todos são iguais perante a lei”. Está relacionado à ideia de processo justo, segundo a qual as partes e seus procuradores devem ser tratados igualmente, evitando distinções que proporcionem vantagens ou desvantagens à determinada categoria de indivíduos no trâmite do processo (DIDIER JUNIOR, 2014). O preceito constitucional em estudo deve ser visto com ponderação, pois as pessoas são diferentes e devem ser consideradas na medida de suas desigualdades (DONIZETTI, 2014). Assim, a igualdade que é objeto de garantia constitucional, como lembra Dinamarco (2013, p. 208), significa:

[...] promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrente essas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala. [...]

Donizetti (2014, p. 98) acrescenta que o devido processo legal será “aquele que assegure a paridade de participação e oportunidades, levando em consideração as várias desigualdades que existirem entre os litigantes”. Sobre o tema, a Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 7º., dispõe que:

[...] É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. [...]

Pela aplicação do princípio da igualdade, as partes devem ser tratadas como iguais no processo. Caso estejam em situação de desequilíbrio, caberá ao julgador estabelecer mecanismos que mitiguem essa discrepância, que pode ser ainda maior no processo judicial eletrônico, dada a habitual diferença de domínio dos meios de informática pelos litigantes.

O inciso XXXV, do artigo 5º., da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a lei não poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de prerrogativa constitucional que garante a todos os cida-

dãos o direito de ação, também chamada de inafastabilidade do controle jurisdicional. A Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, no artigo 3º., da mesma forma, preceitua que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão ao direito”. Para Nery Junior e Nery (2015, p. 187):

[...] Todos têm o direito de acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Por tutela adequada entende-se a que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera. [...]

Donizetti (2014) sustenta que o princípio em questão traduz tanto a garantia de acesso ao Poder Judiciário quanto à própria justiça, ou seja, o direito à apreciação das pretensões formuladas pelas partes. Desta forma, o órgão jurisdicional, quando provocado, não pode deixar de exercer a função constitucional de dirimir os litígios que lhe são submetidos por meio do processo judicial.

Para Dinamarco (2007), o acesso à justiça é o mais importante dos valores a serem respeitados pela doutrina processualista. A garantia constitucional da tutela jurisdicional apresenta natureza de princípio-síntese, como objetivo final de todos os demais princípios e garantias que formam o direito processual constitucional. Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 5), o acesso à justiça “pode ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Chelab (2010) ensina que a implantação do processo judicial eletrônico amplia o acesso à justiça, ao disponibilizar a íntegra dos autos do processo ininterruptamente e de qualquer lugar, além de permitir o protocolo de petições dirigidas aos tribunais mais distantes. Ressalva, contudo, que esses benefícios, em momento de transição para os autos virtuais, estão restritos àqueles que tenham acesso à *internet* e à banda larga, desde que possuam o certificado digital.

Segundo Atheniense (2010), a implantação do processo judicial eletrônico deve trazer grandes discussões quanto à aplicação dos princípios da igualdade e do acesso à justiça. A principal delas, segundo o autor referido, decorre das desigualdades sociais existentes em nosso país. Causadoras da exclusão digital, as discrepâncias econômica e cultural impedem que os cidadãos tenham acesso às inovações tecnológicas, como computadores e *internet*, instrumentos necessários, segundo a Lei no. 11.419/2006, para que se obtenha a prestação jurisdicional nos feitos eletrônicos. Para Adorno Júnior e Soares (2013, p. 79):

[...] Apesar das inegáveis benesses do processo eletrônico, não se pode olvidar da análise dos problemas dele advindos, cuja ocorrência é possível, sobretudo em período de transição. Uma das facetas mais preocupantes é, sem

dúvida, a da necessidade de se criar uma política de inclusão digital no Brasil. [...]

Frente aos requisitos exigidos para o acesso ao processo judicial eletrônico, é certo que seu sucesso dependerá da inclusão digital dos brasileiros. Demandará política governamental que permita à população o acesso à tecnologia, de forma que seus benefícios não sejam privilégios de poucos (ATHENIENSE, 2010).

Strenger (2014) sustenta que, com a implantação do processo judicial eletrônico, o efetivo acesso à justiça não se resumirá à possibilidade de provocação do Estado para solucionar os litígios. Para que o cidadão comum tenha acesso a essa nova ferramenta, serão necessários equipamentos que permitam a digitalização de peças processuais e computadores modernos, com conexão rápida e estável à *internet*, o que é caro e ainda não está disponível em todas as regiões do país. Nesse ínterim, caberá ao Poder Judiciário disponibilizar a estrutura necessária para que as partes tenham acesso ao novo sistema, evitando desigualdades processuais entre os litigantes, advindas da falta de instrumentação tecnológica. É o que preceitua o artigo 10º., parágrafo 3º., da Lei no. 11.419/2006, ao dispor que “os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.”

Cumprir esse comando legal não significa apenas disponibilizar os equipamentos. É preciso tê-los em quantidade adequada e suficiente para atender aos demandantes, em todas as localidades, sem distinção (STRENGER, 2014). O apoio aos jurisdicionados por servidores treinados para ajudar no manuseio do sistema informatizado, com suportes técnico e jurídico aos interessados, é medida igualmente necessária. Sobre o tema, a Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil, inovou, ao dispor, em seu artigo 198, que:

[...] As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes.

Parágrafo único. **Será admitida a prática de atos por meio eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no caput.** [...] (grifo nosso).

Em razão das desigualdades sociais existentes entre os brasileiros, é preciso, ainda, que se dê tratamento diferenciado àqueles que não têm condições econômicas ou conhecimento técnico para utilizar a nova ferramenta processual. Grande parte dos jurisdicionados sequer tem condições de promover, por conta própria, o encaminhamento de petições. Caso contrário, o direito de postular por conta própria nos Juizados Especiais, assim como o exercício do *jus postulandi* na esfera trabalhista, estariam fadados à extinção (STRENGER, 2014). Para Clementino (2011, p. 141):

[...] Deve-se conferir tratamento privilegiado de não obrigatoriedade somente àqueles que não detiverem con-

dições técnicas e econômicas para ingressar de plano no novo modelo processual que se pretende estabelecer. Poderá ser conferido tratamento distinto entre as partes no Processo Eletrônico, no sentido de se impor às pessoas jurídicas de Direito Público, bem como, às pessoas jurídicas de Direito Privado de razoável expressão econômica, a obrigação de criar facilidades para a efetivação do Processo Eletrônico, como, exemplificativamente, para o recebimento de citações e intimações pela Via Eletrônica. [...]

Por mais relevantes que sejam os benefícios trazidos pelo processo judicial eletrônico, não poderão prejudicar os direitos conquistados pelos cidadãos. A modernização do processo precisa cuidar de não excluir os que mais necessitam da prestação jurisdicional. O processo judicial eletrônico deve ser ferramenta para ampliar o acesso à justiça e torná-la mais célere. Sensibilizar-se com as dificuldades reais de acesso a essa modernidade é utilizar a tecnologia em benefício dos indivíduos, escopo maior da jurisdição. Não se pode dar um passo à frente na modernização do processo, com a implantação da modalidade eletrônica, à custa de se regredir décadas nos avanços alcançados com o direito de acesso à justiça, segundo Gonçalves (2011), *apud* Adorno Júnior e Soares (2013). Para Clementino (2011, p. 136):

[...] O êxito na implantação do Processo Judicial Eletrônico está diretamente associado a políticas públicas de inclusão social digital, para que esta não se torne uma via de uso exclusivo das classes economicamente mais favorecidas da população, criando-se uma duplicidade de Justiça: a dos ricos (informatizada e, conseqüentemente, mais rápida) e a dos pobres (tradicionalmente mais lenta), maculando de vez o Princípio em discussão [...] A hipossuficiência econômica é um fator que atualmente determina a inacessibilidade aos Computadores e, conseqüentemente, à Internet para a grande maioria da população. É o que hoje se convencionou chamar de “exclusão social”. Mesmo entre os que têm acesso à internet, boa parte não tem o necessário domínio do seu uso e conteúdo. [...]

Desafio trazido pela implantação do processo judicial eletrônico aos princípios constitucionais da igualdade e do acesso à justiça é a manutenção do *ius postulandi*. Trata-se de instituto peculiar ao processo do trabalho, que permite às partes pretear seus direitos pessoalmente (artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho). Na medida em que o trabalhador que não tem assinatura digital, *softwares* e *hardwares* para o acesso ao sistema informatizado, não poderá se valer deste direito. Segundo Oliveira (2012, p. 71):

[...] O mote da celeridade processual pode ter efeitos colaterais e mesmo inibir o uso do *ius postulandi*, causando um problema reflexo de impedimento ao acesso à justiça para resolver a questão da morosidade, problemas estes não verificados em outras esferas do Judiciário, mas existentes no Judiciário Trabalhista [...] Verifica-se, por-

tanto, que, algumas soluções pensadas para problemas usualmente propagados na mídia, como a morosidade na Justiça, podem afetar outras variáveis dependentes, como a viabilidade do acesso à justiça. [...]

O atual sistema jurisdicional carece de mudanças em sua estrutura, para que alcance mais efetividade no desempenho de sua função institucional. O uso da tecnologia no processo judicial é visto como melhor alternativa para se agilizar a prestação jurisdicional. Não bastam, porém, mecanismos processuais informatizados que permitam apresentar respostas rápidas às demandas processuais, pois é necessário que estejam efetivamente acessíveis aos demandantes. A decisão justa somente será possível com o acesso aos meios para se obtê-la. Conforme Strenger (2014, p. 119):

[...] Por certo a celeridade processual não pode estar desvinculada de um amplo acesso à justiça, sob pena de não se concretizar a efetividade da justiça. Em verdade, poder-se-ia dizer que são dois princípios processuais vinculados a direitos assegurados constitucionalmente. Certamente, a busca por resultados não pode justificar a transposição dos limites impostos pelas garantias, pois se estaria objetivando apenas alcançar um processo voltado para bases estatísticas. [...]

O processo deve ter duração razoável e, concomitantemente, as garantias constitucionais que trazem segurança jurídica aos cidadãos precisam ser efetivadas. É essencial que haja o equilíbrio entre os valores almejados pela sociedade: celeridade processual e segurança jurídica. Cappelletti e Garth (1988, p. 58) ponderam que:

[...] por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. [...]

Nery Junior e Nery (2015) ressaltam que a celeridade processual, ampliada com a utilização dos sistemas eletrônicos, não deve ser buscada com o sacrifício de outros princípios do Estado Democrático de Direito, como o do acesso à justiça. Segundo Dinamarco (2007), as decisões judiciais devem ser proferidas no menor prazo possível, mas não podem deixar de observar as garantias constitucionais do devido processo legal, da igualdade processual e do acesso à justiça, que trazem confiança à prestação jurisdicional. Como ensinam Cappelletti e Garth (1988, p. 57):

[...] Ao saudar o surgimento de novas e ousadas reformas, não podemos ignorar seus riscos e limitações. Podemos ser céticos, por exemplo, a respeito do potencial das reformas tendentes ao acesso à justiça em sistemas sociais fundamentalmente injustos. É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais. [...]

Assim, apesar de ser ferramenta eficaz para a celeridade dos feitos judiciais, o processo judicial eletrônico poderá restringir a prestação jurisdicional, ao beneficiar apenas os detentores dos equipamentos de informática. Strenger (2014) alerta para o afastamento entre a realidade social e o plano constitucional que estabeleça os princípios do acesso à justiça e da igualdade entre os litigantes. É a mesma ponderação de Almeida Filho (2015, p. 49), no sentido de que “os que mais têm necessidade de acesso à justiça, conforme relatório da ONU, se encontram excluídos digitalmente ou marginalizados”.

A obrigatoriedade do processo judicial eletrônico poderá prejudicar o acesso à justiça para os que não têm os equipamentos de informática. A solução para o equilíbrio entre os princípios em estudo é a do tratamento desigual dos sujeitos do processo. Evita-se que a nova ferramenta torne-se, como afirma Clementino (2011, p.138), “uma via de uso exclusivo das classes economicamente mais favorecidas da população”, com a criação de duas Justiças diferentes, “a dos ricos que é informatizada e, conseqüentemente, mais rápida e a dos pobres tradicionalmente mais lenta”.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios processuais constitucionais deverão receber nova abordagem no processo judicial eletrônico. Com o avanço da informatização do processo judicial e sua gradativa implantação pelos Tribunais brasileiros, essa constatação será ainda mais cristalina.

A efetiva aplicação do princípio constitucional do devido processo legal depende, nos meios eletrônicos, de infraestrutura que permita ao jurisdicionado o pleno acesso ao sistema e, por conseguinte, à célere prestação jurisdicional. No atual estágio de sua implantação, o processo judicial eletrônico já trouxe nova roupagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A comunicação dos atos processuais, como citações e intimações, por meio de recursos eletrônicos, por exemplo, influi positivamente na aplicação destes princípios. Os documentos eletrônicos, sobre os quais há manifestação bilateral mais rápida, são relevantes meios de prova para a formação do convencimento do magistrado. O princípio da publicidade também foi enaltecido como o maior acesso ao processo eletrônico, pois pode ser feito de qualquer lugar e a todo momento, desde que existente a ligação com a rede mundial de computadores. São implicações positivas para o princípio constitucional do devido processo legal, na medida em que os termos processuais estarão disponíveis para as partes em tempo real, possibilitando acesso instantâneo.

A celeridade da prestação jurisdicional é a maior cobrança que a sociedade brasileira apresenta ao Poder Judiciário. A virtualização do processo teve como principal objetivo alcançar a presteza em seu trâmite. A eliminação do tempo de movimentação de autos físicos é apenas um dos benefícios gerados ao princípio em estudo. O processo judicial eletrônico propicia maior rapidez à tramitação do processo, possibilitando maior eficácia à decisão judicial.

Os princípios do acesso à justiça e da igualdade processual merecem análise particularizada no processo judicial

eletrônico. Apesar de imprimir maior celeridade ao processamento dos feitos judiciais, a nova modalidade de tramitação dos feitos poderá restringir o acesso à prestação jurisdicional, ao beneficiar apenas os detentores de equipamentos eletrônicos. Assim, é preciso estabelecer políticas públicas concretas para a inclusão digital dos cidadãos. A aplicação da tecnologia da informação ao processo judicial não pode funcionar como barreira para o acesso à justiça e resultar em novo fator de exclusão social. O processo judicial eletrônico, desde que haja a efetiva democratização no uso dos mecanismos de informática, incrementará a aplicação dos princípios processuais constitucionais em estudo, possibilitando a prestação jurisdicional mais célere e socialmente justa.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, C. H.. **PROCESSO ELETRÔNICO – PROCESSO DIGITAL**, 3ª. ED., SÃO PAULO: ATLAS, 2011, 152 P.

ADORNO JÚNIOR, H. L.; SOARES, M. C. DOS. **PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO, ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO DIGITAL: OS DESAFIOS DO USO DA TECNOLOGIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CADERNO DE ESTUDOS E PESQUISAS UNIVERSITÁRIAS: UMA PUBLICAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL E ASSISTENCIAL SANTA LÚCIA**. MOGI MIRIM: SANTA LÚCIA, ANO 6, Nº 11, 2013, P. 65-86.

ALMEIDA FILHO, J. C. DE. **PROCESSO ELETRÔNICO E TEORIA GERAL DO PROCESSO ELETRÔNICO: A INFORMATIZAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL**. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2010, 504 P.

ATHENIENSE, A. **COMENTÁRIOS À LEI 11.419/06 E AS PRÁTICAS PROCESSUAIS POR MEIO ELETRÔNICO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**. BELO HORIZONTE: JURUÁ, 2010, 381 P.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL-/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL-/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM)>. ACESSO EM 23/04/2015.

BRASIL. LEI 11.419, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2006. DISPÕE SOBRE A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL; ALTERA A LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. DISPONÍVEL NA INTERNET EM: <[HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\\_03/\\_ATO2004-2006/2006/LEI/L11419.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2004-2006/2006/LEI/L11419.HTM)>. ACESSO EM 20 DE JANEIRO DE 2015.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\\_03/\\_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM](http://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2015/LEI/L13105.HTM). ACESSO EM 30/04/2015.

- BRASIL, PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, ACESSADO EM 29/04/15, DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\\_03/DECRETO/1990-1994/ANEXO/AND678-92.PDF](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/Anexo/AND678-92.pdf). ACESSO EM 23/04/2015.
- CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **ACESSO À JUSTIÇA**. PORTO ALEGRE: SERGIO FABRIS, 1988, 168 P.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.CNJ.JUS.BR/TECNOLOGIA-DA-INFORMACAO/PROCESSO-JUDICIAL-ELETRONICO-PJE/O-SISTEMA](http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/o-sistema). ACESSO EM 13/04/2015.
- CHELAB, G. C. O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: VANTAGENS, DESVANTAGENS E ALGUMAS NOVIDADES. **REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**. V. 23, N. 52. RIO DE JANEIRO: TRT 1ª REGIÃO, JUL./DEZ: 2012, P. 121-131.
- CLEMENTINO, E. B. **PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO**. 1ª EDIÇÃO (2007), 1ª REIMPRESSÃO (2011), CURITIBA: JURUÁ, 2011, 210 P.
- DIDIER JUNIOR, F. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO DE CONHECIMENTO**. 16ª ED., SALVADOR: *JUS PODIVM*, 2014, 626 P.
- DINAMARCO, C. R. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**, VOL. 1, 7ª. ED, SÃO PAULO: MALHEIROS, 2013, 848 P.
- \_\_\_\_\_. **NOVA ERA DO PROCESSO CIVIL**, 2ª. ED, SÃO PAULO: MALHEIROS, 2007, P. 303.
- DONIZETTI, E. **CURSO DIDÁTICO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**, 18ª. ED, SÃO PAULO: ATLAS, 2014, 1612 P.
- GONÇALVES, V. H. P.. **INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL**, DISSERTAÇÃO DE MESTRADO, USP, 2011, 137 P. *APUD* ADORNO JÚNIOR, H. L.; SOARES, M. C. DOS. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO, ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO DIGITAL: OS DESAFIOS DO USO DA TECNOLOGIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. **CADERNO DE ESTUDOS E PESQUISAS UNIVERSITÁRIAS: UMA PUBLICAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL E ASSISTENCIAL SANTA LÚCIA**. MOGI MIRIM: SANTA LÚCIA, ANO 6, Nº 11, 2013, P. 65-86.
- MARINONI, L. G.. **CURSO DE PROCESSO CIVIL: TEORIA GERAL DO PROCESSO**. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2013, 528 P.
- MELLO, C. A. B. DE. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, 13ª. ED, SÃO PAULO: MALHEIROS, 2001, P. 928.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. DE A. **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, 1ª. ED., SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2015, 2845 P.
- OLIVEIRA, C. I. PROCESSO ELETRÔNICO E *IUS POSTULANDI* - O VERSO E O ANVERSO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA. **REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ**, PARANÁ: TRT 9, V.2, 15ª. ED., P. 63 – 75.
- STRENGER, G. **A EFETIVIDADE PROCESSUAL E SUA Celeridade sob o enfoque dos atos processuais no processo eletrônico**. TESE DE DOUTORADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, SÃO PAULO: 2014, 150 P.
- TEIXEIRA, T. **CURSO DE DIREITO ELETRÔNICO E PROCESSO ELETRÔNICO: DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E PRÁTICA**. 2ª ED, SÃO PAULO: SARAIVA, 2014, 496 P.
- THEODORO JÚNIOR, H. ALGUNS REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45, DE 08.12.2004, SOBRE O PROCESSO CIVIL. **REVISTA DE PROCESSO**, N. 124, JUNHO/2005, P. 75-94.
- \_\_\_\_\_. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO**, 55ª. ED., RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2014, 920 P.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. **PROCESSO ELETRÔNICO NO JUDICIÁRIO ESTADUAL PERMITE TRAMITAÇÃO SETE VEZES MAIS RÁPIDA**. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.TJCE.JUS.BR/NOTICIAS/NOTICIA-DETALHE.ASP?NR\\_SQTEX=29150#STHASH.DMGDEQVC](http://www.tjce.jus.br/noticias/noticia-detalle.asp?nr_sqtex=29150#sthash.dmgdeqvc)>. ACESSO EM MAIO DE 2015.
- WATANABE, K. **COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL**, 4ª. ED, SÃO PAULO: SARAIVA, 2012, 196 P.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo  
Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP  
Professor Universitário

RAMIRO VASCONCELOS MUNIZ

Oficial de Justiça do  
Tribunal de Justiça de São Paulo

## OS REFLEXOS DA IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO SOBRE A SAÚDE DE SEUS SUJEITOS PROCESSUAIS

### RESUMO

A implantação do processo judicial eletrônico pelo Poder Judiciário brasileiro trouxe mudanças na forma de prestação jurisdicional. É grande o desafio enfrentado pelos órgãos judiciais na tarefa de elaborar um sistema inovador e confiável, que alcance a celeridade de tramitação dos feitos sem afetar a saúde dos usuários que utilizam essa nova ferramenta no desempenho de suas funções. O presente estudo tem o propósito de destacar os reflexos positivos e negativos sobre a saúde dos sujeitos do processo, decorrentes do uso dessa nova ferramenta de informática, com especial destaque para o teletrabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Judicial Eletrônico; Saúde; Teletrabalho; Sujeitos.

### INTRODUÇÃO

O final do século XX pode ser apontado como o momento histórico em que as tecnologias ligadas à informação e à comunicação mais avançaram e se popularizaram. Essa expansão tem desenhado novos padrões de relacionamentos e de linguagens, cujos impactos ainda não podem ser totalmente mensurados.

As novas ferramentas da tecnologia estão inseridas na sociedade atual de tal maneira, que a convivência sem elas parece improvável e, até mesmo, inevitável. Essa evolução, com o poder de mutação da tecnologia, fez com que a informação transmitida por meio dos novos mecanismos de informática deixasse de ser apenas entretenimento, ou mera comunicação, e alcançasse a condição de ferramenta de formação cultural e acadêmica.

Bobbio (2011, p. 19) sustenta que “no regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo.” Desta forma, as transformações pelas quais a sociedade tem passado são realidade que não pode ser ignorada pelo Direito.

O Poder Judiciário, incumbido pela Constituição Federal de 1988 de garantir os direitos constitucionais e legais, busca promover, por meio das novas tecnologias, o acesso mais rápido e transparente à justiça. Importante passo nesse sentido

foi dado com a edição da Emenda Constitucional n.º. 45, de 30 de abril de 2004, conhecida como da Reforma do Judiciário. A medida incentivou o Poder Judiciário brasileiro a adotar ações para mudar sua estrutura, com vistas a promover o acesso a uma justiça mais célere, eficaz e transparente.

A Lei n.º. 11.419, de 2006, chamada de lei do processo eletrônico, trouxe, em seus vinte e dois artigos, uma mudança de paradigmas ao Poder Judiciário brasileiro. Apesar de muitos questionarem se seria possível a distribuição da justiça sem o uso do papel, a edição da norma mencionada promoveu a crescente implantação, em todo o território brasileiro, do processo judicial eletrônico. Não obstante as mudanças e os benefícios que referida lei propiciou à prática dos atos processuais, ainda não é possível mensurar os impactos da virtualização dos processos sobre a saúde dos juízes, servidores e advogados (ABRÃO, 2011).

O presente estudo propõe verificar os aspectos positivos e negativos da implantação do processo judicial eletrônico na rotina de trabalho dos operadores dessa nova ferramenta tecnológica. Inicialmente, serão analisadas as mudanças ocorridas na administração da justiça a partir da virtualização dos autos dos processos, assim como em sua tramitação, identificando-se as vantagens e desvantagens da informatização dos atos e termos processuais. A utilização do trabalho em domicílio pelos Tribunais e as consequências de sua implementação para a rotina de serviço dos juízes e servidores também receberão atenção específica nesta pesquisa.

A questão que surge é se a informatização do processo trará impactos positivos na rotina de trabalho das pessoas que atuam no Poder Judiciário e, por conseguinte, na celeridade da tramitação das ações. Acredita-se que, apesar dos entraves decorrentes do uso da tecnologia como ferramenta de trabalho, em especial com relação à saúde dos usuários, os efeitos negativos do processo judicial eletrônico serão superados com a adoção de medidas de tutela do ambiente de trabalho e com a mudança de atitudes dos profissionais que nele atuam, impactando positivamente nos resultados de seus serviços.

### 2. A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Antes de dar início à efetiva virtualização do processo judicial, muitas mudanças nas práticas processuais convencionais foram realizadas pelo Poder Judiciário, com a intenção

de promover a almejada celeridade na tramitação dos feitos. Essas mudanças nem sempre são bem recebidas pelos operadores do Direito, que resistem em aceitar alterações em suas rotinas de trabalho (TEIXEIRA, 2014). Atheniense (2010) menciona acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no ano de 1930, consideraram nulas sentenças de primeiro grau pelo simples fato de terem sido datilografadas. Os desembargadores entenderam que a redação da sentença é ato pessoal do juiz e que, como tal deveria ser expressa de forma manuscrita. Para Dinamarco (2007, p. 17):

[...] É natural e sadia a resistência às propostas inovadoras, especialmente quando se pensa em inovar substancialmente na ordem jurídica e no modo de ser das coisas da Justiça. O direito positivado e praticado pelos tribunais, que vem sempre a reboque das mudanças sociais, políticas econômicas, ou das diferentes exigências surgidas em consequência dessas mudanças, não deve ser submetido ao açoitamento de transformações que logo depois podem revelar-se inconvenientes. Nem seria sensato ou prudente lançar-se o legislador ou juiz por novos caminhos sugeridos por propostas aparentemente luminosas e salvadores, antes de uma maturação que, sem o decorrer do tempo, é impossível, e antes de se formar uma segura consciência da conveniência de mudar. Como é de geral sabinça, as grandes estruturas movimentam-se lentamente, e convém que assim seja, porque movimentos bruscos podem ser causa de rupturas ou fissuras em estruturas de grande porte, como é a ordem jurídica e como é a máquina judiciária. [...]

Em 1982, os primeiros microcomputadores passaram a ser vendidos no Brasil e, em pouco tempo, muitos advogados começaram a utilizá-los para redigir suas petições. Em 1988, com o advento da atual Constituição Federal brasileira, previu-se o funcionamento do primeiro tribunal totalmente informatizado, o Superior Tribunal de Justiça (ATHENIENSE, 2010). No final de 1993, a tecnologia da informação já estava mais desenvolvida, o que, associado ao barateamento dos equipamentos, permitiu que, em meados de 1995, a *internet* ingressasse nos lares brasileiros. Cerca de dois anos depois, o primeiro sítio eletrônico de tribunal ficou acessível aos jurisdicionados. Mais uma vez, o Superior Tribunal de Justiça inovou, ao disponibilizar informações sobre seu funcionamento na rede mundial de computadores (TEIXEIRA, 2014).

Marco legislativo importante para a informatização dos processos judiciais foi a edição da Lei nº. 9.800, em 1999. Referida lei permite a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. A partir de sua edição, o Poder Judiciário começou a aceitar a utilização de sistemas de transmissão de dados ou de imagens, como o *fac-simile*, para a prática de atos processuais (DONIZETTI, 2014). No ano de 2001, a Lei nº. 10.259, que criou os Juizados Especiais Federais, também inovou, ao possibilitar o processamento de atos processuais por meios eletrônicos. No mesmo ano, o sistema normativo que permitiu a chegada do processo eletrô-

nico teve grande avanço, com a edição da Medida Provisória nº. 2.200-2, de 24.08.2001. Instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP Brasil), garantindo a autenticidade, a integralidade e a validade jurídica dos documentos eletrônicos. Segundo Donizetti (2014, p. 126):

[...] Por força desse novo regramento, para efeito de manifestação de vontade, a folha de papel (cártula) foi equiparada ao meio virtual e a assinatura, antes aposta de forma manuscrita, pode ser lançada, com idêntico valor jurídico, digitalmente. [...]

Entretanto, somente com a edição da Lei nº. 11.419, de 2006, conhecida como lei do processo eletrônico, ocorreu verdadeira mudança de paradigmas para o Poder Judiciário brasileiro, com a crescente implantação, em todo o território nacional, da tramitação dos feitos processuais por meios eletrônicos (ATHENIENSE, 2010). Para Dinamarco (2007, p. 29):

[...] A renúncia aos tradicionais postulados de Direito processual veio com o declarado objetivo de propiciar uma Justiça mais ágil, mais rápida e capaz de oferecer uma efetiva tutela jurisdicional em tempo razoável e, para tanto, descompromissada dos preconceitos que envolve todos esses dogmas. É legítimo renunciar aos dogmas. [...]

Em linhas gerais, tanto a transição do uso da máquina de escrever para o computador, quanto a do processo físico para o formato digital, precisaram passar por uma espécie de depuração lenta e gradual, que possibilitou a utilização de novas ferramentas no processo judicial (ABRÃO, 2011). Aos poucos, as mudanças ganharam força e foram implementadas pelo Poder Judiciário, na busca do dever constitucional de “promover a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988). Todavia, o crescente volume de ações judiciais prejudicou a velocidade das respostas do Poder Judiciário em todo o Brasil, o que pode ser creditado, em parte, ao tradicional modelo de distribuição da justiça. Conforme Tavares (2012, p. 36):

[...] Diante da inoperância e obsolescência do Estado-juiz [...] tornava-se inadiável repensar sua estrutura, corrigindo os desvios que o impediam e, em parte, ainda impedem, de responder adequada e satisfatoriamente às mais diversas demandas sociais. [...]

São altos os investimentos de recursos financeiros públicos em espaços físicos para acomodar os autos dos processos em trâmite, além dos extintos e arquivados. São elevados, ainda, os custos envolvidos no deslocamento dos volumes dos autos dos processos para as demais instâncias e para outros juízos, nos casos de processamento de recursos e de

expedição de cartas precatórias, respectivamente (ABRÃO, 2011). Para combater essas dificuldades, optou-se por aplicar as tecnologias da informação ao processo judicial, mas as mudanças eram localizadas, focadas nos próprios tribunais que as desenvolviam, visando apenas corrigir rotinas e facilitar pesquisas internas. Vive-se nova fase da informatização da Justiça, na qual os sistemas implementados pelos tribunais alcançam, imediatamente, os operadores do direito e os jurisdicionados (ATHENIENSE, 2010).

A Lei nº. 11.419/06, ao possibilitar a desburocratização do processo físico, uniformizou os procedimentos a serem adotados na aplicação da nova ferramenta do processo judicial eletrônico. Em cerca de nove anos de vigência, já se observa sua crescente implementação nas unidades judiciárias de todo país. Para Abrão (2011, p. 33):

[...] O aperfeiçoamento do processo eletrônico é o ideal a ser conquistado, para a realização do processo justo e eficaz, superando-se os entraves processuais e as enormes dificuldades que existem pelo caminho, cuja solução preconiza a redução da distância e a presença de maiores recursos de infraestrutura para que se mantenha aprimorada a figura da máquina judiciária. [...]

Entretanto, pensa-se, de forma equivocada, que para informatizar o Poder Judiciário basta a aquisição de novos e avançados computadores, periféricos e *softwares*, sem a capacitação das pessoas diretamente envolvidas. O computador deve ser visto como mero instrumento para diminuir os problemas decorrentes da atual forma de prestação jurisdicional. A verdadeira informatização do Poder Judiciário exigirá o desenvolvimento de soluções sistêmicas, envolvendo mudança de cultura, treinamento e atualização constantes do pessoal (ATHENIENSE, 2010). Dalari (2007, p. 167) sustenta que:

[...] assim como o fato de se adotar uma constituição escrita não é suficiente para transformar uma ditadura em democracia, a informatização dos tribunais poderá significar apenas o advento de uma era de injustiças informatizadas. [...]

Nalini (2012) destaca a crescente judicialização das controvérsias, apontando como a ferramenta mais adequada para se enfrentar o acúmulo de processos nos tribunais de todo país a mesma que é utilizada por outros setores da sociedade, a tecnologia. Para Nalini (2012, p. 20):

[...] Sem a informática não se alcançará tal padrão de justiça, pois a sociedade mergulhou nesse universo, do qual não pretende sair, depois de colher os êxitos registrados em tantas outras prestações estatais e privadas. Resta aos comandos inteligentes e responsáveis pelo Judiciário de amanhã, promover esforços que removam resistências e obstáculos à integral imersão no mundo novo. Mundo apto a produzir a justiça de verdade, anseio de todos os viventes. [...]

As questões oriundas da virtualização dos autos dos processos demandam análise mais detida, conforme Pinho (2012, p. 824):

[...] Todas as mudanças no Direito, apesar de estarem relacionadas com fatores da própria sociedade, exigem certo grau de adaptação. Com as últimas reformas ocorridas no Direito Processual, não poderia ser diferente: necessita-se avaliar as consequências da informatização da atividade jurídica, especialmente a informatização do processo. [...]

Segundo Atheniense (2010), o processo judicial eletrônico somente confere nova roupagem ao processo físico, pois ainda estará atrelado aos procedimentos formais do processo tradicional e aos princípios constitucionais que o norteiam. Dinamarco (2007) ressalta que deve ser buscado o entendimento dos males que sufocam e atrasam a Justiça, sem que importantes conquistas constitucionais dos cidadãos sejam suprimidas. Para o autor, a resposta reside em três principais focos: lei processual, estruturas judiciárias e, o mais importante, o sujeito que atua no processo.

Assim, o enfoque do estudo da virtualização dos autos do processo judicial não deve ser somente a melhoria dos procedimentos que, inegavelmente, promovem celeridade à tutela jurisdicional e aumentam a eficiência do Poder Judiciário. Os reflexos dessa nova ferramenta sobre a atual prática forense sobre a saúde de seus operadores, como magistrados e serventuários da justiça, também merecem especial atenção.

### 3. ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DOS EFEITOS DA IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO SOBRE SEUS SUJEITOS

O uso crescente de recursos da informática no processo judicial pelos tribunais brasileiros trouxe grandes benefícios às partes, aos advogados e ao próprio Poder Judiciário. Como exemplo, Abrão (2011) aponta o aumento significativo na agilidade de tramitação dos feitos judiciais, a redução de custos com procedimentos e incidentes, a maior transparência e garantia de acesso aos procedimentos e atos judiciais realizados, a melhor sintonia entre a segunda e a primeira instância e o fim de volumes de autos físicos e de riscos de extravios de seus registros. Foi grande a economia de recursos públicos, com a redução do uso do papel, cartuchos de impressão, tintas, carimbos, grampeadores e outros materiais. Houve ganhos para o meio ambiente, já que esses materiais causam impactos diretos e significativos ao serem produzidos. Conforme Teixeira (2014, p. 444):

[...] Antes do advento do processo eletrônico, por ano, eram consumidas aproximadamente 46.000 toneladas de papel pelos processos judiciais impressos do Brasil, o que equivale a 690.000 árvores. Cada processo físico custava em média R\$20,00 entre papel, grampos etc. Considerando que à época eram cerca de 70 milhões de processos em andamento, o custo anual ficava em R\$1.400.000.000. Esse

número seria ainda maior ao se considerar que o ano de 2012 foi encerrado com 92 milhões de processos em andamento, conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça. [...]

Teixeira (2014) aponta a diminuição da necessidade de grandes instalações físicas como importante ganho advindo da implantação do processo judicial eletrônico. Os imóveis usados pela administração pública para abrigar fóruns e arquivos deixam de demandar grandes espaços, com custos menores para a implantação de novas varas judiciais. Estima-se que os fóruns digitais necessitam de apenas 30% dos funcionários do modelo tradicional.

A utilização desta nova ferramenta no processo judicial pelos tribunais brasileiros também reflete nas condições de trabalho e na saúde de magistrados e servidores. Segundo Chelab (2012, p. 121):

[...] O processo eletrônico apresenta vantagens e desvantagens em relação aos autos em meio físico que deveriam ser conhecidas, refletidas e debatidas pela comunidade jurídica. Além disso, ele tem particularidades que mudam procedimentos e rotinas há muito consolidadas. Entendê-las é importante para o bom uso da nova ferramenta digital, que já invade os fóruns e os tribunais do trabalho deste país. [...]

Abrão (2011) destaca a diminuição do esforço físico empreendido na rotina de trabalho nas varas judiciais, com o fim da movimentação física dos autos dos processos. Reduziu-se a tarefa de juízes e servidores de localizar, manusear e carregar os autos dos processos, muitos deles com volumes pesados. Segundo Teixeira (2014, p. 444):

[...] O processo eletrônico trará muitas vantagens à parte, aos patronos, ao judiciário e à sociedade em geral. Irá possibilitar, entre outras coisas, a diminuição do trabalho braçal dos serventuários, bem como dos custos com afastamento por acidente ou doenças (por exemplo: respiratórias, de coluna etc.). [...]

Extinguiram-se tarefas cartorárias menos complexas dos serventuários da justiça, como grampear, carimbar, numerar páginas, furar papéis e juntar documentos aos autos. Os principais resultados foram a economia de tempo e a diminuição do desgaste físico dos serventuários da justiça. A eliminação de etapas burocráticas permitiu, ainda, maior rapidez na conclusão dos autos do processo ao magistrado. Conforme Abrão (2011, p. 36):

[...] Não haverá mais a necessidade, diga-se de passagem, do difícil manuseio dos autos, numeração de folhas, certificações, formação de volumes, transportes e tudo o mais referente ao processo em papel, abrevia-se este mecanismo por intermédio do procedimento eletrônico, coerente

com suas etapas, buscando-se, acima de tudo, a efetividade jurisdicional. [...]

Outro benefício direto foi o da redução da exposição dos operadores do processo aos cadernos processuais mais antigos e portadores de agentes nocivos à saúde, inclusive causadores de alergias, o que a informatização do processo reduz ou quase elimina totalmente (TEIXEIRA, 2014). O papel deixou de ser usado para a confecção de autos dos processos e, se for necessária sua utilização, não terá que ser armazenado por longos períodos. Peças antes impressas para a realização de atos processuais externos, como os mandados judiciais de intimação ou citação, após serem atendidos e digitalizados, passaram a ser eliminadas (ABRÃO, 2011). Após alteração empreendida pela Lei nº. 11.419/2006, que acrescentou o inciso IV, ao artigo 221, do Código de Processo Civil, passou a ser permitida a realização da citação por meio eletrônico, agilizando o trâmite da ação e diminuindo o volume de trabalho dos oficiais de justiça. Segundo Nalini (2012, p. 22):

[...] Não é crível que em pleno século XXI, albores do terceiro milênio, a comunicação na Justiça convencional se faça por método medieval, como se a humanidade não dispusesse de um acervo enorme de instrumentos propiciadores de eficácia e eficiência comprovadamente maiores. É importante arremeter as mentes esclarecidas a vencer os parceiros a se servirem da citação eletrônica, assim como de todas as demais alternativas de comunicação física ainda em uso. Os maiores litigantes muito ajudariam o Judiciário se aderissem a tais práticas. [...]

Diminuíram os atendimentos das partes e advogados nos balcões das secretárias das varas, tarefa que demandava tempo e esforço dos servidores, o que permitiu que realizem a atividade-fim, como a de promover o andamento dos processos sob sua responsabilidade, com a otimização dos serviços judiciários (ABRÃO, 2011). Teixeira (2014, p. 445), ao tratar dos benefícios do processo judicial eletrônico para prática forense, destaca o “direcionamento de funcionários de atendimento e trâmites burocráticos para setores mais técnicos e intelectuais, como a conciliação”. É provável que sejam extintas as funções de escrivão, servidor responsável pela guarda dos autos processuais, e de distribuidor, aquele que distribui os feitos entre as varas, porquanto não existiriam mais os autos físicos, mas apenas os virtuais (DONIZETTI, 2014). Segundo Almeida Filho (2013, p. 91):

[...] Os serventuários, em nossa experiência, são os atores do processo, enquanto auxiliares, que mais criticam a funcionalidade do procedimento eletrônico. Não precisam, contudo, preocuparem-se com a informatização. Ao contrário, a partir do momento em que um sistema computacional forense esteja totalmente integrado, o fator humano será amplamente utilizado. Ao invés de carimbar, juntar peças e outras rotinas que na psicologia são tratadas como

stress no ambiente de trabalho, terão mais tempo para serem, verdadeiramente, auxiliares do Juízo. Hoje, não passam de burocratas. [...]

Mas não são apenas benefícios que decorrem da adoção do processo eletrônico. Há, também, desvantagens para a saúde de seus usuários diretos, entre os quais os servidores e os magistrados. Para Carvalho (2012, p. 110):

[...] Não há dúvida que o ato de abaixar para apanhar processos ou carregar volumes pesados de autos deixará de existir, todavia o trabalho permanente com o processo eletrônico também poderá acarretar problemas de saúde, em caso de digitação permanente, com leitura em tela e, ainda, sem caminhar. [...]

Chelab (2012, p. 123) relaciona como desvantagens que têm sido vivenciadas por magistrados e servidores após a implantação do processo judicial eletrônico nas unidades judiciárias:

[...] perda de tempo com dificuldades ocorridas na operação do sistema (como conclusão de tarefa, localização de funcionalidades, *bugs*, travamentos, etc.); sobrecarga de trabalho do juiz em face do aumento de petições; aumento de riscos à saúde em face da má postura (ergonomia), do esforço repetitivo e do sedentarismo; aumento de situações de fadiga visual ou ocular; adoção de práticas toyotistas nas secretarias das Varas e nos tribunais; necessidade de readaptação de muitos serventuários da Justiça; aumento das situações que exigirão a requalificação de servidores; necessidade de constante reciclagem e treinamento em face das novas funcionalidades e versões do sistema. [...]

Pesquisa realizada pela Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul teve o propósito de verificar como os magistrados federais daquele Estado sentiam as questões relacionadas às condições de saúde e bem-estar no trabalho. Contou com a participação de noventa e seis juizes federais que utilizavam, há mais de um ano, em suas atividades profissionais, o processo eletrônico (IBRAJUS, 2011). Em respostas aos questionamentos realizados, a pesquisa obteve o seguinte resultado:

[...] sobre as alterações na saúde com a implantação do processo eletrônico, 78,89% dos entrevistados afirmaram sentir piora em sua saúde e em seu bem-estar no trabalho; 20,00% não sentiram mudança e apenas 1,11% sentiram melhora. Quanto à identificação dos problemas, apenas 17,98% não sentiram piora na saúde com o processo eletrônico. Enquanto 73,03% relatam processo na visão; 53,93% referem dores físicas; 47,19% referem cansaço, dor de cabeça ou problemas no sono. [...]

Em relação aos problemas de visão, 86,81% dos magistrados que utilizam a nova ferramenta no trabalho relataram a ocorrência de ardência, ressecamento e cansaço nos olhos, além do aumento do grau de suas lentes corretivas, enquanto 9,89% relataram outras dificuldades de visão e apenas 3,30% afirmaram que não perceberam alterações (IBRAJUS, 2011). Quanto às dores físicas, a pesquisa registra que:

[...] apenas 19,10% não sentiram dores físicas, enquanto 50,56% sentiram dores nos punhos, mãos ou dedos; 47,19% sentiram dores nas costas; 41,57% sentiram dores no pescoço; 37,08% sentiram dores nos ombros; 24,72% sentiram dores em braços ou cotovelos; e 6,74% sentiram dores em pernas ou pés. [...]

Os dados apresentados chamam a atenção quanto ao receio dos magistrados de perspectiva de piora em suas saúdes após a implantação do processo eletrônico, manifestado por 95,56% dos entrevistados (IBRAJUS, 2011).

O Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle administrativo do Poder Judiciário Nacional, por meio da Portaria nº. 43, de 01.04.2014, instituiu grupo de trabalho para “elaborar estudos e apresentar propostas relativas às condições de saúde dos magistrados e servidores do Poder Judiciário”. A iniciativa, segundo exposição de motivos apresentada no documento, decorreu do aumento da incidência de doenças físicas e emocionais nos agentes públicos ligadas, principalmente, às características do ambiente e às condições de trabalho a que são submetidos. Um dos objetivos do estudo foi avaliar os impactos do processo eletrônico na saúde de seus operadores, para evitar efeitos negativos (CNJ, 2014). Para Leal Jr. (2014, p. 8):

[...] O processo eletrônico resolve velhos problemas do processo de papel, mas também traz novos desafios, então é importante a discussão sobre as alternativas e as melhores formas de conduzir nosso trabalho, de modo a que possamos viver e trabalhar com saúde. [...]

Por ser recente sua implantação, os verdadeiros impactos do processo judicial eletrônico na rotina de seus usuários ainda não foram totalmente percebidos. É possível constatar, contudo, alguns de seus reflexos positivos e negativos sobre a saúde de magistrados e de servidores, sobretudo quanto ao modo de execução dos trabalhos.

#### 4. O TRABALHO EM DOMICÍLIO E O TELETRABALHO

O trabalho em domicílio é conceituado pela Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 83, como aquele “executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”. Martins (2008, p. 134) conceitua-o como aquele que:

[...] uma pessoa realiza em troca de remuneração, em seu domicílio ou em outros locais distintos dos locais de trabalho do empregador, com o fim de elaborar um produto ou prestar um serviço, conforme as especificações do empregador, independentemente de quem proporcione os materiais, equipamentos ou outros elementos necessários para esse trabalho. [...]

Apesar do trabalho em domicílio contar com antiga previsão no ordenamento jurídico trabalhista, a modalidade do teletrabalho foi expressamente reconhecida somente com a edição da Lei nº. 12.551/11, norma que alterou a redação do artigo 6º., da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

[...] Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

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

Para a caracterização do vínculo de emprego no teletrabalho, também é necessário que se preencham os requisitos do artigo 3º., da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam, pessoalidade, continuidade, onerosidade, subordinação e alteridade. Para Teixeira (2014, p. 110):

[...] Teletrabalho não significa necessariamente o mesmo que trabalho no domicílio do empregado (*home office*) ou trabalho a distância, pois estes podem ser realizados sem os instrumentos tecnológicos, os quais são indispensáveis ao teletrabalho. No entanto, pode-se dizer que o teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância ou de *home office*, mas com a utilização da tecnologia da informação. [...]

Os avanços obtidos pela tecnologia da informação nos últimos anos possibilitaram o aumento do uso do teletrabalho. As novas ferramentas eletrônicas alcançaram as relações pessoais, cada vez mais realizadas a distância, sobretudo as trabalhistas, com ganhos de produção e redução dos custos operacionais. Os empregadores foram beneficiados, mas os trabalhadores podem ter benefícios e malefícios, como se verá a seguir.

#### 4.1. O AUMENTO DA PRESSÃO POR PRODUTIVIDADE SOBRE OS TRABALHADORES

Como visto, o processo judicial eletrônico trouxe mudanças significativas na rotina e nas práticas tradicionais seguidas pelos magistrados e servidores. Por ficar armazenado em servidores de informática, está disponível para visualização em tempo integral, nos sítios eletrônicos dos tribunais, o que possibilita o acesso por usuários externos e internos de qualquer lugar e de forma assíncrona (TEIXEIRA, 2014). Com o certificado digital,

que valida o acesso remoto seguro inclusive com a assinatura eletrônica de despachos e de sentenças, muitos magistrados e servidores passaram a oficiar de suas próprias residências (ABRÃO, 2011). Como ensina Nascimento (2011, p. 1012):

[...] Algumas atividades podem ser exercidas na residência do prestador de serviços, facilitadas pelos modernos meios de comunicação que o liga às empresas, com o uso do computador e da Internet, de tal modo que não há necessidade de presença física do trabalhador na unidade ou estabelecimento da ou das empresas favorecidas. [...]

Alguns tribunais, antevendo a oportunidade de elevar a produção de seus funcionários, regulamentaram e incentivaram o teletrabalho. Com a publicação da Resolução Administrativa nº. 1499, de 01/02/2012, o Tribunal Superior do Trabalho ressaltou que “o avanço tecnológico, notadamente com a implantação do sistema de processo eletrônico, possibilita o trabalho remoto ou a distância” (TST, 2014). Contudo, no artigo 4º., da resolução em estudo, exigiu do servidor que aderir ao teletrabalho o aumento de produtividade, nos seguintes termos:

[...]A meta de desempenho do servidor em regime de teletrabalho será, no mínimo, 15% (quinze por cento) superior à estipulada para os servidores que executarem as mesmas atividades nas dependências do TST. [...]

Mesmo sendo facultativa a adesão ao teletrabalho, muitos servidores são atraídos pelos benefícios de trabalhar em suas residências. Os principais atrativos dessa modalidade de prestação de serviço são o ganho de tempo, a redução de gastos de deslocamento, a eliminação do desgaste físico no transporte ao trabalho, a possibilidade de estabelecer o próprio horário de serviço e a proximidade com a família. No entanto, os servidores acabam por aderir ao novo regime de trabalho sem avaliar previamente os impactos em suas rotinas, como o forte controle de desempenho e de metas, que fica a cargo dos gestores das unidades de trabalho. Para fazer com que os servidores cumpram suas metas, o Tribunal Superior do Trabalho substituiu o controle de jornada de trabalho pelo de resultado de desempenho laboral, relacionando-o com sua remuneração, conforme parágrafo 4º., do artigo 10, da Resolução Administrativa nº. 1499, de 01/02/2012, *in verbis*:

[...] O atraso no cumprimento da meta por prazo superior a 5 (cinco) dias úteis acarretará ausência de registro de frequência durante todo o período de realização da meta, salvo por motivo devidamente justificado ao gestor da unidade. [...]

Na mesma norma, o Tribunal Superior do Trabalho atribuiu ao próprio servidor a responsabilidade pela higidez do ambiente do trabalho, especificamente no artigo 7º., ao tratar das condições ergonômicas:

[...] Compete exclusivamente ao servidor providenciar as estruturas física e tecnológica necessárias à realização do teletrabalho, mediante uso de equipamentos ergonômicos e adequados. [...]

Assim, é possível que a falta de fornecimento de material de trabalho apropriado e a imposição das metas de desempenho àqueles que optarem pelo trabalho a distância tragam efeitos deletérios à saúde física e mental de servidores e magistrados.

#### 4.2. A LIMITAÇÃO DO ACESSO AO SISTEMA PARA A TUTELA DA SAÚDE DOS USUÁRIOS

O censo do Poder Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no segundo semestre de 2013, que contou com a participação de 10.796 magistrados, apurou que os juízes brasileiros trabalham em média nove horas por dia. Na Justiça do Trabalho, magistrados que ficaram afastados de suas funções por motivo de doenças ou de acidentes do trabalho desenvolveram jornada de trabalho média superior a dez horas (CNJ, 2014).

Pesquisa denominada Situação de Saúde e Condições do Exercício Profissional dos Magistrados Trabalhistas, que foi realizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho em parceria com a Faculdade Federal de Medicina de Minas Gerais, divulgada em 2011, concluiu que 84,4% dos juízes do trabalho habitualmente officiam em casa. Dos magistrados entrevistados, 70,4% afirmaram trabalhar nos finais de semana e 64,3% nas férias (ANAMATRA, 2011). Pelo levantamento estatístico realizado em referida pesquisa, verificou-se que 45% dos magistrados do trabalho declararam que vão dormir após a meia-noite e 17,9% que acordam antes das cinco horas para trabalhar. Em conclusão, as funções desempenhadas pelos magistrados entrevistados foram classificadas como de trabalho intenso (ANAMATRA, 2011). Os resultados da pesquisa destacaram, ainda, que “18% dos sujeitos não realizam pausas durante a jornada e 69,5% se alimentam em horários irregulares por causa do trabalho” (ANAMATRA, 2011). Esses dados estatísticos são preocupantes, pois permitiram concluir que:

[...] A prevalência (32,2%) de magistrados em risco de apresentar transtornos mentais encontradas na amostra foi muito superior àquela encontrada em estudos realizados em outras populações: 23,7%, 26% e 14% entre médicos do serviço público de Belo Horizonte, médicos de Salvador (Brasil) e médicos Nigerianos, respectivamente. [...]

A Justiça do Trabalho foi pioneira na implantação do processo judicial eletrônico e no desenvolvimento do trabalho a distância por magistrados e servidores. Iniciativas semelhantes foram adotadas por outros tribunais brasileiros, como o Tribunal de Justiça de São Paulo. É considerado o maior tribunal do mundo, com cerca de cinquenta mil servidores e quase vinte milhões de processos em andamento. Com a edição do Provimento Conjunto nº 5/2015, implantou e regulamentou o teletrabalho. Idêntica medida foi adotada, em 2014, pelo

Tribunal de Justiça de Alagoas, que tem números menores, já que conta com apenas dois mil e quatrocentos servidores e quinhentos e quarenta mil processos. Adotou projeto piloto para a implantação do trabalho a distância (designado *home office*) para magistrados e servidores (CNJ, 2014).

Essa nova situação, que permite a execução de tarefas a distância por magistrados e servidores, torna necessária a limitação do tempo de acesso ao sistema informatizado do processo judicial eletrônico. Não deve funcionar ininterruptamente, mas apenas durante o horário de expediente forense, para que se diminuam os riscos à saúde de seus usuários.

#### 4.3. OS RISCOS DE DESAGREGAÇÃO SINDICAL E DE INVASÃO DO AMBIENTE FAMILIAR

A utilização do trabalho a distância na prestação de serviços pode trazer impactos às saúdes física e mental dos trabalhadores, além de interferir em seus relacionamentos sociais e familiares. Para Belmonte (2007, p. 300):

[...] embora permita a redução de custos empresariais, pela desnecessidade total ou parcial da presença física do trabalhador no estabelecimento, bem como maior flexibilidade na prestação do trabalho, o teletrabalho leva aos seguintes problemas: fragmentação dos trabalhadores, destruição da noção de coletividade e da divisão de tarefas; falta de visão de conjunto da empresa e de seus objetivos; pouco ou nenhum contato com colegas e hierarquia; isolamento social e mistura das vidas privada e profissional; controle invisível da mensuração da produtividade. [...]

Um dos problemas trazidos pelo teletrabalho é a possibilidade de desagregação sindical, causada pelo apartamento da mão de obra, como decorrência da redução dos contatos entre os colegas de trabalho. A situação dificulta a mobilização da classe para a defesa dos interesses coletivos, prejudicando a realização de assembleias e de outras reuniões da categoria. Segundo Martinez (2012, p. 584):

[...] o teletrabalho, como qualquer modalidade de serviço em domicílio, é um fenômeno de isolamento do obreiro. Por não encontrar outros trabalhadores submetidos às mesmas condições laborais, ele tende a evitar o associacionismo. Por consequência, há um natural enfraquecimento da luta de classes e da atuação sindical. [...]

Assim, a crescente implantação do teletrabalho pelos tribunais brasileiros pode resultar no enfraquecimento do poder de representação coletiva dos magistrados e servidores, com seu distanciamento físico. Por outro lado, poderão ocorrer interferências na rotina familiar pelo teletrabalho, com riscos de desagregação do ambiente. O simples fato de não haver limites temporais para se acessar o sistema informatizado a distância pode ter essa consequência de diminuir o contato entre os membros da família. Nascimento (2011, p. 985), ao examinar o Estatuto do Trabalhador Espanhol, mostra o quanto aquela legislação está à frente da brasileira nesse aspecto:

[...] O empregador deve respeitar a privacidade do teletrabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como moral (art. 237). Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, as visitas ao local de trabalho só devem ter por objeto o controle da atividade laboral daquele, bem como dos respectivos equipamentos, e apenas podem ser efetuadas entre 9 e 19h, com assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada. [...]

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentação que trate do tema a contento. É necessária, assim, a intervenção legislativa para regular essa nova realidade de trabalho dos magistrados e dos servidores, para que se evitem efeitos deletérios à saúde.

#### 4.4. O TELETRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA

O teletrabalho é tendência mundial e sua crescente adoção pelo Poder Judiciário torna necessária a avaliação do custo-benefício da medida para o desempenho da função institucional. Apontam-se, como ganhos trazidos pela utilização do trabalho a distância, o aumento da qualidade de vida dos juizes e servidores, pela diminuição do *stress* causado pela dificuldade de mobilidade nos grandes centros urbanos, e pelo aumento da segurança, por não se exporem diariamente aos riscos no deslocamento ao trabalho (SILVA, 2014).

Importante ponto de questionamento diz respeito à presença física de magistrados e servidores na unidade jurisdicional. Cunha (2014, p. 45) sustenta que a utilização do trabalho a distância nas unidades judiciárias pode levar à exclusão do jurisdicionado e dificultar o acesso à justiça:

[...] pode-se dizer que o Judiciário é a porta aberta do estado de direito democrático à sociedade, e sua função precípua vinculada à solução dos conflitos é vital à sobrevivência dessa sociedade, não sendo possível o exercício da função estatal da jurisdição de forma plena sem a atuação direta e pessoal do juiz e do servidor. O trabalho exclusivamente a distância afasta o juiz e o servidor do jurisdicionado, cria uma lacuna na gestão e administração do processo. Portanto, a digitalização é uma ferramenta valiosa que deve servir para otimizar a prestação jurisdicional, e não para suprimir a presença do juiz e do servidor. Virtual deve ser apenas o processo. A relação entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado, que acontece através do juiz e do servidor, ainda deve ser preservada, sem que isso seja um entrave ao uso da tecnologia. [...]

Silva (2014) analisa a questão da presença do magistrado e servidores nas unidades judiciárias por outro enfoque, enaltecendo os aspectos positivos do distanciamento físico. Para Silva (2014, p. 43), o distanciamento físico dos sujeitos do processo eletrônico é compensado pela necessidade de maior conhecimento do caso concreto em julgamento:

[...] Essa nova realidade, longe de esvaziar o processo de sua humanidade, é capaz de acentuar aquilo que nele há de mais importante: seu conteúdo jurídico, social e humano. A distância imposta pela intensidade do ambiente urbano há de ser fortemente compensada por um conhecimento mais qualificado das circunstâncias de cada caso. É um caminho que se desenha para todas as atividades humanas relevantes, não podendo o Judiciário estar alijado desse processo. [...]

O acesso à justiça só tem a ganhar com a adoção do trabalho a distância pelo Poder Judiciário, na medida em que juizes e servidores contarão com a valorização do trabalho intelectual. A questão do distanciamento físico do jurisdicionado será superada com o contínuo avanço da tecnologia da informação. Quando for totalmente absorvida pelos tribunais brasileiros, seus recursos permitirão o acesso a um verdadeiro processo multimídia, que fará uso de áudio e vídeo em seu trâmite, aumentando a interação entre seus sujeitos e propiciando a solução socialmente justa dos conflitos (SILVA, 2014).

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os ganhos trazidos para a atividade jurisdicional com a implantação do processo judicial eletrônicos são reais. A economia de recursos públicos e a maior agilidade na tramitação dos feitos judiciais são alguns dos muitos benefícios advindos de sua informatização. Por essas razões, a virtualização dos procedimentos judiciais pode ser vista como medida irreversível e, segundo Chelab (2012, p. 121):

[...] Diante da rápida expansão desse ambicioso projeto, não há como ignorá-lo. [...] Saber e compreender a nova realidade do processo judicial virtual é uma necessidade urgente, que se impõe a jurisdicionados, estudantes de direito, estagiários, advogados, procuradores, servidores e magistrados. [...]

Entretanto, muitos desafios deverão ser enfrentados na implantação do processo judicial eletrônico, entre eles os que dizem respeito à preservação da saúde dos usuários da nova ferramenta de trabalho. O artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, no inciso XXVII, garante “a proteção do trabalhador em face da automação” e, no inciso XXII, prevê a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. A proclamada proteção constitucional demanda a adoção de medidas que previnam e minimizem os efeitos negativos do processo judicial eletrônico sobre a saúde de magistrados e servidores, principalmente os resultantes do uso excessivo das ferramentas de informática.

Para que se evitem possíveis males ocupacionais, é necessário que os gestores públicos preocupem-se com a aquisição de mobiliário com suportes ergonômicos, com a implantação de pausas e o incentivo à prática de pequenos exercícios ergonômicos durante o expediente e com a promoção de campanhas de conscientização dos usuários do sistema sobre a importância da prevenção de doenças decorrentes da expo-

sição prolongada aos equipamentos de informática. A higidez do ambiente de trabalho, mesmo que realizado a distância, precisa fazer parte das agendas de compromissos dos tribunais. O acesso ao sistema informatizado dos processos judiciais deve ser restringido aos horários de expediente, com mecanismos que impeçam seu uso aos finais de semana, em férias e em período de recesso forense.

É preciso assegurar que o teletrabalho, como nova forma de prestação de serviços públicos nas unidades judiciárias, seja benéfico para os seus sujeitos. Deve ser evitado que se transforme em instrumento de desagregação do convívio social e do ambiente familiar dos magistrados e dos servidores que o utilizam. A adoção de medidas preventivas e de valorização da saúde dos agentes que operam a distância nas unidades judiciárias propiciará a conciliação entre a eficiência e o trabalho saudável. As pessoas que atuam nas instituições são seu maior patrimônio, pelo que a proteção de sua saúde sempre deve figurar no centro de suas preocupações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, C. H. **PROCESSO ELETRÔNICO**. 3ª. ED., SÃO PAULO: ATLAS, 2011, 152 P.
- ALMEIDA FILHO, J. C. DE A. **PROCESSO ELETRÔNICO E TEORIA GERAL DO PROCESSO ELETRÔNICO: A INFORMATIZAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL**. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2010, 504 P.
- ANAMATRA - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO. **SITUAÇÃO DE SAÚDE E CONDIÇÕES DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DOS MAGISTRADOS TRABALHISTAS**. DISPONÍVEL EM <WWW.ANAMATRA.ORG.BR/UPLOADS/DOCUMENT/00002920.PDF>. ACESSO EM JULHO DE 2015.
- ATHENIENSE, A.. **COMENTÁRIOS À LEI 11.419/06 E AS PRÁTICAS PROCESSUAIS POR MEIO ELETRÔNICO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**. BELO HORIZONTE: JURUÁ, 2010, 381 P.
- BELMONTE, A. A.. **PROBLEMAS JURÍDICOS DO TELETRABALHO**. **REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO**. MANNRICH, N. (ORG.). SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, ANO 33, N.127, JUL/SET 2007, P. 296 - 311.
- BOBBIO, N.. **O FUTURO DA DEMOCRACIA**. RIO DE JANEIRO: PAZ E VIDA, 2011, 171 P.
- BRASIL, **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL-/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM>. ACESSO EM ABRIL DE 2015.
- BRASIL, **DECRETO-LEI Nº. 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943**. APROVA A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. DISPONÍVEL EM < HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\_03/DECRETO-LEI/DEL 5452.HTM >. ACESSO EM JANEIRO DE 2015.
- BRASIL. **LEI Nº. 11.419, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2006**. DISPÕE SOBRE A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL; ALTERA A LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. DISPONÍVEL NA INTERNET EM: <HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR /CCIVIL\_03/\_ATO2004-2006/2006/LEI/L11419.HTM>. ACESSO EM 20 DE JANEIRO DE 2015.
- BRASIL. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.TST.JUS.BR>. ACESSO EM 06/02/2015.
- CARVALHO, C. M.. **PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: UM DESAFIO NECESSÁRIO**. **REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª. REGIÃO**, RIO DE JANEIRO: TRT 1ª REGIÃO, V. 23, N. 52, JUL/DEZ 2012, P. 105 – 115.
- CHELAB, G. C.. **O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: VANTAGENS, DESVANTAGENS E ALGUMAS NOVIDADES**. **REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª. REGIÃO**, RIO DE JANEIRO: TRT 1ª REGIÃO, V. 23, N. 52., JUL/DEZ 2012, P. 121-131.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.CNJ.JUS.BR/PROGRAMAS-DE-A-A-Z/EFICIENCIA-MODERNIZACAO-E-ANSPARENCIA>. ACESSO EM NOVEMBRO DE 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **PORTARIA Nº. 43 DE 01/04/2014**. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.CNJ.JUS.BR/ATOS-NORMATIVOS?DOCUMENTO=1981>. ACESSO EM JULHO DE 2015.
- CUNHA, E. DE P. R. DA. **HOME OFFICE: A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NOS TRIBUNAIS**. **REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE RIO DE JANEIRO**, ANO 13, N. 39, OUT/DEZ 2014, P. 45.
- DALARI, D. DE A.. **O PODER DOS JUÍZES**. 3ª. ED., SÃO PAULO: SARAIVA, 2007, 166 P.
- DINAMARCO, C. R. **NOVA ERA DO PROCESSO CIVIL**, 2ª ED., SÃO PAULO: MALHEIROS, 2007, 303 P.
- DONIZETTI, E.. **CURSO DIDÁTICO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 18ª. ED., SÃO PAULO: ATLAS, 2014, 1612 P.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO JUDICIÁRIO. DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.IBRAJUS.ORG.BR. ACESSO EM 05/02/2015.
- LEAL JR, C. A. S.. **GRUPO DE TRABALHO DISCUTE**

**POLÍTICA NACIONAL PARA SAÚDE DE MAGISTRADOS E SERVIDORES.** DISPONÍVEL EM: < [HTTP://WWW.CNJ.JUS.BR/NOTICIAS/CNJ/28534](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28534) >. ACESSO EM 06/02/2015.

MARTINEZ, L.. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO.** 3ª. ED., SÃO PAULO: SARAIVA, 2012, 859 P.

MARTINS, S. P.. **DIREITO DO TRABALHO.** 24ª. ED., SÃO PAULO: ATLAS, 2008, 1023 P. NALINI, J. R.. **É URGENTE UMA CONSCIÊNCIA VIRTUAL. REVISTA JUSTIÇA & CIDADANIA.** RIO DE JANEIRO: JC, ED. 147, NOV. 2012. DISPONÍVEL EM <[HTTP://WWW.EDITORAJC.COM.BR/2012/11/E-URGENTE-UMA-CONSCIENCIA-VIRTUAL/](http://www.editorajc.com.br/2012/11/e-urgente-uma-consciencia-virtual/)>. ACESSO EM 15/11/2014.

NASCIMENTO, A. M.. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO: HISTÓRIA E TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO.** 26ª. ED., SÃO PAULO: SARAIVA, 2011, 1470 P.

PINHO, H. D. B. DE. **DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO: TEORIA GERAL DO PROCESSO.** 4ª. ED., SÃO PAULO: SARAIVA, 2012, 967 P.

SILVA, A. H. C. DA. *HOME OFFICE: A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NOS TRIBUNAIS.* **REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE RIO DE JANEIRO.** RIO DE JANEIRO, ANO 13, N. 39, OUT/DEZ 2014, P. 44.

TAVARES, A. R. **MANUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.** SÃO PAULO: SARAIVA, 2012, 415 P.

TEIXEIRA, T.. **CURSO DE DIREITO ELETRÔNICO E PROCESSO ELETRÔNICO: DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E PRÁTICA.** 2ª ED., SÃO PAULO: SARAIVA, 2014, 496 P.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº. 1499, DE 1º. DE FEVEREIRO DE 2012.** REGULAMENTA O TELETRABALHO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.TST.JUS.BR](http://www.tst.jus.br)>. ACESSO EM JANEIRO DE 2015.

ÍTALO MENEZES DE CASTRO

Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduando em Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor de cursos preparatórios para ingresso na magistratura do trabalho. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região para o biênio 2016-2018.

**A TEORIA DA CAUSA MADURA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS NO PROCESSO DO TRABALHO**

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, instituindo o novo Código de Processo Civil, representou importante alteração no cenário jurídico-legislativo brasileiro, uma vez que procedeu a uma série de mudanças nas regras que balizam o desenrolar do processo civil, bem como inseriu diversas inovações no referido regramento.

Dentre as matérias que mereceram especial atenção do legislador, cabe destacar, por representar o foco do presente artigo, as regras trazidas no art. 1.013 do novo Código, ao normatizar o efeito devolutivo do recurso de apelação, reafirmando a adoção pelo ordenamento jurídico pátrio da chamada teoria da causa madura.

Com efeito, as regras trazidas no referido dispositivo visaram a esclarecer e ampliar as hipóteses de aplicabilidade da referida teoria, suplantando problemas que vinham sendo vivenciados até então sob a égide do Código de 1973, bem como incorporando alguns critérios que já vinham sendo proclamados pela jurisprudência.

Cite-se, por exemplo, a disposição inequívoca e importante trazida pelo novo Código acerca do dever – e não de mera faculdade – de o órgão ad quem proceder ao julgamento do mérito da causa, quando esta tiver em condições de imediato julgamento.

Destarte, as inovações trazidas se constituem em importantes ferramentas para a solução de situações bastante controversas e corriqueiras no cotidiano dos recursos trabalhistas, o que, indubitavelmente, gerará forte impacto no desenrolar do processo laboral.

2. A TEORIA DA CAUSA MADURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em 26 de dezembro de 2001, no contexto da segunda onda de reforma do processo civil brasileiro, foi promulgada a Lei n. 10.352, que visou a resolver diversos problemas de morosidade na tramitação de processos em fase recursal, dotando o processo de maior celeridade em seu caminhar.

Uma das novidades<sup>1</sup> trazidas pelo novo diploma normativo

1. Embora nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXVIII, já constasse: “Quando alguma das partes appellar da sentença, que contra elle fôr dada...e depois que o feito fôr concluso, vejam-no os Juíadores, a que o conhecimento de tal appellação pertencer; e se fôr appellado da sentença interlocutória, e acharem que foi bem appellado, e que o

foi a inclusão do § 3º no art. 515 do Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo:

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Com efeito, a referida regra previu que, se o processo tivesse sido extinto sem resolução de mérito no primeiro grau de jurisdição, o juízo ad quem poderia julgar, desde logo, a demanda, caso esta versasse sobre questão exclusivamente de direito e estivesse em condições de imediato julgamento. Tal disposição normatizou o que ficou concebido na doutrina como a teoria da causa madura.

É verdade que essa inovação legislativa incorporou noção semelhante àquela que já vinha sendo sustentada por parcela da doutrina e esposada por alguns precedentes dos tribunais, quanto aos casos de recursos interpostos contra decisões meritórias que não apreciavam integralmente todas as pretensões do recorrente, como, por exemplo, as que pronunciavam a prescrição<sup>2</sup>, pois:

Em tal hipótese, tanto o entendimento doutrinário como o jurisprudencial já apontavam, antes mesmo do advento da Lei nº 10.325/2001, para a possibilidade de o

appellante foi agravado pelo Juiz, assi o determinam, e não mandem tornar o feito ao Juiz, de que foi appellado, mas vão por elle em diante, e o determinem finalmente, como acharem por Direito, salvo, se o appellante e o appellado ambos requererem, que se torne o feito á terra perante o Juiz, de que foi appellado, porque então se tornará, e será assinado termo, a que o vão lá seguir” *apud* MALLET, Estêvão. *Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho*. Revista do TST. Brasília, v. 68, n. 3, p. 77-95, jul./dez. 2002.

2. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. ACOLHIMENTO PELA SENTENÇA E REJEIÇÃO PELO ACÓRDÃO. JULGAMENTO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. SE A PRESCRIÇÃO É ACOLHIDA A FINAL, ISTO É, EM SENTENÇA DE MÉRITO, MAS REJEITADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, PODE O TRIBUNAL, PROSEGUINDO, EXAMINAR A CAUSA. HIPÓTESE EM QUE TAL OCORREU, SEM OFENSA AO ART. 515 DO COD.DE PR. CIVIL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ) - REsp 2218/MT, 3ª Turma, Rel. Min. GUEIROS LEITE, Rel. p/ Acórdão Min. NILSON NAVES, DJ de 09/10/1990).

tribunal, ao desconsiderar, no exame do recurso, a prescrição ou decadência, prosseguir no julgamento para acolher ou rejeitar o pedido do autor. É que, nesse caso, a sentença apreciou o mérito, exatamente porque o reconhecimento da prescrição ou da decadência importa em extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, IV, CPC). Não haveria, então, supressão de uma instância jurisdicional nem violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Esse entendimento relativo à prescrição e à decadência restou transportado, com a inclusão do § 3º do art. 515 do CPC pela Lei nº 10.352/2001, para os casos de sentença terminativa.<sup>3</sup>

Destarte, vê-se que, ao conferir ao órgão revisor a possibilidade de julgar, pela primeira vez, o mérito da demanda, navegando por todas as questões de fato de e de direito, o legislador procedeu em nítida restrição ao princípio do duplo grau de jurisdição<sup>4</sup>, permitindo ao órgão ad quem proceder ao ius novorum.

Ressalte-se, ademais, que tal restrição é perfeitamente válida, uma vez que o princípio do duplo grau de jurisdição não possui envergadura constitucional<sup>5</sup>, por não decorrer da cláusula do devido processo legal, podendo o legislador definir e, inclusive, restringir os seus contornos.

A regra foi incluída através de acréscimo ao artigo 515 do CPC/73, o qual versa sobre a extensão e o alcance do efeito devolutivo no recurso de apelação, conferindo maior profundidade ao efeito devolutivo<sup>6</sup>, apesar de a doutrina ser bastante

dissonante nesse aspecto<sup>7</sup>.

Em primeiro lugar, revela-se importante frisar que o dispositivo previu a aplicação da teoria apenas para as hipóteses de extinção do feito sem resolução de mérito por parte do juízo a quo, ou seja, quando a decisão implicar em uma das hipóteses do art. 267 do CPC/73.

No entanto, como dito anteriormente, parte da doutrina já sustentava raciocínio semelhante para situações de decisões com resolução de mérito (como nos casos de reforma de sentença que acolhia a prescrição ou a decadência, por força do art. 515, § 1º, do CPC/73), tese que ganhou reforço com a inclusão do novel dispositivo no ordenamento jurídico<sup>8</sup>:

PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO AFASTADA NO 2º GRAU. EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES NO MESMO JULGAMENTO. POSSIBILIDADE, DESDE SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E INSTRUÍDA A CAUSA. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. EXEGESE DO ART. 515, CAPUT, CPC. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI N. 10.352/2001. INTRODUÇÃO DO § 3º DO ART. 515. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Reformando o tribunal a sentença que acolhera a pre-

3. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 108.

4. "A possibilidade de o Tribunal passar ao plano do direito material em sede de apelação, se afastada a extinção do processo sem julgamento de mérito, constitui escolha do sistema, que optou pela celeridade processual, em detrimento do duplo grau de jurisdição. Trata-se de preferência legítima do legislador, pois não implica ofensa ao devido processo constitucional". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. especial, p. 107-148, jan./dez. 2003). Para Estevão Mallet, todavia, não houve sequer ataque ao duplo grau de jurisdição, pois este, "embora possa ser concebido com maior ou menor amplitude, variando, portanto, de um ordenamento jurídico para o outro normalmente não assegura pelo menos dois juízos sobre todas as questões discutidas no processo. Garante simplesmente a possibilidade de a controvérsia, compreendida em sua integralidade, passar por duplo exame". MALLET, Estêvão. *Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho*. **Revista do TST**. Brasília, v. 68, n. 3, p. 77-95, jul./dez. 2002.

5. STF - AI 513044 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00031 EMENT VOL-02186-08 PP-01496. Registre-se, entretanto, a posição doutrinária esposada por autores de nomeada, sustentando a envergadura constitucional do referido princípio: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 131-141.

6. SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 852.

7. No sentido de ser norma com natureza de ordem pública: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011, pp. 654-655. Entendendo se tratar de norma que amplia o efeito devolutivo em extensão: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. especial, p. 107-148, jan./dez. 2003. No sentido de ser a norma decorrente do efeito translativo do recurso: OLIVEIRA, Alex Maia Esmeraldo de; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Teoria da causa madura e duplo grau de jurisdição no novo Código de Processo Civil*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, vol. 15, jan/jun de 2015, p. 195-212. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/16870/12516>. Acesso em: 29/10/2015. Há também quem sustente se tratar do efeito desobstrutivo do recurso: LOPES JR., Gervásio. *Julgamento direto do mérito na instância recursal*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 36, *apud* DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.109. E ainda quem mencione ser decorrente do efeito expansivo: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 770.

8. "Por tal razão, muito antes da inserção do § 3º no art. 515 do CPC/73, por meio da Lei nº 10.352/2001, a doutrina já aceitava que, nestes casos, o tribunal, ao reformar a sentença prolatada com base no art. 269, IV, prosseguisse no julgamento do mérito, desde que, é claro, o feito já estivesse suficientemente instruído. Tratava-se, apenas, de aplicar os §§ 1º e 2º do art. 515, que não restringem a profundidade do efeito devolutivo da apelação ao que foi efetivamente tratado na sentença, mas a todo o material cognitivo que estava à disposição do juízo a quo". (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Duplo Grau de Jurisdição e "Teoria da Causa Madura" no Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (organizadores). **Coleção Novo CPC: Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. vol. 6. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 607).

liminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, salvo quando suficientemente debatida e instruída a causa.

II - Nesse caso, encontrando-se “madura” a causa, é permitido ao órgão ad quem adentrar o mérito da controvérsia, julgando as demais questões, ainda que não apreciadas diretamente em primeiro grau.

II - Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, “o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

(STJ - EREsp 89.240/RJ, Corte Especial, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 10/03/2003).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. CAUSA MADURA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui orientação de que não há afronta ao art. 515, § 3º, do CPC, na situação em que afastada a prescrição, visto que o Tribunal, de imediato, julga o feito, quando a controvérsia se refira só a questão de direito, em razão da teoria da causa madura. Precedentes.

2. Ademais, é “... certo que a convicção acerca de estar o feito em condições de imediato julgamento compete ao Juízo a quo, porquanto a completude das provas configura matéria cuja apreciação é defesa na instância extraordinária conforme o teor da Súmula 7 do STJ.

Precedentes” (REsp 1.082.964/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 5/3/2013, DJe de 1º/4/2013).

3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp 472.098/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015).

RECURSO DE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO DE TURMA DO TST QUE, CONHECENDO DO RECURSO DE REVISTA OBREIRO, MODIFICA DECISÃO DO TRT QUE ACOLHEU A PRESCRIÇÃO EXTINTIVA REJEITADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO E JULGA, DE IMEDIATO, PROCEDENTES AS DIFERENÇAS DE 40% SOBRE O FGTS, DECORRENTES DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS, COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO TST. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. TEORIA DA AÇÃO MADURA. CORRETA EXEGESE DO ART. 515, § 3º, DO CPC. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA NÃO CARACTERIZADA. Inviável se mostra o conhecimento do Recurso de Embargos, calcado em violação dos arts. 128, 460, 512 e 515, § 3º, do CPC e 5º, LIV e LV, da CF, quando se verifica que a egr. 1.ª Turma, conhecendo do Recurso de Revista obreiro, deslindou a controvérsia nos exatos limites da jurisprudência sedimentada nesta

col. Subseção Especializada. Com efeito, o posicionamento desta Corte segue no sentido de que não suprime instância ou viola o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição a decisão de TRT ou de Turma do TST que, afastando a prescrição extintiva, originariamente pronunciada pela Vara do Trabalho, adentra o exame do mérito da controvérsia, para deferir as diferenças da multa de 40% sobre o FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários. Trata-se da correta exegese do art. 515, § 3º, do CPC, que consagra a teoria da ação madura. Assim, nada obsta que o Tribunal Regional do Trabalho ou mesmo a Turma do TST, afastando o fundamento que ditou a extinção do processo, em face da prescrição, julgue de imediato a lide perante a nova metodologia traçada no art. 515, § 3º, do CPC, acrescido pela Lei 10.352/2001, que visa diminuir a atividade processual, reduzindo as idas e voltas do processo do juízo de um grau para outro, em razão dos princípios da finalidade e utilidade processuais, assim como os da economia e celeridade. Quanto aos temas da prescrição e da ilegitimidade de parte, o Apelo, calcado em violação dos arts. 5º, II e XXXVI, e 7º, XXIX, da CF, encontra-se superado pela Súmula 333 do TST, na medida em que a egr. Turma julgou a demanda em perfeita harmonia com as Orientações Jurisprudenciais 341 e 344 da SBDI-1 desta Seção Especializada. Recurso de Embargos não conhecido.

(TST-E-ED-RR-532/2003-070-02-00, SBDI-1, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJU de 18/03/2008).

Além desses requisitos, prevê a lei que a questão objeto da causa deve ser exclusivamente de direito<sup>9</sup> e estar em condições de imediato julgamento, isto é, não haver mais necessidade de dilação probatória (causa madura).

A doutrina e a jurisprudência<sup>10</sup>, todavia, para além de uma interpretação meramente literal, vem proclamando que a norma se aplica igualmente às causas que discutam matéria fá-

9. Embora não se pretenda digredir sobre a matéria, importante alertar o leitor para a impropriedade técnica da expressão “questão de direito”, por inexistir lide sem substrato fático.

10. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICAÇÃO DA REGRA AINDA QUE SEJA NECESSÁRIO O EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO PELO TRIBUNAL. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Divergência devidamente demonstrada. Segundo a Quarta Turma, conforme entendimento exposto no acórdão embargado, é possível a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, ainda que seja necessário o exame do conjunto probatório pelo Tribunal. No entanto, em sentido diametralmente contrário, para a Segunda Turma, a regra ali preconizada não se mostra cabível quando demandar essa providência. 2. A regra do art. 515, § 3º, do CPC deve ser interpretada em consonância com a preconizada pelo art. 330, I, do CPC, razão pela qual, ainda que a questão seja de direito e de fato, não havendo necessidade de produzir prova (causa madura), poderá o Tribunal julgar desde logo a lide, no exame da apelação interposta contra a sentença que julgara extinto o processo sem resolução de mérito. 3. Embargos de divergência rejeitados. (STJ - EREsp 874.507/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 01/07/2013).

tica, ainda que demandem ampla dilação probatória, desde que a causa já se encontre devidamente instruída e não sejam mais necessárias quaisquer diligências instrutórias, devendo o referido dispositivo ser lido sistematicamente à luz do art. 330 do CPC/73, que prevê as hipóteses de julgamento antecipado da lide (ou julgamento imediato do mérito):

Nessa medida, a regra tem a mesma abrangência do artigo 330, inciso I do Código: o juiz deve julgar antecipadamente, suprimindo a fase probatória, sempre que a questão de mérito for unicamente de direito ou, havendo controvérsia fática, as provas forem suficientes para a formação do seu convencimento. Também o Tribunal, afastada a carência, deve prosseguir no exame do mérito, se presente qualquer dessas situações, e não apenas se a matéria versar questão exclusivamente de direito.<sup>11</sup>

Por conseguinte, a norma mencionou que o tribunal pode julgar a lide, aspecto que poderia levar o intérprete a concluir que, apesar de benfazejo e, inclusive, recomendável, o juízo ad quem não estaria obrigado a proceder ao mencionado julgamento.

No entanto, importante ponderar que, apesar de a redação do dispositivo remeter a essa ideia de possibilidade, entendemos que a norma extraída do processo de interpretação do texto traduz efetivo dever do órgão ad quem, e não mera faculdade.

Ora, a compreensão da norma deve ser feita à luz dos princípios constitucionais que lhe dão substrato, por força da supremacia da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais, conforme as lições do neoconstitucionalismo<sup>12</sup>. Assim, os reclamos da efetividade (art. 5º, XXXV, da CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) – este último, apesar de não expressamente positivado à época da edição da Lei n. 10.532/2001 – constituem-se nos vetores interpretativos da regra, razão pela qual não há como conceber que o juízo ad quem possa, sem qualquer motivação para tanto, determinar o retorno dos autos à instância inferior para a prolação de novo julgamento, atrasando desnecessariamente a resolução da lide.<sup>13</sup>

11. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. especial, p. 107-148, jan./dez. 2003.

12. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: [http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf). Acesso em 3/10/2015.

13. No mesmo sentido: SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 855; MALLETT, Estêvão. *Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho*. Revista do TST. Brasília, v. 68, n. 3, p. 77-95, jul./dez. 2002. Também assim: RECURSO DE EMBARGOS - INDENIZAÇÃO DE 40% DO FGTS SOBRE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - DECISÃO DE TURMA QUE AFASTA A PRESCRIÇÃO MAS DEIXA DE APRECIAR DE IMEDIATO O MÉRITO DA DEMANDA - DISCUSSÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO - CAUSA MADURA - EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO

Fixados esses breves contornos acerca da matéria, cabe comentar ainda algumas questões controversas.

A primeira delas diz respeito à necessidade ou não de o recorrente fazer constar requerimento expresso para que o juízo ad quem proceda ao julgamento da lide.

Com efeito, apesar de algumas vezes contrárias<sup>14</sup>, a doutrina majoritária tem concedido ser desnecessário tal requerimento, devendo o tribunal, desde logo, caso presentes os requisitos do § 3º do art. 515 do CPC/73, proceder ao julgamento. Embora vigore no processo civil a parêmia tantum devolutum quantum appellatum, por força do caput do mencionado art. 515, cabe obtemperar que, quanto ao efeito devolutivo em profundidade – como é o caso da teoria da causa madura –, a devolução é ampla, correspondente a todas as questões suscitadas e discutidas no processo (§ 1º do art. 515 do CPC). Dessa forma, desnecessária a existência do requerimento expresso por parte do recorrente.

Outro ponto polêmico que a aplicação do dispositivo gera

---

- VIOLAÇÃO DO § 3º DO ART. 515 DO CPC - EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. A nova redação do art. 515, § 3º, do CPC passou a autorizar o imediato julgamento do mérito da demanda quando o debate versar apenas sobre questão de direito, ainda que o processo tenha sido extinto pela instância inferior sem julgamento de mérito. É de se notar que o § 3º do art. 515 do CPC, ao dispor que o “o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”, não atribui ao julgador a discricionariedade para aplicar, ou não, esse dispositivo legal quando presentes as suas hipóteses de incidência. A norma legal utiliza a expressão “pode” no sentido de que o Tribunal Regional passou a estar autorizado a julgar de imediato o processo, ainda que este tenha sido extinto sem julgamento de mérito, desde que a causa verse sobre questão exclusivamente de direito e esteja madura. Assim, uma vez satisfeitos os requisitos previstos no aludido preceito, quais sejam, que a discussão se restrinja a questão meramente de direito e a causa esteja madura para julgamento, o Tribunal está obrigado a enfrentar de plano a matéria de fundo, sob pena de descumprir os postulados da celeridade e da economia processual, alçados a nível constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII). No caso específico dos autos, a discussão em torno do direito às diferenças da indenização de 40% do FGTS decorrentes dos expurgos inflacionários é meramente de direito e já está sedimentada nesta Corte Superior, através da Orientação Jurisprudencial nº 341 da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais. Também com relação ao pedido de compensação, objeto da defesa, a causa está madura e não demanda nenhum reexame de fatos e prova. Isso porque, conforme ressaltado pela sentença de primeiro grau, as diferenças da indenização de 40% do FGTS, perseguidas nestes autos, não estão albergadas, naturalmente, pela indenização rescisória paga quando da extinção do contrato de trabalho, à medida que o direito do reclamante aos expurgos inflacionários somente foi reconhecido posteriormente e, conseqüentemente, essas diferenças não compuseram a base de cálculo da indenização paga naquela oportunidade. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST - RR - 56640-78.2003.5.10.0013, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 27/08/2007, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 07/12/2007).

14. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 109.

é a criação de exceção à proibição da *reformatio in pejus*.

Ora, dando provimento ao recurso e procedendo ao julgamento da lide na forma do § 3º do art. 515 do CPC, o juízo ad quem poderá, no exame do mérito da causa, concluir pela improcedência dos pedidos formulados pelo autor. Assim, este sairá em uma situação pior do que aquela em que estava quando interpôs o recurso, pois, doravante, poderá ter em seu desfavor uma decisão de improcedência, isto é, com a resolução do mérito e aptidão para gerar a coisa julgada, ao passo que antes possuía uma decisão meramente terminativa, sem a mencionada aptidão.

De fato, não há como negar que, num primeiro momento, a situação do recorrente poderá vir a ser piorada, podendo-se entender que, em razão disso, “o sistema processual brasileiro passou a admitir, ainda que em caráter excepcional, a *reformatio in pejus*”<sup>15</sup>. Esse é, inclusive, um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem a necessidade de requerimento expresso do recorrente para que o tribunal aplique o § 3º do art. 515 do CPC, como forma de afastar essa reforma para pior.

Todavia, há de se considerar que a lei criou tal situação excetiva exatamente para potencializar a efetividade do processo, pois o que o tribunal fará é meramente antecipar a solução que seria dada definitivamente à demanda.

Ou seja, ao invés de o processo retornar ao juízo a quo para a prolação de nova decisão e, futuramente, voltar mais uma vez ao juízo ad quem, por força de recurso da parte eventualmente vencida na instância inferior, melhor que já se emita o pronunciamento judicial que irá resolver definitivamente a demanda, evitando-se delongas desnecessárias.

Assim, sob uma ótica atomizada do recurso em si, haveria *reformatio in pejus*. Já se considerada uma visão instrumental e holística do processo, a conclusão seria negativa. Na realidade, a medida prestigiaria a economia processual e eliminaria os efeitos nefastos da movimentação da máquina judiciária sem utilidade.

Nas palavras de Alexandre de Freitas Câmara:

Essa *reformatio in pejus* é absolutamente legítima, já que o tribunal nada mais estará fazendo do que emitir desde logo um pronunciamento sobre o mérito que, depois, seria emitido de qualquer modo. Tudo o que se tem aqui é uma aceleração do resultado do processo, já que ao mesmo resultado prático se chegaria (embora com menos rapidez) se o tribunal determinasse a baixa dos autos ao juízo de origem para que ali se proferisse julgamento sobre o mérito, vindo depois os autos novamente ao tribunal, por força de apelação interposta pelo vencido, para que então se pronunciasse sobre o objeto do processo.<sup>16</sup>

15. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. especial, p. 107-148, jan./dez. 2003.

16. CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 85.

### 3. A COMPATIBILIDADE DA TEORIA DA CAUSA MADURA COM O PROCESSO TRABALHISTA

Apreendidas essas considerações gerais sobre a teoria da causa madura e sobre a interpretação da norma vazada no § 3º do art. 515 do CPC, cabe verificar a sua compatibilidade com o processo trabalhista.

Com efeito, a interação entre o processo do trabalho e o processo civil sempre foi fruto de acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais, quanto aos mais diversos dispositivos e institutos<sup>17</sup>, variando as posições, notadamente, conforme a compreensão dada à cláusula de contenção prevista no art. 769 da CLT<sup>18</sup>, que prevê dois requisitos básicos para a importação de regras civilistas ao processo laboral: a existência de lacuna e a compatibilidade da regra com o processo trabalhista.

No tocante à teoria da causa madura, é inegável que a lacuna normativa existe. As disposições sobre os recursos no processo laboral, seja na CLT, seja na legislação esparsa, nada referem acerca da possibilidade de o tribunal proceder, de imediato, ao julgamento do mérito da demanda nos casos em que afastar eventual extinção do processo sem resolução do mérito. Despicienda, pois, qualquer discussão sobre as chamadas lacunas ontológicas e axiológicas.

Quanto à compatibilidade, também nos parece que a norma é plenamente acorde à estrutura e à principiologia do processo do trabalho, notadamente, às ideias de simplicidade (na dimensão de contraponto ao formalismo) e celeridade, bem como auxilia na concretização do comando do art. 765 da CLT, que obriga os juízes a velarem pelo rápido andamento das causas.

Essa também tem sido a posição da doutrina, colhendo-se, por todos, as palavras de Estevão Mallet:

A possibilidade de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, é perfeitamente compatível com o processo do trabalho. O recurso ordinário do processo do trabalho, no tocante aos seus efeitos, não se distingue em nada da apelação regulada no direito comum. Trata-se exatamente do mesmo recurso, apenas com alteração nominal e com pequenas peculiaridades no tocante a certas condições de admissibilidade, tais como prazo e depósito recursal.<sup>19</sup>

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

17. Cite-se, por exemplo, a controvérsia sobre a aplicação ou não do art. 475-J do CPC/73 ao processo trabalhista.

18. A aplicação das normas de processo civil ao processo do trabalho sem um cuidadoso exame do art. 769 da CLT pode gerar o, muitas vezes, malfazejo fenômeno da “civiltização” do processo laboral. Nesse sentido: MARQUES, Gerson. *Fundamentos do Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2010.

19. MALLETT, Estevão. *Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho*. Revista do TST. Brasília, v. 68, n. 3, p. 77-95, jul./dez. 2002.

Súmula 393 - O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC. (redação anterior ao CPC/2015)<sup>20</sup>

RECURSO DE EMBARGOS NÃO REGIDO PELA LEI 11.496/2007. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA TURMA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 93, IX, CF/88 E 832 DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. Verificado que a Turma dirimiu a controvérsia contemplando todos os temas objeto de insurgência no recurso, em decisão fundamentada, inexistente negativa de prestação jurisdicional. Não pode a parte confundir ausência de prestação jurisdicional com hipótese de julgamento desfavorável a sua pretensão, quando o órgão julgador apresenta a devida fundamentação do decisor. Incólumes os artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC. Recurso de embargos não conhecido. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEVOLUTIVIDADE E TEORIA DA -CAUSA MADURA- (CPC, ART. 515, § 3.º). EXAME DO MÉRITO PELO TRIBUNAL REGIONAL. POSSIBILIDADE. Hipótese em que o Tribunal Regional reformou a sentença declaratória de extinção do processo sem resolução de mérito e prosseguiu na análise da pretensão de índole condenatória relativa à responsabilidade subsidiária da segunda reclamada. Inexistência de supressão de instância e cerceamento de defesa, tampouco de prejuízos aos litigantes (CLT, art. 794) a justificar o conhecimento da revista. Conduta regional autorizada pela regra da ampla devolutividade à luz da -teoria da causa madura- (CPC, art. 515, § 3.º), levando-se em conta os princípios da celeridade e economia processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/88 c/c art. 125 do CPC) e a satisfação do devido processo legal (CF/88, art. 5.º, LIV). Recurso de embargos não conhecido.

(E-ED-RR - 749098-42.2001.5.17.0003 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 28/10/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 12/11/2010)

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. PRESCRIÇÃO AFASTADA PELA TURMA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM PARA APRECIAR A PRETENSÃO DE DIFERENÇAS DA INDENIZAÇÃO DE 40% DO FGTS DECORRENTES DA INCIDÊNCIA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. POSSIBILIDADE DE EXAME IMEDIATO. ART. 515, § 3.º, DO CPC. MATÉRIA DE DIREITO. 1 - Discute-se acerca da possibilidade de exame, desde logo, da pretensão de diferenças da indenização de 40% do FGTS decorrentes da incidência dos expurgos inflacionários, quando a

Turma desta Corte afasta a prescrição aplicada na origem. 2 - O art. 515, § 3.º, do CPC permite o imediato julgamento do mérito da demanda quando se tratar o debate de questão de direito, não obstante o processo tenha sido extinto pela instância inferior sem julgamento de mérito. 3 - No caso, a controvérsia é meramente de direito e encontra-se, inclusive, sedimentada na jurisprudência desta Corte nos termos da Orientação Jurisprudencial 341 da SBDI-1, o que viabiliza o seu julgamento de imediato. Precedente. Recurso de embargos conhecido e provido.

(E-ED-RR - 161500-60.2003.5.02.0464 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 04/10/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/10/2012)

Nesse contexto, entendemos plenamente aplicável o § 3º do art. 515 do CPC ao processo trabalhista, principalmente, por se constituir em mais um mecanismo de concretização da efetividade do processo.

Por conseguinte, pode-se afirmar que essa aplicabilidade se dá com o recurso ordinário trabalhista (art. 895 da CLT), o qual, *mutatis mutandis*, sujeita-se ao mesmo fim e à mesma estrutura do recurso de apelação. Lembre-se, apenas, da possibilidade de aplicação do mencionado dispositivo civilista também no âmbito do TST, por ocasião dos recursos ordinários interpostos contra as decisões de competência originária dos Tribunais Regionais, como, por exemplo, aquelas referentes ao julgamento de ações rescisórias, mandados de segurança e dissídios coletivos.

Ademais, também é perfeitamente aplicável a referida regra ao recurso de agravo de petição (art. 897, "a", da CLT).

Nada obstante, a prática trabalhista tem infelizmente demonstrado que a aplicação da teoria da causa madura nos terrenos do processo laboral ainda não parece estar desempenhando plenamente seu importante papel, notadamente, no âmbito dos acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho.

Destarte, aqueles que operam com o processo trabalhista certamente já se devem ter deparado, por exemplo, com acórdãos em julgamento de recurso ordinário que, reformando sentença de extinção do processo sem resolução de mérito, ainda que quanto a uma única pretensão do reclamante, ou sentença que pronunciou a prescrição, determinam o retorno dos autos à primeira instância para julgamento do mérito da matéria, mesmo já estando a demanda pronta para o imediato julgamento, ao arripio dos §§ 1º e 3º do art. 515 do CPC/73.

Aliás, os próprios recorrentes parecem não ter se atentado para este poderoso mecanismo de celeridade no andamento do feito, pois, no mais das vezes, não têm apresentado insurgência alguma nos casos em que se determina o retorno dos autos à instância inferior. Cabe ressaltar que essa postura inerte permite que se perca o enorme benefício trazido pela referida regra, prejudicando sobremaneira os trabalhadores reclamantes, principais interessados na rápida entrega da prestação jurisdicional.

Outrossim, importante destacar que a aplicação do mencionado dispositivo civilista também exige que o juízo da ins-

20. A redação da referida Súmula 393 do TST foi atualizada em razão do CPC/2015 e será apresentada mais adiante.

tância inferior proceda à necessária instrução da ação, deixando-a em condições de imediato julgamento, sob pena de inviabilizar a aplicação da teoria da causa madura por parte do juízo ad quem. Nessa hipótese, entendendo não ser o caso de extinção sem resolução de mérito e reformando a decisão, o juízo revisor não terá outra saída que não a anulação do processo, por error in procedendo, impondo-se o retorno dos autos para a complementação das diligências probatórias.

#### 4. A TEORIA DA CAUSA MADURA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO

O novo Código de Processo Civil não só manteve a aplicação da teoria da causa madura, como também ampliou consideravelmente o seu raio de incidência. Melhorou também a redação do texto normativo e incorporou expressamente algumas noções que já estavam consagradas na jurisprudência.

A matéria veio tratada no art. 1.013 do novo Código com a seguinte redação:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

- I - reformar sentença fundada no art. 485;
- II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;
- III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;
- IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

Vê-se que o assunto continuou a ser tratado no capítulo referente ao recurso de apelação, apesar de, à semelhança do processo do trabalho, a doutrina processual civil sempre ter defendido a sua aplicação a outras espécies recursais dotadas do mesmo espírito daquela, como, por exemplo, o recurso ordinário constitucional, tendo o novo Código incorporado expressamente essas lições (art. 1.027, § 2º).

Pois bem. Apesar de o legislador ter caminhado mal em

diversos pontos do novo Código<sup>21</sup>, é digno de aplausos o regramento trazido para a teoria da causa da madura.

Primeiramente, cabe anotar a melhora na redação do texto normativo. Certamente, por força das incisivas críticas da doutrina, o legislador retirou a expressão questões de direito, deixando apenas a lacônica, porém vibrante, condições de imediato julgamento. Ao assim dispor, o novo Código incorpora a interpretação que já vinha sendo dada ao art. 515, § 3º, do CPC/73, no sentido de que a teoria da causa madura pode ser aplicada a causas que versem questões de qualquer natureza, desde que não haja necessidade de serem produzidas outras provas. Há, aqui, um inequívoco diálogo com as disposições acerca do julgamento antecipado do mérito, previstas no art. 355 do novo Código (julgamento antecipado da lide – art. 330 do CPC/73).

Também é de se destacar a substituição da partícula pode, constante da redação do § 3º do art. 515 do CPC/73, pela expressão deve, presente no § 3º do art. 1.013 do novo Código, reforçando a ideia de que a aplicação da teoria da causa madura não implica em faculdade do juízo ad quem; antes, constitui-se em uma obrigação do órgão revisor.

Ademais, entendemos também que a substituição dos verbos possui uma inequívoca aptidão de pacificar a acirrada controvérsia doutrinária anteriormente referida acerca da necessidade ou não de requerimento por parte do recorrente para que o juízo ad quem proceda ao julgamento do mérito. Tratando-se de efetivo dever do órgão revisor, não há mais espaço para que se deixe de aplicar a teoria da causa madura por falta de requerimento.

Nesse contexto, antes de examinar detidamente as hipóteses de incidência da teoria da causa madura trazidas pelo novo Código, importa pontuar questão que consideramos de suma relevância para a eficácia do dispositivo: o meio de impugnação da decisão do juízo ad quem que, ignorando a teoria da causa da madura, determina o retorno dos autos à origem para a análise do mérito. Sem que as partes disponham de um mecanismo de ataque a essa decisão, parece-nos que o dever almejado pelo novo Código poderá não colher os devidos frutos que pretende produzir.

Com efeito, mesmo sob a égide do CPC/73, a questão sobre a impugnação da decisão do juízo ad quem que, contrariando o regramento da teoria da causa madura, determina o retorno dos autos à origem não tem recebido a devida reflexão por parte da doutrina.

No âmbito do processo trabalhista, a matéria desperta ainda maiores dificuldades, já que a decisão que determina o

21. Cite-se, apenas, a título de exemplo, a contradição existente entre a regra do art. 379 do novo Código, que garante o direito de não produzir prova contra si, e a ideia de um processo cooperativo, positivada no seu art. 6º, no qual todas as partes devem contribuir para uma solução justa do litígio. Para uma visão crítica e panorâmica do novo CPC, bem como de algumas de suas inconsistências, conferir: MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Ano 4, n. 44, set. 2015. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escola-judicial/>. Acesso em: 8/10/2015.

retorno dos autos à origem para a prolação de novo julgamento ostenta nítida natureza interlocutória<sup>22</sup>, por não encerrar o ofício jurisdicional do órgão prolator (art. 893, § 1º, da CLT).

Estevão Mallet, analisando a matéria, pontua:

Se o tribunal nega a aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, qualquer que seja o motivo, seu pronunciamento reveste-se de caráter interlocutório e não comporta imediata impugnação por meio de recurso, como decorrência do disposto no art. 893, § 1º, da CLT, e Enunciado 214, do Tribunal Superior do Trabalho. Eventual equívoco será reparado posteriormente.

Determinando o tribunal o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, após reformar sentença terminativa, sem examinar a possibilidade de aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, tem-se por configurada omissão. Admite-se, na hipótese, a apresentação de embargos de declaração (CPC, art. 535, inciso II), os quais poderão revestir-se de efeito modificativo (Enunciado 278, do Tribunal Superior do Trabalho, combinado com Orientação Jurisprudencial nº 142, da, Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho) e, em conseqüência, propiciar a continuação do julgamento já no tribunal, independentemente da prolação de nova sentença.<sup>23</sup>

Em nosso sentir, todavia, se o recorrente só puder manifestar seu inconformismo, quanto à decisão que determina o retorno dos autos ao juízo a quo, por ocasião da decisão final, nenhum proveito prático terá.

Pensemos, por exemplo, na hipótese de o Tribunal Regional determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho, não obstante presentes todos os requisitos para julgamento imediato do mérito. Nesse caso, o processo retornará ao juízo de primeira instância, que prolatará a sua sentença. Eventualmente, quando da nova remessa dos autos ao Tribunal – o que provavelmente ocorrerá por força de recurso da parte vencida –, julgar-se-á o mérito da causa, fazendo desaparecer

22. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO PELO TRIBUNAL REGIONAL. IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA. Inquestionável o caráter interlocutório da decisão regional que reconhece o vínculo de emprego entre as partes e determina o retorno dos autos à Vara do Trabalho, para análise dos demais pedidos. Assim, incide a vedação inculpada no artigo 893, § 1º, da CLT, o qual não retira da parte o direito de recorrer da decisão interlocutória, apenas o posterga para quando for proferida a decisão definitiva. A Súmula nº 214 do TST, verbete que de forma alguma afronta a Constituição Federal, foi devidamente observada no despacho agravado, uma vez que não se verifica, no caso, a alegada contrariedade à Súmula nº 331, II e IV, do TST. Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag-AIRR - 2200-46.2008.5.02.0251, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 10/04/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2013).

23. MALLETT, Estêvão. *Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho*. Revista do TST. Brasília, v. 68, n. 3, p. 77-95, jul./dez. 2002.

à parte prejudicada com a primeira decisão interlocutória do sodalício qualquer utilidade em atacá-la, pois já obtido o pronunciamento de mérito pretendido.

Aliás, ainda que essa parte prejudicada valentemente interpusse recurso de revista, calcado na violação literal de dispositivo de lei federal (art. 896, “c”, da CLT), dificilmente, poder-se-ia obter êxito na insurgência, em razão da inexistência de prejuízo (art. 794 da CLT), já que houve julgamento do mérito pelo Tribunal Regional. Prover um recurso de revista com esse fundamento implicaria, em verdade, mero apego ao formalismo e maior prejuízo ainda à parte já prejudicada, pois o acórdão regional seria anulado para a prolação de um novo, que, certamente, repetiria a mesma solução dada anteriormente. Tudo com a movimentação vã da máquina judiciária, em manifesto descompasso com a economia processual e a eficiência.

Por outro lado, já sob a égide do CPC/73, como a aplicação da teoria da causa madura é dever do órgão revisor, são perfeitamente cabíveis embargos de declaração, uma vez que se trata de ponto sobre o qual o julgador estaria obrigado a se pronunciar. No entanto, pensamos que a oposição dos embargos pode não resultar efetiva, caso o juízo ad quem, não obstante a oposição dos aclaratórios, permaneça recalitrante sem qualquer razão para tanto. Não haveria, então, qualquer outra saída ao recorrente que não a resignação quanto à decisão flagrantemente contrária aos termos do § 3º do art. 1.013 do novo CPC.

Na primeira versão deste artigo, publicada no início do ano de 2016<sup>24</sup>, sustentamos que essa decisão que determina o retorno dos autos ao juízo de origem, não obstante presentes todos os requisitos para aplicação da teoria da causa madura, poderia ser atacada pela via do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF c/c Lei n. 12.016/2009), mormente, com a redação dada ao § 3º do art. 1.013 do novo Código, que expressamente previu o – repita-se – dever de o órgão revisor julgar imediatamente o mérito.

No entanto, melhor examinando a matéria<sup>25</sup> e, notadamente, diante da nova redação conferida à Súmula 393 do TST<sup>26</sup> – especificamente de seu item II, que incorpora a ideia de dever do juízo ad quem em aplicar a teoria da causa madura

24. MIESSA, Élisson (coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.295-1.320.

25. A solução surgiu em debate informal com o colega Luiz Gustavo de Souza Alves, assistente de Ministro no TST.

26. Súmula nº 393 do TST - RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. ART. 1.013, § 1º, DO CPC DE 2015. ART. 515, § 1º, DO CPC DE 1973. (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

I - O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, §1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado.

II - Se o processo estiver em condições, o tribunal, ao julgar o recurso ordinário, deverá decidir desde logo o mérito da causa, nos termos do § 3º do art. 1.013 do CPC de 2015, inclusive quando constatar a omissão da sentença no exame de um dos pedidos.

–, pensamos que a referida decisão, apesar de interlocutória, desafia a imediata interposição de recurso de revista, na forma do item “a” da Súmula 214 do TST<sup>27</sup>, por se tratar de decisão confrontante com súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.

Feitas essas considerações, passemos à análise das hipóteses de incidência da teoria da causa madura previstas pelo novo Código.

#### 4.1. REFORMA DE SENTENÇA QUE EXTINGUE O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

No inciso I do § 3º do art. 1.013, o novo Código apenas reafirmou a ideia que já estava positivada no CPC/73, quanto à aplicação da teoria da causa madura nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, doravante previstas no art. 485 da nova legislação. Cabe-nos somente repisar os comentários já tecidos anteriormente, em razão da inexistência de qualquer alteração substancial quanto ao regramento anterior, com realce em apenas alguns aspectos.

Primeiramente, observe-se a possibilidade de o juiz indeferir a petição inicial, na forma do arts. 330 e 485, I, do novo Código. Nesse caso, havendo recurso por parte do autor e reformando o tribunal a decisão da instância inferior, revela-se evidente que o processo não estará em condições de imediato julgamento, uma vez que ainda não citado o réu, fazendo-se necessário o retorno dos autos para o regular seguimento do feito.

Embora o contato do juiz do trabalho com a demanda se dê, em regra, na audiência (art. 841 da CLT), nada impede que a hipótese venha a se concretizar no âmbito do processo trabalhista, caso o juiz, tomando conhecimento da causa antes da audiência, verifique que a situação enseja o indeferimento da petição inicial e decida extinguir o processo sem resolução de mérito.

No entanto, importante ressaltar uma exceção peculiar à regra que acima comentamos: a improcedência liminar do pedido.

Com efeito, a matéria é regulada pelo art. 285-A do CPC/73, prevendo a possibilidade de, versando a causa sobre questão exclusivamente de direito e já havendo outras decisões de improcedência em casos idênticos no juízo, o magistrado poder julgar, desde logo, a improcedência prima facie da demanda. No novo Código, a matéria vem tratada no art. 332 com algumas alterações, mas mantida a mesma ideia de julgamento liminar.

De qualquer maneira, a questão que se coloca é: reformando o tribunal a decisão recorrida, por entender não ser o caso de indeferimento da inicial, mas, todavia, percebendo que não há necessidade de dilação probatória e a matéria já se encontra pacificada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, pode julgar, desde logo, a improcedência da demanda, com espeque no novel art. 332 do CPC?

27. Súmula nº 214 do TST - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE (nova redação) - Res. 127/2005, DJ 14, 15 e 16.03.2005. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; [...].

Pensamos que a resposta é positiva.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de determinada empresa ingressar com ação em desfavor da União, visando à declaração da nulidade de um auto de infração lavrado por fiscais do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, sob o argumento exclusivo de que a norma legal tida por descumprida seria inconstitucional. Suponha-se que, nesse caso, o juiz indefira a petição inicial, por entendê-la inepta, e, ato contínuo, haja recurso por parte do autor. Ora, o tribunal poderia, perfeitamente, afastando a inépcia, avançar no mérito e julgar pela improcedência liminar da ação, com base nos arts. 332 e 1.013, § 3º, I, do novo CPC, fundamentando-se, por exemplo, em súmula do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No mesmo sentido:

“Não vemos razão para uma resposta negativa. Afinal, é o próprio sistema processual quem permite tanto a improcedência liminar naquelas taxativas hipóteses quanto o julgamento imediato em segundo grau quando afastada a sentença terminativa.

Se a conclusão parece adequada para o CPC/73, com mais acerto há de se aplicar ao Novo CPC, no qual, como dito, mudou-se o foco na improcedência liminar do entendimento repetido no juízo de primeiro grau para a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Importa deixar claro, contudo, que uma decisão de tal molde precisa necessariamente fundamentar-se em algumas das hipóteses do art. 332 do Novo CPC, únicas em que o sistema processual admite a prolação de decisão de mérito, “independentemente de citação do réu”.<sup>28</sup>

Por fim, é consabido que o processo trabalhista é marcado por uma ampla cumulação objetiva de pretensões por parte do reclamante. Assim, não é incomum verificar hipóteses de extinção parcial do processo sem resolução do mérito, notadamente, quanto a uma pequena parcela dos pedidos formulados pelo autor.

Nesse contexto, no âmbito trabalhista, com muito mais razão, urge-se disseminar a aplicação da teoria da causa madura, pois o retorno dos autos, em decorrência da extinção sem resolução de mérito de uma única pretensão, quando as outras dez ou quinze foram devidamente julgadas e apreciadas, torna ainda mais necessária e útil a regra do art. § 3º do novel art. 1.013.

#### 4.2. DECISÕES INCONGRUENTES COM O PEDIDO OU COM A CAUSA DE PEDIR

Em seu inciso II, o § 3º do art. 1.013 do novo Código consagrou o dever de julgamento imediato do mérito pelo órgão revisor também na hipótese de a decisão recorrida ter sido

28. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Duplo Grau de Jurisdição e “Teoria da Causa Madura” no Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (organizadores). *Coleção Novo CPC: Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 602-603.

proferida além (ultra) ou fora (extra petita) do pedido ou da causa de pedir.

Quanto às decisões ultra petita, já não havia grandes controvérsias doutrinárias ou jurisprudenciais em volta do tema, pois era relativamente unânime o entendimento de que tais decisões são nulas, por malferirem os arts. 128 e 460 do CPC/73, mas somente na parte em que excedem o pedido. Não era sequer o caso de aplicar a teoria da causa madura, mas de declarar a nulidade dessa parte excedente, decotando-a da decisão, mantida, todavia, a validade do restante.

Já no tocante à decisão extra petita, apesar de pacífico o entendimento acerca de sua nulidade, havia maior controvérsia quanto à necessidade ou não de retorno dos autos à origem.

Todavia, a utilização da teoria da causa madura analogicamente para esses casos já vinha sendo esposada pela doutrina<sup>29</sup>, bem como sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. SENTENÇA DE MÉRITO DECOTADA. CAUSA MADURA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A despeito de ter havido decisão de mérito na sentença, sendo esta decotada na parte extra petita, a interpretação extensiva do § 3.º do art. 515 do Código de Processo Civil autoriza o Tribunal local adentrar na análise do mérito da apelação, mormente quando se tratar de matéria exclusivamente de direito, ou seja, quando o quadro fático-probatório estiver devidamente delineando, prescindindo de complementação, tal como ocorreu na espécie. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp 1194018/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA EXTRA PETITA. ANULAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA DE MÉRITO, EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO, DEVOLVIDA NO RECURSO DE APELAÇÃO. APLICAÇÃO DO § 3.º DO ART. 515 DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A despeito de ter havido decisão de mérito na sentença, sendo esta anulada por ser extra petita, a interpretação extensiva do § 3.º do art. 515 do Código de Processo Civil autoriza o Tribunal ad quem adentrar na análise do mérito da apelação, quando se tratar de matéria exclusivamente de direito, ou seja, quando o quadro fático-probatório estiver devidamente delineando, prescindindo de complementação. Precedentes.

29. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. especial, p. 107-148, jan./dez. 2003.

2. Por força da preclusão consumativa, não se pode apreciar arestos apontados como paradigmas tão-somente quando da interposição do agravo regimental.

3. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no Ag 878.646/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 12/04/2010)

No âmbito trabalhista, embora de forma mais tímida, também era possível encontrar essa mesma compreensão:

Ementa: As sentenças ultra petita ou extra petita não acarretam a nulidade da decisão, uma vez que são passíveis de adequação pelo órgão revisor sem afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição.

(TRT-2, RO – 00004688820125020057, Rel. Des. Wilma Gomes da Silva Hernandez, 11ª Turma, Data de julgamento: 5/2/2013, Data de publicação: 19/2/2013).

De qualquer forma, a nova previsão explícita a aplicação da teoria da causa madura nessas hipóteses e cria efetiva obrigação para o órgão revisor, de forma a que proceda à adequação da condenação aos limites do postulado sem necessidade de retorno dos autos à instância inferior.

Outrossim, com essa inserção, a lei chancela a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura também por força de recurso do réu.

#### 4.3. DECISÕES OMISSAS QUANTO À ANÁLISE DE UM DOS PEDIDOS

Uma das importantes inovações do novo Código restou positivada no inciso III do § 3º do art. 1.013 e resultou de notável ampliação da teoria da causa madura. Procedendo em nítida supressão da instância, por força das mesmas razões subjacentes à adoção da teoria em nosso ordenamento (efetividade e celeridade), pretendeu o legislador resolver alguns problemas que vinham sendo causados pelas decisões *citra petita*.

Com efeito, sabe-se que as decisões *citra petita* são aquelas proferidas com a omissão na análise de uma dos pedidos ou de uma das causas pedir, as quais, a rigor, comportam ataque pela via dos embargos de declaração, conforme art. 535, II, do CPC/73 (art. 1.022, II, do CPC/2015). Opostos, cabe ao julgador sanar a omissão e, permanecendo inerte, o caso ensejaria a nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, a qual pode ser suscitada no recurso ordinário.

Tal matéria também poderia ser igualmente suscitada no recurso, ainda que a parte não tivesse oposto os embargos de declaração, sendo que, nesse tocante, a doutrina diverge se a decisão recorrida seria nula ou se seria meramente insuficiente. Embora a consequência prática, em ambos os casos, fosse o retorno dos autos à origem, há substancial diferença, pois, na anulação, faz-se necessária a prolação de nova decisão; na incompletude, ficaria mantida a higidez dos demais capítulos.

No primeiro sentido:

Quando a sentença vai além do pedido, isto é, quando a sentença dá ao autor mais do que ele pediu, é ela ultra petita. A sentença que concede ao autor providência não pleiteada (de natureza ou objeto diverso do requerido) é extra petita. Trata-se, nesse caso, de dar ao autor coisa diversa da que pediu ou, até mesmo, de julgar ação diversa da que foi ajuizada. Quando a sentença deixa de apreciar algum pedido formulado pelo autor, inclusive um dos cumulados (CPC, arts. 288, 289 e 292) ou parcela de pedido é ela infra ou citra petita.

Todos esses casos são de nulidade absoluta da sentença que, se não corrigidos no processo em curso, dão ensejo à propositura de ação rescisória com esteio no art. 485, V, do CPC.<sup>30</sup>

Em sentido diverso:

No primeiro caso, não se pode dizer que a decisão tem um vício. Não há vício naquilo que não existe. Só tem defeito aquilo que foi feito. Se um pedido não foi examinado, não houve decisão em relação a esse pedido e, portanto, não se pode falar de vício. Do mesmo modo, a solução dos demais pedidos, efetivamente resolvidos, não fica comprometida ou viciada pelo fato de um dos pedidos não ter sido examinado. Nesses casos, a decisão precisa ser integrada e não invalidada; não se pode invalidar aquilo que não existe. A integração da decisão é, como visto, uma das possíveis pretensões que podem ser deduzidas em um recurso. Integrar a decisão é torná-la inteira, completa, perfeita; integrar a decisão não é invalidá-la. [...]

No primeiro caso, não deve o tribunal invalidar a decisão. Como visto, não há o que ser invalidado; deve o tribunal determinar que o juízo a quo complete o julgamento, decidindo o pedido não examinado.<sup>31</sup>

Pensamos que melhor seria reunir as duas vertentes; não excluí-las.

Ora, pode ocorrer de o pedido não examinado vir a influenciar no resultado do julgamento dos demais, que já foram objeto de manifestação por parte juízo a quo, inviabilizando, pois, o mero retorno dos autos para a complementação do julgado, sob pena de poder acarretar até mesmo uma contradição.

No entanto, pode ser que o pedido não analisado não guarde qualquer relação de interdependência com os demais, abrindo-se, então, a possibilidade de mero retorno dos autos para a complementação do julgado.

Assim, a solução acerca da nulidade dependeria do caso concreto, especificamente, da relação de interdependência ou não do pedido não analisado com o restante da decisão, o que prestigia as regras insculpidas nos arts. 796, 797 e 798 da CLT.

30. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1.399.

31. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 198-199.

De qualquer maneira, a inserção do inciso III no § 3º do art. 1.013 do novo CPC traz regra que pode diminuir a importância prática da controvérsia, uma vez que o órgão revisor deverá proceder ao imediato julgamento do mérito, sem que proceda à baixa dos autos.

No entanto, utilizamos a expressão pode diminuir em razão de questão interessante que pode se colocar na interpretação do dispositivo: a teoria da causa madura seria aplicável quando o juízo a quo se omitisse somente quanto a um único pedido ou teria lugar também em casos de omissões mais amplas, embora relativamente diminutas?

Com efeito, a questão, longe de ter contornos meramente acadêmicos, possui grande utilidade prática, notadamente, no âmbito do processo trabalhista, caracterizado por cumulação objetiva ampla, já que não é difícil prever a possibilidade de o julgador acabar vindo a se omitir quanto a dois ou mais pedidos.

Pensamos que, na hipótese de omissões mais amplas, não teria lugar a aplicação do mencionado dispositivo, sob pena de a interpretação ampliativa poder vir até a conferir competência originária para toda a demanda ao órgão revisor.

Veja-se, por exemplo, o caso de uma reclamação trabalhista onde se postula o reconhecimento da dispensa sem justa causa, o pagamento de aviso prévio, 13º salário, férias com 1/3, FGTS e indenização de 40%, horas extras e indenização por danos morais – o que, considerando o cotidiano da Justiça do Trabalho, sabe-se ser uma ação corriqueira e com pouca quantidade de pedidos.

Fazendo-se uma interpretação extensiva do dispositivo, poderia ocorrer de o juiz simplesmente declarar a dispensa sem justa causa pleiteada e se omitir quanto aos demais pedidos, tendo o tribunal de julgar todos estes, quando do eventual recurso do reclamante. Nesse caso, parece-nos que haveria efetiva ofensa às regras de competência travestida de aplicação da teoria da causa madura.

Ademais, importa lembrar que, tratando-se de norma de exceção, sua interpretação não comporta procedimentos hermenêuticos ampliativos, sendo certo também que a interpretação extensiva poderia gerar a ausência de um critério seguro acerca de qual o limite da omissão para a aplicação da teoria da causa madura.

Reforça esse argumento o fato de que, nos casos de omissões quanto à causa pedir, o legislador foi expresso ao possibilitar o julgamento pelo juízo ad quem, independente da extensão, por força da regra contida no inciso IV do §3º do art. 1.013 do novo CPC, a ser analisada adiante<sup>32</sup>. Todavia, hi-

32. Nesse sentido, a justificativa apresentada pelo Deputado Hugo Leal em seu relatório ao anteprojeto do novo CPC, onde restaram desmembradas essas duas hipóteses: “A decisão *citra petita* pode ocorrer quando a) não ocorre o exame de um fundamento relevante, ou quando b) não se examinar um pedido. Na primeira hipótese, há vício de fundamentação, cujo dispositivo em comento prevê solução no inciso III. Na segunda hipótese é que deve incidir esse inciso II, mas não se trata de anulação da decisão, pois, rigorosamente, não há vício na decisão porque, simplesmente, não existe decisão. Assim, optou-se por alterar a redação do inciso II e criar o inciso III, abrangendo,

pótese distinta se vê aqui em seu inciso III, quanto a omissões referentes aos pedidos.

Por fim, cabe ressaltar que não há confundir a nova hipótese prevista na lei com o já pacífico caso de julgamento pelo juízo ad quem das demais pretensões formuladas na ação, quando o juízo a quo deixa de analisá-las em virtude da resolução de mérito dada a uma questão prejudicial. Nessas situações, o exame do mérito pelo órgão revisor, a despeito da teoria da causa madura, decorreria da profundidade em si do efeito devolutivo (art. 515, §§ 1º e 2º do CPC/73; art. 1.013, §§ 1º e 2º, do novo CPC).

A matéria é de há muito conhecida no âmbito do judiciário trabalhista, sendo seu mais clássico exemplo a reclamação em que se postula o reconhecimento de vínculo empregatício e consectários. Nessa hipótese, julgando improcedente o pedido de reconhecimento de vínculo, a sentença sequer precisaria examinar as demais pretensões (aviso prévio, 13º salário, férias com 1/3, etc.). Todavia, recorrendo o reclamante, nada impediria que o órgão revisor analisasse imediatamente o mérito destas.

Nesse sentido:

RECURSO DE EMBARGOS DO RECLAMADO. EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO E DEFERIMENTO DAS VERBAS PLEITEADAS. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA CAUSA MADURA. É entendimento prevaletente nesta Corte que o reconhecimento do vínculo de emprego pelo Tribunal Regional e o consequente deferimento das verbas rescisórias daí decorrentes não configura supressão de instância quando é possível a aplicação da denominada teoria da causa madura prevista no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil. O efeito devolutivo de que trata o artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil possibilita ao Tribunal a análise imediata dos fundamentos da defesa, ainda que não examinados na sentença. Não há falar, assim, em supressão de instância quando o Regional reconhece o vínculo de emprego e analisa o restante do mérito, cuja apreciação apenas é condicionada à necessidade de que a causa esteja pronta para esse fim (teoria da causa madura). Releva-se anotar também que o artigo 515, § 3º, do CPC prevê a possibilidade de julgamento imediato da causa quando, afastado o decreto

dessa forma, as duas hipóteses mencionadas acima". Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120514-04.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120514-04.pdf). Acesso em: 28/10/2015. Os incisos II e III do anteprojeto referidos pelo parlamentar tinham a seguinte redação: "II - declarar a nulidade de sentença por não observância dos limites do pedido; III - declarar a nulidade de sentença por falta de fundamentação". Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DF36B1580C71AF056AFDE2](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DF36B1580C71AF056AFDE2)

[D90FC97172.proposicoesWeb2?codteor=831805&filenam=PL+8046/2010](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DF36B1580C71AF056AFDE2). Acesso em 28/10/2015. Assim, optou-se por desmembrar as hipóteses de decisão *citra petita*, fazendo-se incluir expressamente a omissão na análise de um pedido em inciso separado, o que resultou no atual III do art. 1.013, § 3º, do novo Código.

de extinção do processo sem resolução do mérito, o Tribunal depara-se com questão exclusivamente de direito - regra que a doutrina e a jurisprudência mais autorizadas, por identidade de razão, têm estendido para os casos em que as questões ainda não examinadas no primeiro grau, sejam de direito ou de fato, já tenham sido objeto de completa instrução, podendo ser apreciadas e decididas por inteiro pelo Juízo ad quem. Se há previsão legal para que o Tribunal adentre no exame da pretensão de fundo em hipóteses nas quais, indiscutivelmente, não existiu exame meritório na instância de origem, com maior razão deverá ser reconhecida ao Regional a possibilidade de exame da matéria de fundo, diante de reforma de sentença de mérito em que não se reconheceu a existência de vínculo empregatício. No caso, verifica-se, conforme consta do acórdão regional - soberano na análise do conjunto fático-probatório dos autos - transcrito na decisão recorrida, que as matérias apreciadas no acórdão embargado foram total e regularmente debatidas e instruídas pelas partes durante a instrução processual, o que afasta de forma irrefutável a alegação de supressão de instância. Decisão turmária que assim procedeu simplesmente deu a devida concretização ao artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que assegura a duração razoável do processo. Há numerosos precedentes desta Corte, da SbDI-1 e de suas Turmas. Recurso de embargos conhecido e desprovido. [...]

(E-ED-RR - 159900-73.2002.5.12.0039 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 16/04/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/05/2015)

Aplica-se a essa hipótese o mesmo raciocínio do julgamento do mérito pelo tribunal em caso de reforma da decisão que acolhe a prescrição ou decadência, como já comentado anteriormente.

#### 4.4. DECISÕES NULAS POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

Até onde aqui se viu, não há dúvidas acerca da intenção do legislador de valorizar a aplicação da teoria da causa madura. No entanto, a regra positivada no inciso IV do § 3º do art. 1.013 do novo Código é certamente a que despertará maiores polêmicas.

Com efeito, o dispositivo previu a possibilidade de o juízo ad quem julgar o mérito da demanda também nas hipóteses em que declarar a nulidade da sentença, por falta de fundamentação, desde que a causa já esteja em condições de julgamento.

Parece-nos que a norma aqui positivada visa dialogar com o polêmico art. 489, § 1º, do novo Código, notadamente, com a regra inserta no inciso IV, que prevê o dever de fundamentação exauriente nas sentenças, visando a evitar que as hipóteses de nulidade por falta de fundamentação aventadas no dispositivo sejam causa de indesejados retardos processuais.

Ora, já soa relativamente contraditório que o art. 1.013, §§ 1º e 2º, do novo diploma tenha mantido a noção do efeito devolutivo em profundidade, ou seja, a devolução de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que

não analisadas na sentença, mas ao mesmo tempo atribua a pecha de nulidade à decisão que não examina todos os argumentos deduzidos pelas partes.

Assim, a inserção dessa hipótese de aplicação da teoria da causa madura visa evitar que essa aparente contradição não cause qualquer prejuízo no caminhar do processo, pois, embora nula a sentença por falta de fundamentação, verifica-se ser desnecessário o retorno dos autos à instância inferior.

Importante ressaltar que a nulidade aqui retratada diz respeito, especificamente, àquela decorrente de falta de fundamentação, não se aplicando, evidentemente, a outras hipóteses de error in procedendo. Ademais, não se trata de relevar a nulidade da sentença não fundamentada, o que implicaria em patente inconstitucionalidade (art. 93, IX, CF); mas, sim, de, mesmo declarando a nulidade da decisão, o órgão revisor proceder imediatamente no julgamento do mérito:

Não há, todavia, a nosso ver, qualquer ofensa àquela relevante garantia constitucional pelo fato de que a aplicação da técnica prevista no art. 1.013, § 3, IV, do Novo CPC pressupõe que o tribunal tenha, efetivamente, decretado, a nulidade da sentença por ausência de adequada fundamentação. [...]

A questão, contudo, é saber qual a providência a ser adotada como consequência da decretação da nulidade. No sistema do CPC/73, ao menos de acordo com a literalidade da lei, a única solução viável seria a remessa dos autos ao juízo a quo para a prolação de nova decisão. Já no Novo CPC, o art. 1.013, § 3º, VI impõe ao órgão julgador do recurso o dever de verificar a viabilidade do julgamento imediato do mérito ante a desnecessidade da prática de qualquer outro ato instrutório.<sup>33</sup>

#### 4.5. DECISÕES QUE RECONHECEM A PRESCRIÇÃO OU A DECADÊNCIA

No § 4º do art. 1.013, o novo Código explicitou situação que já estava consagrada na doutrina e na jurisprudência, regulando a possibilidade de o tribunal examinar, desde logo, todas as demais pretensões formuladas na ação, caso reforme decisão da instância inferior que reconheça a decadência ou prescrição.

Aqui, repisamos todos os comentários já tecidos anteriormente para essa situação, lembrando-se apenas que o julgamento do mérito pelo juízo ad quem nesse caso não decorre propriamente da teoria da causa madura, mas do próprio efeito devolutivo do recurso. Talvez, por isso, o novo Código tenha pretendido tratar a matéria no § 4º do art. 1.013, e não como mais um inciso do § 3º.

#### 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessas breves e incipientes linhas acerca dos contornos

33. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Duplo Grau de Jurisdição e “Teoria da Causa Madura” no Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (organizadores). *Coleção Novo CPC: Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 606.

da teoria da causa madura no novo Código de Processo Civil, pode-se apreender que o legislador pretendeu alavancar sua aplicação, atendendo aos reclamos da efetividade e da razoável duração do processo. Não é de hoje a luta que o ordenamento jurídico vem travando contra a morosidade na tramitação dos feitos, mal que implica em verdadeiro cerceio ao direito constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).

Nesse tocante, pensamos que a nova regulamentação possui aptidão para impactar positivamente o processo trabalhista, já tão imbuído desse espírito de celeridade, em razão da natureza alimentar e fundamental dos direitos cuja tutela instrumentaliza (arts. 7º e 100, §1º, da CF), fazendo-se necessário, entretanto, que a aplicação da teoria da causa madura seja mais e mais disseminada no cotidiano laboral, para atingir os resultados que pretende.

Por outro lado, os contornos da regulamentação da teoria no novo Código e a solução das questões que podem gerar maiores controvérsias interpretativas ainda sofrerão bastante influência dos trabalhos doutrinários e da jurisprudência, assim como já ocorria com o regramento anterior. Tal aspecto, todavia, na forma do jargão televisivo, constitui-se em cena para os próximos capítulos.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. **APELAÇÃO: QUESTÕES SOBRE ADMISSIBILIDADE E EFEITOS**. **REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**. SÃO PAULO, N. ESPECIAL, P. 107-148, JAN./DEZ. 2003.

BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. IN: MARCATO, ANTONIO CARLOS (COORD.). **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTERPRETADO**. SÃO PAULO: ATLAS, 2004.

CÂMARA, ALEXANDRE DE FREITAS. **LIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. VOL. 2. 16ª ED. RIO DE JANEIRO, LÚMEN JURIS, 2008.

DIDIER JR., FREDIE; CUNHA, LEONARDO JOSÉ CARNEIRO. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. VOL. 3. 8ª ED. SALVADOR: JUS PODIVM, 2010.

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. 8ª ED. SÃO PAULO: LTR, 2010.

MAIOR, JORGE LUIZ SOUTO. **O CONFLITO ENTRE O NOVO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO**. **REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO**. ANO 4, N. 44, SET. 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.MFLIP.COM.BR/PUB/ESCOLAJUDICIAL/](http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/).

MALLET, ESTÊVÃO. **REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA E JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO NO PROCESSO DO TRABALHO**. **REVISTA DO TST**. BRASÍLIA, V. 68, N. 3, P. 77-95, JUL./DEZ. 2002.

MARQUES, GERSON. **FUNDAMENTOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2010.

MIESSA, ÉLISSON (COORD.). **O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO**. 2ª ED. SALVADOR: JUSPODIVM, 2016.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 2ª ED. SÃO PAULO: MÉTODO, 2011.

OLIVEIRA, ALEX MAIA ESMERALDO DE; PESSOA, FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES. TEORIA DA CAUSA MADURA E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL**. RIO DE JANEIRO, VOL. 15, JAN/JUN DE 2015, P. 195-212. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.E-PUBLICACOES.UERJ.BR/INDEX.PHP/REDP/ARTICLE/VIEWFILE/16870/12516](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewfile/16870/12516).

SARMENTO, DANIEL. **O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: RISCOS E POSSIBILIDADES**. DISPONÍVEL EM: [HTTP://EMPREENDIMENTOSJURIDICOS.COM.BR/DOCS/DANIEL\\_SARMENTO\\_O\\_NEOCONSTI-](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconsti-)

*TUCIONALISMO\_NO\_BRASIL1.PDF*.

SCHIAVI, MAURO. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. 6ª ED. SÃO PAULO: LTR, 2013.

SIQUEIRA, THIAGO FERREIRA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E “TEORIA DA CAUSA MADURA” NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IN: DIDIER JR., FREDIE (COORD. GERAL); FREIRE, ALEXANDRE; MACEDO, LUCAS BURIL DE; PEIXOTO, RAVI (ORGANIZADORES). **COLEÇÃO NOVO CPC: PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS**. VOL. 6. SALVADOR: JUS PODIVM, 2015, P. 602-603.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. **BREVES COMENTÁRIOS À 2ª FASE DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. 2ª ED. SÃO PAULO: RT, 2002.

LAURA BENDA

Juíza do TRT – 2ª Região

Diretora de Assuntos Legislativos e Institucionais da AMATRA-2

## ACORDO FIRMADO EM DISSÍDIO COLETIVO NÃO FORMA COISA JULGADA EM RELAÇÃO A DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Dissídio coletivo é, em uma definição abrangente, o tipo de processo por meio do qual se discutem interesses abstratos e gerais, de pessoas indeterminadas (categorias profissional e econômica), com o intuito de se criar ou modificar condições gerais de trabalho, de acordo com o princípio da discricionariedade, respeitando-se os limites mínimo e máximo previstos em lei.

É muito comum que as reclamadas suscitem, em sede preliminar, a ocorrência de litispendência ou coisa julgada em dissídios individuais, em razão de determinada questão ter sido apreciada em sede de dissídio coletivo, especialmente no caso de ter sido firmado acordo. A hipótese, no entanto, está mais do que superada, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência.

De fato, a existência de acordo firmado em sede de dissídio coletivo não acarreta a hipótese prevista nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, qual seja, a tríplice identidade entre partes, pedido e causa de pedir.

Isso porque se trata o dissídio coletivo de ação na qual determinados entes coletivos (em regra, os Sindicatos) atuam na defesa de interesses cujos titulares não são pessoas individualmente consideradas, mas sim grupos ou categorias econômicas e profissionais, no intuito de criar ou interpretar normas a esses aplicáveis.

Por isso, não atua o Sindicato, em sede de dissídio coletivo, como substituto processual, fazendo-o, em verdade, como representante da categoria em questão. O representante, como se sabe, é aquele que atua em nome e na defesa do interesse de outrem, razão pela qual, inclusive, não pode dispor dos direitos do representado, sem a sua anuência.

Ressalte-se, outrossim, apenas para que não haja dúvida, que a ampla legitimação concedida aos Sindicatos pelo art. 8º, III da CFRB/88 não significa, necessariamente, que tenham de atuar apenas e tão somente como substitutos processuais.

A distinção entre substituição e representação é a razão pela qual o C. TST, com base no art. 104 do CDC, chega a reconhecer a existência de litispendência ou coisa julgada entre ações individuais e ações coletivas movidas pelo Sindicato na qualidade de substituto processual, tais como a ação civil pública e a ação civil coletiva, mas não o faz no caso de haver dissídio coletivo.

A seguinte ementa traduz a primeira hipótese descrita:

“RECURSO DE REVISTA - AÇÃO INDIVIDUAL - LITISPENDÊNCIA - AÇÃO JUIZADA POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL - CONFIGURAÇÃO - ORIENTAÇÃO DA SUBSEÇÃO 1 DA SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Conforme o entendimento sedimentado no

âmbito da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ressalvado o meu ponto de vista, configura-se a litispendência quando a ação coletiva, na qual figura o sindicato como substituto processual, e a ação individual, também em trâmite, têm em comum o pedido e a causa de pedir. Tal posicionamento tem como suporte a identidade material das partes, que, em processos distintos, almejam o mesmo efeito jurídico. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 113141-18.2006.5.05.0003, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 04/06/2010)

Já as ementas abaixo transcritas evidenciam que, no caso de dissídio coletivo, o entendimento do C. TST é pacífico no sentido de inexistência de litispendência ou coisa julgada, conforme explicitado anteriormente:

“RECURSO DE REVISTA. COISA JULGADA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

PROPORCIONALIDADE PREVISTA EM ACORDO COLETIVO. É pacífica a jurisprudência desta Corte, **quanto à inexistência de coisa julgada na espécie, por não haver a tríplice identidade (de causa, partes e pedido), entre o dissídio coletivo - instaurado entre o sindicato da categoria e a empresa recorrente - e a demanda de natureza individual proposta pelo reclamante.** Também é diverso o objeto, porque, naquela, o intento é obter pronúncia de ordem constitutiva, enquanto que, nesta, trata-se de sentença condenatória que seja favorável aos seus interesses, ainda que contra aquela norma coletiva. Assim, não havendo identidade de partes, tampouco de objeto, não se há de falar em coisa julgada. Precedentes. [...]” (RR - 196100-31.2008.5.02.0465, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 06/03/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: 08/03/2013) (g.n.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COISA JULGADA. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. A configuração da coisa julgada supõe a tríplice identidade - eadem personae, eadem res e eadem causa petendi -, obstada pela ausência de qualquer deles, enquanto não se reproduz a ação anteriormente ajuizada e já decidida por sentença de que não caiba recurso. **Não se verifica a ocorrência do instituto, uma vez que a instauração de dissídio coletivo de natureza jurídica se reveste de caráter meramente declaratório, concernente que é à interpretação de norma existente, de forma genérica. Tampouco se visualiza identidade de sujeitos, pois, ao ajuizar dissídio coletivo, econômico ou jurídico, a entidade**

**sindical age na defesa do interesse da categoria profissional por ele representada, esta considerada, em si mesma, como sujeito titular de direitos e interesses.**

Ausente violação direta e literal de preceito da lei federal ou da Constituição, divergência jurisprudencial válida e específica, nos moldes das alíneas - a - e - c - do artigo 896 da CLT, aplicada a Súmula 126/TST. (...) (E-AIRR - 16740-85.2002.5.15.0045, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 19/06/2009) (g.n.)

Portanto, conforme a melhor doutrina e jurisprudência, não se admite a configuração da coisa julgada ou da litispendência em relação às reclamações trabalhistas individuais quando ajuizada e/ou julgado o dissídio coletivo, inclusive no caso de acordo, uma vez que não há identidade entre as partes.

## MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES

Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional da 2ª Região  
Mestra em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo  
Especialista na mesma área pela Universidade de Lisboa

## ANOTAÇÕES SOBRE A IGUALDADE DE GÊNERO NO DIREITO DO TRABALHO

*Introdução 1. Breve relato histórico do trabalho subordinado da mulher no Brasil e no mundo 2. Proteção do trabalho feminino no âmbito da Organização Internacional do Trabalho 3. Breves considerações sobre a legislação trabalhista brasileira e a condição feminina 4. A empregada e a luta por condições de igualdade na jurisprudência brasileira Conclusões finais. Bibliografia.*

### INTRODUÇÃO

Imaginar o mundo atual sem a desigualdade de gênero exige certa dose de utopia e otimismo. O percurso histórico da condição feminina no contexto do trabalho demonstra que, apesar de milenar, a participação da mulher na geração da riqueza e no sustento familiar ainda ganha contornos distorcidos e pouco valorizados quando comparados com a condição do homem trabalhador.

A associação da mulher a determinadas características tidas como *naturais* ou *intrínsecas* à condição feminina, dentre elas a habilidade de cuidar do lar e de vulneráveis, ainda está presente em nossa sociedade e é um dos fatores que embasam a distinção de tratamento pelo mercado de trabalho. A *missão* feminina não era compatível com o trabalho além do lar, já que exposta ao mundo, poderia perder sua pureza e delicadeza. Antes excluídas da educação formal, as mulheres hoje, ao menos na maioria dos países ocidentais, têm largo acesso a escolas e universidades, em cursos que até então eram tidos como “masculinos”. O avanço é considerável mas ele nem sempre se reflete em igualdade de oportunidades de trabalho.

A ideia de que o trabalho feminino é tão somente “complementar” à renda da família perde espaço com a divulgação de dados que demonstram que elas são responsáveis, em grande número, pelo sustento integral ou de maior parte, do orçamento doméstico<sup>1</sup>.

Conciliar as tarefas domésticas e de cuidado dos filhos ou idosos da família com a jornada de trabalho idêntica a dos homens continua a ser um desafio às mulheres, vez que permanece arraigada na sociedade a cultura de que o homem não está habilitado a tais funções. Quando se vêem obrigadas a delegar as funções do lar a terceiros, as mulheres são “substituídas”, em regra, por outras mulheres (em regra, negras e com baixa escolaridade), que exercem as funções de empregada doméstica. Aqui os segmentos de exclusão se entrelaçam e o poço de discriminação se torna mais profundo.

Acresça-se que essa cultura sectária é em grande parte

disseminada pelo próprio público feminino, que ainda não despertou para a necessidade de romper com a reprodução desta concepção machista e fortalece, como cúmplice, o enredo de preconceitos que firmam sua subordinação e inferioridade.

A divisão sexual do trabalho tem origem e raízes profundas no ambiente doméstico, que se irradia para a esfera pública, onde dissemina a ideologia de que homens e mulheres possuem papéis diferentes e de relevância distinta. A ideia da supremacia do trabalho masculino implica em reconhecer à mulher uma posição subalterna e subserviente.

A luta feminina pelo reconhecimento de igual remuneração para trabalho de igual valor não é nova e já obteve, nas esferas internacional e nacional, importantes vitórias. O Direito, sem dúvida, é um dos mais relevantes instrumentos na busca por igualdade de condições entre homens e mulheres e tem se apresentado como mecanismo de proteção à mulher, em aspectos que lhe são peculiares, como a maternidade.

Apesar dos grandes esforços despendidos pelas organizações de classe e aquelas voltadas exclusivamente para o desenvolvimento feminino, ainda se verifica que os cargos e funções desempenhados pelas mulheres, em sua maioria, são de baixa qualificação e apresentam contraprestação em percentuais inferiores aos homens em colocações idênticas. Os mais prestigiosos cargos, seja na esfera privada ou governamental, continuam a ser exercidos por homens.

São elas as vítimas, em percentuais esmagadoramente acentuados, de assédio sexual no ambiente de trabalho, e muitas vezes, objeto de políticas sexistas, nas quais o desempenho da atividade está diretamente relacionado ao uso de sua imagem e sexualidade.

Em razão das várias vertentes que o tema da igualdade de gênero possibilita, seccionar o objeto do presente estudo implica em estabelecer alguns pressupostos e estar ciente dos limites de abordagem do fenômeno que, por conseguinte, proporcionará uma visão parcial, entrecortada pelo tempo – trabalho humano assalariado, tendo portanto como paradigma a sociedade capitalista, – e pelo espaço – já que após um breve panorama da trabalho da mulher ao redor do mundo, o enfoque será o contexto jurídico brasileiro.

A proposta é partir do arcabouço sócio-cultural do último século para verificar as alterações que fomentaram a participação ativa da mulher no mercado de trabalho, discorrer sobre a proteção desse trabalho na Organização Internacional do Trabalho – OIT, traçar um esboço sobre a legislação brasileira no que tange especificamente ao trabalho feminino e trazer à baila as batalhas judiciais por condições de igualdade.

A pesquisa se baseia fundamentalmente em obras doutrinárias, sejam ou não jurídicas, em dados fornecidos a partir de órgãos governamentais e não-governamentais disponíveis na internet e pesquisa jurisprudencial.

1. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, referente ao ano de 2012, 42,5% das famílias brasileiras são constituídas por mulheres e seus filhos, sem cônjuges.

### 1. BREVE RELATO HISTÓRICO DO TRABALHO SUBORDINADO DA MULHER NO BRASIL E NO MUNDO

A história recente do trabalho feminino coincide com o surgimento do trabalho assalariado e com o advento do modo de produção capitalista. O esgotamento do regime escravocrata deu lugar ao trabalho “livre”, no qual a força de trabalho deveria ser remunerada. O trabalho feminino assalariado é portanto contemporâneo do trabalho do homem.

Não se pode imaginar que a alteração do padrão de desenvolvimento econômico tenha se dado por misericórdia ou conscientização dos horrores da escravidão, por parte da classe dominante. A substituição da mão-de-obra negra por trabalhadores assalariados foi uma necessidade de sobrevivência do próprio sistema, em razão do alto custo da importação africana e do surgimento do consumo como basilar da economia. Imprescindível que aqueles que compunham a força de trabalho tivessem acesso, ainda que mínimo, a uma contraprestação, eis que eles próprios sustentariam a alavanca do mercado em sua nova roupagem.

Apesar de a mulher ter desempenhado um papel preponderante na liderança de algumas sociedades antigas, sua importância na formação da sociedade moderna, pelo menos nos últimos séculos, foi tolhida, já que se aniquilou seu poder de comando e decisão. No período histórico que nos interessa nesse estudo – final do século XIX até o momento atual – a mão-de-obra feminina foi utilizada em larga escala e, desde os primórdios do capitalismo, de forma precarizada.

Inicialmente numerosas em trabalhos autônomos, as mulheres pobres desempenhavam as mais diversas funções, principalmente aquelas que eram renegadas pelos homens. Não são poucas as imagens que retratam esse período da história no Brasil, que consagraram as quitandeiras, doceiras, artesãs, domésticas e prostitutas.

A autonomia das mulheres pobres no Brasil da virada do século XIX para o XX é um dado indiscutível. Vivendo precariamente, mais como autônomas do que como assalariadas, improvisavam continuamente suas fontes de subsistência. Tinham, porém, naquele momento, maior possibilidade que os homens de venderem seus serviços: lavando ou engomando roupas, cozinhando, fazendo e vendendo doces e salgados, bordando, prostituindo-se, empregando-se como domésticas, sempre davam um jeito de obter alguns trocados. Explica-se, assim, a significação que emprestavam ao trabalho. Em São Paulo, por exemplo, em meio à tradicional ausência masculina, as mulheres pobres lutavam pela sobrevivência submetendo-se a atividades mal vistas pelos poderosos, como o artesanato caseiro e o comércio ambulante que na concepção daqueles só sujavam e enfeavam a cidade. Mães solteiras e concubinas eram, igualmente, alvos do preconceito por estarem à margem do esquema de organização familiar burguês concebido como universal.<sup>2</sup>

2 SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano, p. 379/380, in DEL PRIORE, Mary (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (co-ord.). História das Mulheres no Brasil, 10<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Contexto.

Os estigmas da fragilidade feminina e o desenvolvimento e fortalecimento de estereótipos que atribuem às mulheres determinadas características “naturais” ou intrínsecas, são em grande parte responsáveis pela desvalorização de seu trabalho. A ela cabia o domínio do espaço doméstico, do cuidado do lar e dos filhos. O trabalho fora de casa não era visto apenas como excepcional e transitório mas nocivo. A “inclinação” da mulher para atividades domésticas não era vista como produto social mas biológico. As “aptidões” não eram percebidas como resultado da escolarização feminina deficiente ou inexistente, responsável pela seleção que assegurava a iniquidade, mas como um dado natural intransponível. Advém daí a divisão sexual do trabalho<sup>3</sup>.

Percebida e constituída como frágil, a mulher precisava ser protegida e controlada. Toda e qualquer atividade fora do espaço doméstico poderia representar um risco. Mesmo o trabalho das jovens das camadas populares nas fábricas, no comércio ou nos escritórios era aceito como uma espécie de fatalidade. Ainda que indispensável para a sobrevivência, o trabalho poderia ameaçá-las como mulheres, por isso o trabalho deveria ser exercido de modo a não afastar da vida familiar, dos deveres domésticos, da alegria da maternidade, da pureza do lar. As jovens normalistas, muitas delas atraídas para o magistério por necessidade, outras por ambicionarem ir além dos tradicionais espaços sociais e intelectuais, seriam também cercadas por restrições e cuidados para que sua profissionalização não se chocasse com sua feminilidade. Foi também dentro desse quadro que se construiu, para a mulher, uma concepção do trabalho fora de casa como ocupação transitória, a qual deveria ser abandonada sempre que se impusesse a verdadeira missão feminina de esposa e mãe. O trabalho fora seria aceitável para as moças solteiras até o momento do casamento, ou para as mulheres que ficassem sós – as solteironas e viúvas. Não há dúvida que esse caráter provisório ou transitório do trabalho também acabaria contribuindo para que os seus salários se mantivessem baixos. Afinal o sustento da família cabia ao homem; o trabalho externo para ele era visto não apenas como sinal de sua capacidade provedora, mas também como um sinal de sua masculinidade.<sup>4</sup>

3 “A divisão do trabalho por gênero refere-se principalmente à segregação do trabalho, remunerado e não remunerado, entre mulheres e homens na vida privada e pública. Esta divisão reflecte a divisão tradicional entre os papéis das mulheres e dos homens na sociedade, de acordo com o qual as mulheres assumiam a maior parte dos cuidados à família e das funções domésticas, enquanto os homens eram os principais pelo bem-estar econômico e financeiro da família, como seu sustento (a maior parte das vezes, único), num emprego permanente, a tempo completo e vitalício. Contudo é, hoje, aceite que esta divisão já não reflecte a realidade actual da vida dos homens e das mulheres e que tem como resultado tornar o trabalho das mulheres frequentemente invisível e consequentemente desvalorizado nas contas nacionais e sub-representado no mercado de trabalho.” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e da igualdade de gênero, 2<sup>a</sup> edição, 2007.p. 66.

4 LOURO, Guacira Lopes. **Mulheres na sala de aula**, p. 453, in DEL

O surgimento da Revolução Industrial e o aparecimento de atribuições até então inéditas fizeram surgir novas oportunidades de trabalho para as mulheres de classes sociais desfavorecidas, e embora houvesse funções mais propensas ao trabalho do homem, as mulheres exerciam as mais diversas tarefas, muitas vezes em igualdade de condições. Nunca receberam, porém, na mesma proporção. Também não ascendiam na carreira ou assumiam postos de liderança e destaque. Sua participação na construção do trabalho subordinado também é silenciada e menosprezada, em importância e números.

Como exigência do desenvolvimento capitalista, mais precisamente a partir da Revolução Industrial, foi necessário absorver o trabalho feminino para atender à demanda de mão-de-obra. Assim, a mulher passou a trabalhar fora de casa. Mas, além de continuar exercendo sozinha as atividades domésticas – configurando a dupla jornada de trabalho – o produto do seu trabalho fora de casa foi visto como mero complemento à renda do marido, afinal a representação de gênero de provedor do lar era exclusivamente masculina. Isso servia como justificativa para as diferenças salariais entre homens e mulheres.<sup>5</sup>

Até mesmo os estudiosos do trabalho humano minimizam a participação e a relevância da força de trabalho composta pelas mulheres, reforçando a idéia de que a história continua a ser narrada sob a perspectiva do homem provedor e da mulher submissa e inativa.

Os autores que se interessam pela classe operária limitam o papel social das mulheres àqueles que exercem na família, quando, em sua concepção, consideram a fábrica como um mundo masculino, esquecem-se do papel exercido pelas mulheres na produção industrial desde o tempo dos primeiros livros desse tipo de abordagem e não reconhecem que muitos exemplos do trabalho operário são de operárias – mesmo se Daniele Kergoat, em um de seus artigos (1978), colocou um ponto de interrogação depois de “operários=operárias?”, pelo fato de as mulheres assumirem quase exclusivamente o trabalho doméstico e a responsabilidade de toda a família. Tais autores levam em conta apenas o trabalho feminino ligado à reprodução da força de trabalho, desconsiderando suas dimensões materiais e simbólicas, como fizeram, por exemplo, Richard Hoggart ou Edward P. Thompson.<sup>6</sup>

A inclusão da mulher no trabalho assalariado promoveu uma ruptura na classe operária (se é que se pode atribuir tal

qualificativo ao conjunto de trabalhadores, que ainda não dispunham de uma consciência coletiva) eis que as mulheres eram vistas como intrusas e inoportunas, dispostas a roubar os postos de trabalho dos “chefes” de família por um salário ainda mais miserável.

Além disso, onde o trabalho dos homens e o trabalho das mulheres não fossem tão separados e diferentes que nenhuma questão de mistura pudesse surgir, a atitude normal dos sindicalistas do sexo masculino em relação às mulheres que procurassem ingressar em sua profissão era, nas palavras de S. e B Webb, de “indignação e repulsa”. A razão era simples: como seus salários eram tão mais baixos, representavam uma ameaça aos salários e condições dos homens. Elas eram – citando novamente o Webb –, “como classe, os inimigos mais perigosos do padrão de vida dos artífices”, embora a atitude dos homens fosse também – apesar da crescente influência da esquerda – fortemente influenciada pelo que hoje chamaríamos de “sexismo”: “o artífice respeitável tem um desagrado instintivo pela mistura promíscua de homens e mulheres no convívio diário, quer seja na oficina, quer seja em um clube social”. Consequentemente, a política de todos os sindicatos capazes disso era excluir as mulheres de seu trabalho, e a política até mesmo daqueles sindicatos incapazes de fazê-lo (por exemplo, tecelões) era separar os sexos ou, pelo menos, evitar que mulheres e meninas trabalhassem “em conjunto com homens, especialmente se afastadas de associação constante com outras trabalhadoras”. Assim, tanto o medo da concorrência econômica das trabalhadoras quanto a manutenção da “moralidade” se combinaram para conservar as mulheres fora ou à margem do movimento operário – exceto no papel convencional de membros da família.<sup>7</sup>

Até então, o trabalho feminino era visto como secundário em relevância para sustento da família e sua renda, como complementar. As condições de trabalho eram penosas para homens e mulheres mas a condição feminina se agravava com a desigualdade salarial e com a jornada doméstica que lhe era imposta.

O novo fenômeno do trabalho feminino fora de casa provocou tremendo desespero e confusão em todos os ofícios, já que virava o mundo dos trabalhadores do avesso. Homens e mulheres competiam ferozmente por salários mais baixos. As mulheres abandonavam suas tarefas familiares tradicionais pelo trabalho assalariado, deixando frequentemente um marido nervoso e desempregado em casa para cuidar do bebê e mexer a sopa. À medida que os salários caíam, até mesmo as mulheres com maridos empregados se viam forçadas a encontrar trabalho. Os homens começaram a se organizar contra as mulheres e a levantar a demanda por um “salário familiar”. Suas reações, futuramente denominadas “torysmo sexual” ou “antifeminismo

PRIORE, Mary (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (coord.). *História das Mulheres no Brasil*, 10ª Ed., São Paulo: Contexto.

5 DUTRA, Renata Queiroz. A discriminação da mulher no mercado de trabalho: perspectivas constitucionais. *Revista da AMATRA5*. Salvador, n. 7, p. 187-218, nov. 2007, p. 190.

6 BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Prefácio à edição brasileira, in DEL PRIORE, *op. cit.*, p. 16.

7 HOBBSAWM, Eric, *Mundos do trabalho: novos estudos sobre a História Operária*, São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, 160.

proletário”, consideravam o ingresso das mulheres na força de trabalho uma “inversão da ordem da natureza”. E, embora muitas mulheres retorquissessem que não haviam tido outra escolha a não ser trabalhar, outras defendiam a demanda por um salário familiar, desvencilhado-se da perspectiva de combinar trabalho assalariado em tempo integral com trabalho doméstico. Os sindicatos de artesãos se lançaram a uma série de batalhas perdidas, na tentativa de voltar no tempo, e demandas por salário familiar podiam ser ouvidas através da Europa até quase a Primeira Guerra Mundial.<sup>8</sup>

A jornada de trabalho era extenuante e o local de trabalho insalubre e perigoso. O salário não cobria as despesas básicas da família e os direitos trabalhistas que hoje conhecemos eram inexistentes. Não havia organização de classe e consciência coletiva, de modo que o poder de barganha dos empregados era quase nulo. Não havia interferência ou proteção estatal, que deixava ao livre mercado a fixação das condições que regeriam o contrato de trabalho.

Em pleno desenvolvimento, o capitalismo aproveita esse afluxo da mão-de-obra para reduzir salários e aumentar as horas de trabalho. Ainda desorganizados, os trabalhadores masculinos não têm meios de reação e apenas podem, para não se submeterem às imposições patronais, procurar outras profissões, abandonar os empregos, o que vinha justamente ao encontro dos desejos dos industriais que encontravam sempre braços novos, com as trabalhadoras e as crianças.

Nesta fase, na Alemanha, o quadro era o seguinte: as pobres mulheres trabalhavam 17 horas por dia, das 3 da manhã até à noite, no verão; das 5h às 23 horas, no inverno. Não é preciso dizer que a maioria delas morriam tuberculosas.

O trabalho da mulher foi então bastante apreciado pelos empregadores da época, não só pelos baixos salários, mas também pela sensível redução dos custos da produção, através da mão-de-obra mais barata, um meio eficiente e simples para enfrentar a concorrência. Os menores salários pagos às mulheres constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. Nesse momento, o campo se abriu para a introdução da mulher no trabalho industrial, que não dependia de uma prévia aprendizagem como se procedia antes, pois a simplicidade da tarefa a cumprir não exigia.

Na época, não existia nenhum preceito moral ou jurídico que impedisse o empregador de utilizar, em larga escala, a mão-de-obra feminina. Os princípios do liberalismo econômico e do individualismo jurídico, invioláveis, davam-lhe a base ética e jurídica para contratar livremente, no mercado, a mulher, que era vista como coisa.

A omissão do Estado nas relações jurídicas do trabalho permitiu todo tipo de exploração. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências para os homens

e mulheres sem considerar os problemas, quer no âmbito pessoal, quer na responsabilidade da amamentação e cuidados dos filhos.

Esse processo industrial fez surgir um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se ao trabalho de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar, por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e fazendo-a cumprir obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.<sup>9</sup>

Embora trabalhasse tanto quanto o homem, os demais “deveres” femininos, como o zelo pelo ambiente doméstico e a criação dos filhos não foram atenuados ou compartilhados, de modo que além da exploração promovida pelo trabalho, também se submetia ao machismo dentro do lar e no ambiente social.

Uma das consequências da Revolução Industrial foi o ingresso da mulher no mercado de trabalho. No entanto, a exploração daí decorrente, caracterizada desde o pagamento de menores salários do que aos homens, até a ausência de qualquer preocupação em relação à gestação e à maternidade, foi tão grande que levou à formação de um sistema de proteção à mulher, desenvolvido a partir do século XIX.

Ao analisar o contexto histórico do problema da igualdade/discriminação de gênero, Ipojucam Demétrius Vecchi aponta que “durante a Revolução Industrial, quando a mulher adentrou ao mercado de trabalho, séculos de dominação masculina já consagravam tradicionalmente a sua submissão. Dessa forma, as mulheres entraram no mercado de trabalho em situação de desvantagem. Se a exploração do homem adulto já era intensa, a das crianças e mulheres foi ainda pior.”<sup>10</sup>

A experiência bolchevique de transferência da criação dos filhos pelos pais para o Estado mostrou-se desastrosa. Já a divisão das tarefas entre homens e mulheres, uma consequência aparentemente lógica quando os genitores são responsáveis pelo sustento da família, ainda permanece na pauta de reivindicações das mulheres ao redor do mundo.

À medida que cada vez mais mulheres se viam forçadas a trabalhar por salários com o advento da industrialização, o conflito entre as demandas da produção e da reprodução resultou em alto índice de mortalidade infantil, lares desfeitos, crianças negligenciadas e problemas crônicos de saúde. Um rápido olhar pelas janelas imundas de qualquer

8 GOLDMAN, Wendy. Mulher, estado e revolução. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 48.

9 LEMOS, Adryana Carla de Mesquita et al. A eterna luta da discriminação contra a mulher trabalhadora: uma abordagem crítica. Revista do TRT - 6ª Região. Recife, v. 11, n. 27, p. 168-81, 1999/2000, p. 171/72.

10 ROMAR, Carla Teresa Martins. Informe sobre salários 2014-2015 da Organização Internacional do Trabalho. Persiste a discriminação e a desigualdade salarial da mulher. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, a. 41, n. 161, p. 43-50, jan./fev. 2015, p. 44.

dormitório de fábrica na Rússia do século XIX proporcionava amplo apoio para esse ponto de vista. As mulheres haviam ingressado na força de trabalho, mas ainda eram responsáveis por criar os filhos, cozinhar, limpar, costurar, remendar – o trabalho penoso e mecânico essencial para a família. As responsabilidades domésticas das mulheres impediam-nas de ingressar nos domínios públicos do trabalho, da política e de empreitadas criativas em pé de igualdade com os homens. O capitalismo, de acordo com os bolcheviques, jamais seria capaz de fornecer uma solução sistemática para a dupla carga que as mulheres carregavam.

Os bolcheviques argumentavam que somente o socialismo poderia resolver a contradição entre trabalho e família. Sob o socialismo, o trabalho doméstico seria transferido para a esfera pública: as tarefas realizadas individualmente por milhões de mulheres não pagas em suas casas seriam assumidas por trabalhadores assalariados em refeitórios, lavanderias e creches comunitários. Só assim as mulheres seriam educadas e pagas igualmente, e seriam capazes de buscar seu próprio desenvolvimento e seus objetivos pessoais. Sob tais circunstâncias, o casamento se tornaria supérfluo. Homens e mulheres se uniriam e se separariam como quisessem, desassociados das pressões deformadoras da dependência econômica e da necessidade. A união livre substituiria gradualmente o casamento à medida que o Estado deixasse de interferir na união entre os sexos. Os pais, independentemente de seu estado civil, tomariam conta de seus filhos com a ajuda do Estado; o próprio conceito de ilegitimidade se tornaria obsoleto. A família, arrancada de suas funções sociais prévias, definiria gradualmente, deixando em sua lugar indivíduos completamente autônomos e iguais, livres para escolher seus parceiros com base no amor e no respeito mútuos.<sup>11</sup>

Aliás, esse não é um retrato apenas do contexto feminino vivenciado nas primeiras décadas do século XX. O patamar de proteção social hoje é consideravelmente superior para homens e mulheres, sendo reconhecidas como juridicamente relevantes particularidades do sexo feminino, como a garantia de estabilidade provisória decorrente do parto. Contudo, a responsabilidade pelo trato doméstico continua a ser quase que exclusivamente feminina<sup>12</sup>, ao passo que as oportunidades de crescimento profissional são escassas, assim como é latente a disparidade salarial em condições de trabalho similares.

Entretanto, é bom salientar que a individualização do trabalho não provocou a igualdade nas relações entre homens e mulheres, e nem a inversão na estrutura de poder. A

independência econômica feminina não representou o término das desigualdades entre homens e mulheres porque elas não se resumem à esfera econômica e material. Estão presentes na cultura, nas idéias, nos símbolos, na linguagem, no imaginário; enfim, formam um conjunto de representações sociais que impregnam as relações.

Com a nova realidade do trabalho, torna-se mais visível a discriminação contra as mulheres: salários menores, maior frequência do não registro em carteira, além dos assédios sexuais por parte dos feitores, empreiteiros e outros agentes do controle do trabalho.<sup>13</sup>

Apesar de o trabalho feminino não ser uma novidade, o número de mulheres presentes no mundo do trabalho tem crescido de forma surpreendente nos últimos 50 anos, de modo que nos anos 1960, as mulheres representavam 30% da população ativa europeia, contra 44% no início dos anos 2000.<sup>14</sup>

Após os horrores da I Grande Guerra e em uma tentativa de estabelecer condições mínimas de respeito ao ser humano trabalhador, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, em 1919. Desde sua fundação, a OIT busca encontrar mecanismos de melhoria da condição feminina em todo o mundo, intento que vem se desenvolvendo na forma de convenções e recomendações, provenientes de estudos embasados em dados internacionais, regionais e locais. Há um cuidado real com as condições sociais e jurídicas de cada país, o que resulta em normas de caráter moldável naquilo que não afronta o núcleo da proteção trabalhista e em certa flexibilidade na ratificação parcial de alguns destes instrumentos.

É um dos grandes responsáveis por avanços reais na proteção do trabalho da mulher, razão pela qual estudar as principais normas que tratam deste tema, sobretudo aquelas que foram ratificadas pelo Brasil, é fundamental para conhecer os padrões mínimos de regulamentação atuais, em nível internacional.

## 2. PROTEÇÃO DO TRABALHO FEMININO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

### 2.1. IGUALDADE ENTRE OS SEXOS COMO UM DOS OBJETIVOS DA OIT

Desde a sua fundação, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho se propõe a atuar contra a discriminação em razão do sexo bem como pela proteção do trabalho das mulheres. A pauta da OIT sempre foi a proteção do trabalho humano, elencado como direito de natureza fundamental.

A organização é tida como instituição referencial na promoção e valorização do trabalho humano em todo o mundo, dispondo de estudos profundos sobre a condição do trabalhador e propondo regulamentações mínimas sobre temas considerados essenciais.

<sup>11</sup> GOLDMAN, *op. cit.*, p. 21.

<sup>12</sup> No Brasil, as mulheres apresentam jornadas semanais totais mais longas que a dos homens, atingindo 55,9 horas semanais contra 51,8 horas dos homens, em média, Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, referente ao ano de 2012, sendo que dentre elas 20,8 horas são destinadas a afazeres domésticos, contra 10 horas dos homens, em média.

<sup>13</sup> SILVA, Maria Aparecida Moraes. De colona a boia-fria, p. 563, in DEL PRIORE, Mary (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (coord.). História das Mulheres no Brasil, 10ª Ed., São Paulo: Contexto, p. 563.

<sup>14</sup> MARUANI, Margarte, Vida profissional: a paridade sem igualdade, p. 720, OCKRENT, Christine (org.); TREINER, Sandrine (coord.), O livro negro da condição das mulheres, Rio de Janeiro: DIFEL, 2011.

A condição feminina não lhe passou despercebida, tanto que desde sua constituição elencou como objetivo eliminar toda e qualquer forma de discriminação motivada por sexo. Isso ficou claro na exposição de motivos de sua Constituição e no anexo a ela, conforme se vê, respectivamente, dos extratos ora referidos:

“Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas.” (grifo nosso)

“todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranqüilidade econômica e com as mesmas possibilidades.”<sup>15</sup>

Já na década de 1920 era presente a preocupação com a distinção injusta de tratamento e de contraprestação entre homens e mulheres. Verificou-se que um dos pressupostos para a dignidade no trabalho era a igualdade entre os sexos, motivo pelo qual esse foi eleito como um dos principais objetivos da organização.

A legislação trabalhista ao redor do mundo refletia a concepção social da época no sentido de que o trabalho feminino era complementar ao do chefe de família, necessariamente exercido pelo homem. Logo, para a OIT, um trabalho decente deveria abranger parte considerável do contingente formado pelas mulheres, afinal, além de constituírem metade da população mundial, sua participação no mundo do trabalho assalariado era crescente.

Assim, a OIT considera que dentro do conceito de trabalho decente para todas as pessoas, a igualdade entre os sexos é um elemento chave para que as mudanças sociais e institucionais gerem igualdade e crescimento. O enfoque principal da OIT em relação à igualdade de gênero coinci-

de com os quatro objetivos estratégicos da Organização, ou seja, promover os princípios e direitos fundamentais no trabalho, criar mais empregos e oportunidades de salários para homens e mulheres, melhorar a cobertura e a eficácia da proteção social e fortalecer o diálogo social e o tripartismo.<sup>16</sup>

A questão foi posta sob a ótica dos direitos humanos, entendidos como um conjunto de normas mínimas que refletem direitos universais ao conjunto da humanidade, geralmente relacionados aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade, de modo que um dos fundamentos da OIT é promover o trabalho digno e justo para homens e mulheres.

Paralelamente à busca pela ampliação de direitos próprios ao trabalho subordinado, uma questão relevante desde o princípio era a questão da política salarial, ao lado da quantidade de horas diárias trabalhadas. Ainda hoje, essas são duas das mais importantes bandeiras defendidas pelos trabalhadores e organizações sindicais.

A retribuição salarial pode ser ferramenta de inclusão social e dignidade mas também pode refletir uma política sexista e discriminatória. A divisão sexual do trabalho parte do pressuposto de que há determinadas funções ou cargos próprios a cada um dos sexos, resvalando para as mulheres os cargos com menores exigências físicas, intelectuais e desprovidos de grandes responsabilidades ou poderes de direção e comando.

Efetivamente, *os cargos e profissões com menores salários são, em média, reservados às mulheres*, enquanto os empregos superiores são reservados aos homens, sobretudo na indústria produtiva. E isso ocorre tanto na Europa como na União Soviética. É nos Estados Unidos que a proporção de mulheres em empregos qualificados ou superiores é a mais elevada, mas ela permanece notadamente inferior. Socialmente, *essa distribuição desigual do trabalho qualificado feminino e masculino destrói o princípio: trabalhos iguais, salários iguais, ou antes uma fraude* (Naville, 1970, p. 247).<sup>17</sup>

Ainda que atualmente possuam maior nível de escolaridade, as mulheres continuam a sofrer com a discriminação de funções e vencimentos.

As diferenças de remuneração, relacionadas ao sexo e cor, são fatores de crescente discriminação no mundo do trabalho. Considerando a hora trabalhada, as mulheres recebem em média 79% da remuneração média dos homens (21% a menos). As mulheres negras recebem apenas 39% do que recebem os homens brancos (61% a menos). Observa a Especialista que o perfil educacional mais elevado das mulheres deveria refletir-se em uma renda média mais alta

16 ROMAR, Carla Teresa Martins, *op. cit.*, p. 45.

17 LALLEMENT, Michel, Pierre Naville e a divisão do trabalho entre os sexos, p. 377, in CHABAUD-RYCHTER, Danielle... [et all], O gênero nas Ciências Sociais: releituras críticas de Max Weber a Bruno Latour, 1ª edição, São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2014.

15 CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E SEU ANEXO (Declaração de Filadélfia), disponível em [http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf), em consulta realizada em 19 de fevereiro de 2016.

que a dos homens. No entanto, a renda das mulheres é sistematicamente inferior à renda dos homens com os mesmos níveis de escolaridade.<sup>18</sup>

Esteve sempre na pauta da organização o intento de ultrapassar tais barreiras e estereótipos, buscando a justa retribuição a ambos os sexos.

Segundo a OIT, superar a disparidade salarial entre homens e mulheres é essencial para garantir o crescimento inclusivo e requer esforços constantes em diferentes níveis de atuação. A igualdade de remuneração entre homens e mulheres deve ser estimulada, combatendo-se os estereótipos sobre os papéis e as aspirações das mulheres, lutando-se contra os prejuízos sexistas na estrutura salarial e nas instituições que fixam os salários, promovendo uma distribuição equitativa das responsabilidades familiares e reforçando as políticas relacionadas com a maternidade e a paternidade.<sup>19</sup>

Vale ressaltar que as convenções n. 100 e 111 da OIT, que tratam justamente da promoção da igualdade de remuneração para homens e mulheres que desempenham trabalho de igual valor, e da discriminação em matéria de trabalho e profissão, respectivamente, estão elencadas dentre aquelas tidas como *fundamentais*, as quais integram a Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da OIT (1998) e que devem ser necessariamente ratificadas e aplicadas por todos os Estados Membros da OIT.

## 2.2. CONVENÇÕES DA OIT SOBRE O TRABALHO FEMININO RATIFICADAS PELO BRASIL

Segundo doutrina e jurisprudência dominantes no Brasil, os tratados internacionais detêm o *status* de legislação infraconstitucional. O que se defende, contudo, é que aqueles que versam sobre direitos humanos gozam de *status* diferenciado, conforme previsão do §2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

Sob essa nova perspectiva, assinala ainda Cançado Trindade,

“Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* no direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter ‘aplicação imediata’ (art.5 (1)) da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60 (4) (IV)). A especificidade e o

caráter especial dos tratados de direitos humanos encontra-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente”.

E prossegue o mencionado autor:

“Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os arts. 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.<sup>20</sup>

Esse posicionamento é sustentado independentemente da alteração constitucional promovida em 2004, que passou a prever que “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais e forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, que serão equivalentes às emendas constitucionais*” (§ 3º, do art. 5º, da Constituição Federal).” A regra constitucional tentou esclarecer e regulamentar o procedimento de ingresso dos instrumentos internacionais que versem sobre direitos humanos e por consequência seu *status* constitucional, o que não restou infenso a críticas, sobretudo pela dificuldade criada para este reconhecimento, em razão da exigência de quórum qualificado.

O que se acredita é que mesmo antes da alteração constitucional (e sem a necessidade de quórum qualificado para tanto), os tratados e convenções internacionais, a depender de seu conteúdo, podem integrar o corpo da Constituição. É esse o entendimento que se extrai do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal. Isso porque a natureza jurídica e a relevância das normas que dispõem sobre direitos humanos permitem que elas sejam tratadas de forma diferenciada, como emendas constitucionais, e portanto, protegidas contra as alterações constantes e danosas do nosso legislador ordinário. Deteriam, assim, o *status* de normas constitucionais.

Mais relevante que ter, em abstrato, se deve prevalecer a ordem internacional ou o aparato jurídico nacional, é despertar para entendê-los como complementares, se sobrepondo, no caso concreto, aquela norma que se apresentar mais consentânea com a exaltação do ser humano. Assim, como a hierarquia das normas trabalhistas, que privilegia aquela que maior benefício traga ao trabalhador, as normas constitucio-

18 NUNES, Maria Terezinha, A efetividade do princípio da igualdade no estado democrático de direito. Por uma interpretação constitucionalmente adequada aos direitos da mulher no trabalho. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 44, n. 173, p. 225-38, jan./mar. 2007, p. 229.

19 ROMAR, Carla Teresa Martins, *op. cit.*, p. 47.

20 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição. Del Rey: Belo Horizonte, 2005, p. 81.

nais e internacionais que sejam ratificadas pelo Brasil, necessitam observar que é sempre o hipossuficiente, o destinatário da norma, que deve guiar a escolha do dispositivo aplicável.

De qualquer modo, em matéria de direitos humanos, quando os tratados internacionais conflitam com a Constituição Brasileira, a solução não pode ser buscada no princípio da hierarquia. Insuficiente, na hipótese, conflito entre os tratados e a Constituição, a hierarquia, cabendo o princípio *pro homine*, significando a preponderância da norma mais favorável ao ser humano. Não importa a hierarquia da norma, sim o seu conteúdo. O mais favorável prevalece. Não há que se falar em revogação da norma constitucional que conflita com o tratado. Todas as normas continuam vigentes. Mas no caso concreto será aplicada a mais favorável.<sup>21</sup>

a) Convenção nº 89 - Trabalho noturno das mulheres na indústria

De um modo geral, proíbe-se o trabalho da mulher na indústria, no horário noturno, sendo este o compreendido entre 22h e 7h. A Convenção foi firmada pela OIT em 1948 e ratificada pelo Brasil em 1957, quando o contexto social era diverso e o “cuidado” com a honra e o bom nome da mulher eram inversamente proporcionais ao seu grau de independência e autonomia. Tal restrição, contudo, atualmente, não se sustenta, de modo que seu conteúdo foi esvaziado.

b) Convenção nº 100 - Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor

A convenção presa pela extinção de discriminação de remuneração, aqui entendida como o salário base ou mínimo, em espécie ou *in natura*, pago direta ou indiretamente em razão do vínculo de emprego firmado, em razão do sexo, para trabalhos de igual valor.

De acordo com o art. 2º, tal princípio deverá ser efetivado por meio de legislação nacional, convenção coletiva ou de combinação entre eles.

A avaliação do trabalho, para fins de distinção salarial, portanto, deve levar em conta critérios objetivos.

c) Convenções nº 102 e nº 103 - Amparo à maternidade e Normas mínimas da Seguridade Social

Segundo a Convenção nº 103, toda mulher assalariada (com exceção daquelas cujos únicos empregados são membros da família do empregador, para as quais a legislação nacional pode isentar do cumprimento), tem direito a licença maternidade de, no mínimo, 12 semanas, dos quais ao menos 6

semanas serão obrigatoriamente gozadas após o parto. Não haverá prejuízo no recebimento da remuneração da empregada, que ficará a cargo da assistência pública.<sup>22</sup>

A fim de evitar a discriminação na contratação de mulheres, a convenção prevê que em nenhum caso a responsabilidade pelo pagamento da remuneração no período de afastamento será do empregador.<sup>23</sup>

Prevê-se ainda pausas na jornada de trabalho para amamentação da criança, ficando a cargo da legislação nacional fixar a duração de tais interrupções.

Além disso, a Convenção sobre seguridade social (nº 102) reconhece as prestações de maternidade como uma das nove áreas da proteção social. Sua Parte VIII, referente às prestações de maternidade, prevê assistência médica e pagamentos periódicos para compensar a suspensão de ganhos de mães trabalhadoras.

Sobre o tema, a OIT ainda adotou mais duas convenções sobre a proteção da maternidade: nº 3 (1919) e nº 183 (2000), sendo que a primeira foi denunciada pelo Brasil em 1961, em razão da ratificação da Convenção nº 103 e a última não foi ratificada.

d) Convenção nº 111 - Discriminação em matéria de emprego e ocupação

Discriminação, para os fins da presente convenção, “significa toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de

22 Interessante registrar que, mesmo antes da constituição da OIT, já havia no Brasil algumas leis estaduais esparsas sobre o tema da maternidade, a exemplo do Estado de São Paulo. “A primeira lei referente ao trabalho da mulher surgiu no Estado de São Paulo, em 1917, a qual proibia o trabalho da mulher “nos estabelecimentos industriais no último mês de gravidez e no primeiro de puerpério”. Somente em 1923 foi facultado, mediante lei federal, um repouso de trinta dias antes e trinta dias após o parto às mulheres que trabalhassem nos estabelecimentos comerciais e industriais.” NUNES, Maria Terezinha, *op. cit.*, p. 227.

23 “A Constituição [brasileira] de 1937 assegurou, em legislação infraconstitucional, a licença da gestante “sem prejuízo do salário”, à conta do empregador, omitindo-se quanto à estabilidade da gestante. O custo da licença maternidade para o empregador contrariava a Convenção n. 03, da OIT, ratificada pelo Brasil em 1935, no sentido de que o encargo referente ao afastamento da gestante não devia onerar o empregador; já alertando para o fato de que a elevação do custo da mão-de-obra feminina acarretava uma discriminação das mulheres no trabalho. A Constituição de 1937 silenciou quanto à proibição de diferença de salário entre os sexos. Assim, em 1940, foi publicado Decreto autorizando a diferença de salários em 10%, em desfavor das mulheres.

A Constituição de 1946 voltou a proibir a diferença de remuneração, por motivo de sexo, assegurava o repouso remunerado e a estabilidade da gestante. Nessa ocasião se travou discussão entre o governo e os representantes da OIT em razão das divergências sobre o custo do repouso da gestante, resultando na denúncia da Convenção n. 03 pelo Brasil. Ocorre, entretanto, que havendo a ratificação da Convenção n. 103, da OIT, em que constava a mesma diretriz, não houve como o governo se eximir de transferir essa obrigação para a previdência, liberando o empregador desse ônus.”, NUNES, Maria Terezinha, *op. cit.*, p. 227.

21 ZAINA, Ana Carolina, Crise econômica de 2008 e dispensa coletiva de trabalhadores: percalços do neoliberalismo globalizado e dimensionamento do estado, p. 222, 2010, disponível em [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.trt9.jus.br%2Finternet\\_base%2Farquivo\\_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexoadoPlc%3D1824931&ei=KWV6U9CAO-2n8QGW1YHgCQ&usq=AFQjC-NH9gnVUOYVAG7vZVfRRFZdnt6zCPQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.trt9.jus.br%2Finternet_base%2Farquivo_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexoadoPlc%3D1824931&ei=KWV6U9CAO-2n8QGW1YHgCQ&usq=AFQjC-NH9gnVUOYVAG7vZVfRRFZdnt6zCPQ)

emprego ou profissão (item 1) e qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados (item 2).” (art. 1º)

Insta-se o país que a ratificou a formular e aplicar uma política nacional com o fim de promover a igualdade de oportunidades e tratamentos em matéria de emprego e profissão, por meio de adequação de sua legislação nacional, inclusive com revogação de leis que sejam contrárias a esse princípio, bem como pela divulgação e colaboração das organizações de trabalhadores e empregadores.

De acordo com a OIT, *“equidade de gênero significa justiça de tratamento para mulheres e homens, de acordo com as necessidades e interesses respectivos. Pode compreender igualdade de tratamento ou tratamento diferente, mas considerado equivalente em termos de direitos, benefícios, obrigações e oportunidades.”*<sup>24</sup>

Infelizmente, a Convenção nº 156 que versa sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares ainda não foi ratificada pelo Brasil. Ela reconhece os problemas e necessidades particulares enfrentados por estes/as trabalhadores, definidos como “homens e mulheres com responsabilidades com relação a seus filhos e filhas dependentes, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir”.

Tal instrumento é de importância fundamental para a amenização da sobrecarga de trabalhos, assalariado e doméstico, assumidos pelas mulheres que, comprovadamente, são responsáveis, em maior parcela, pelos cuidados de vulneráveis.

Há medidas que objetivam facilitar as trabalhadoras a arcarem com suas responsabilidades familiares, o que, ao invés de promover e facilitar seus encargos, acentuam a discriminação, ao excluírem os homens de iniciativas desse tipo, reforçando na prática os papéis de gênero e a distribuição tradicional de tarefas. A inconsistência dessas medidas reside no fato de pressuporem que os cuidados familiares são uma responsabilidade exclusivamente feminina e de ignorarem o papel dos homens nesse campo.

Atualmente, mais de 41 milhões de mulheres participam do mercado de trabalho no Brasil, representando uma participação de quase 50% na População Economicamente Ativa (PEA). Em Portugal, a taxa de atividade feminina supera a média europeia, atingindo mais de 55%. Embora um número cada vez maior de mulheres trabalhe fora do lar e compartilhe com os homens a tarefa de gerar renda familiar, não houve mudanças significativas na distribuição das tarefas de cuidar da família. As pesquisas sobre o uso do tempo revelam que tanto as mulheres brasileiras como as

portuguesas dedicam muito mais tempo ao trabalho não remunerado que os homens de ambos os países, isso afeta o nível e a qualidade da participação das mulheres em atividades econômicas remuneradas. No Brasil, enquanto que eles gastavam 10,5 horas semanais realizando afazeres domésticos, as mulheres consumiam 26,6 horas. Em Portugal, são as mulheres que normalmente asseguram a preparação das refeições (83,4%), a limpeza da casa (89,3%) e o cuidado das roupas (91,9%). As portuguesas também são majoritariamente responsáveis por prestar cuidados a crianças (79%), acompanhar a vida escolar dos filhos e filhas (72%), levá-los ao médico (69%) e cuidar de pessoas adultas dependentes (74,2%). Somando-se as horas de trabalho remunerado e não remunerado, observa-se que as jornadas de trabalho das mulheres são mais longas que as dos homens e, por essa razão, elas têm menos tempo para estudar, se envolver em atividades políticas e profissionais, ter momentos de lazer ou cuidar de sua saúde.<sup>25</sup>

### 3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA E A CONDIÇÃO FEMININA

A situação da mulher trabalhadora no Brasil não difere muito do contexto verificado ao redor do mundo. Há ampla legislação em âmbitos internacional e nacional, mas a igualdade entre homens e mulheres ainda está distante da realidade. Não é à toa que, segundo a OIT, as mulheres só receberão o mesmo salário que os homens em 2086 e segundo dados globais mais recentes, as mulheres recebem aproximadamente 77% do valor que os homens recebem.<sup>26</sup>

A participação reduzida de mulheres entre os altos empregados e na política é outro fator de destaque na rotina de discriminação, embora o número delas venha crescendo (lentamente).

Na política, cresce a participação feminina, mesmo que lentamente. Em 1995, apenas 3% dos 185 países da OIT eram liderados por mulheres. Hoje, esse número cresceu para 8%. A exemplo disso, o Brasil, membro da organização, teve sua primeira presidente eleita em 2010. Não se pode dizer, no entanto, que isso reflita a realidade da política brasileira: nas eleições do ano passado, foram eleitas 45 deputadas, de um total de 513 parlamentares na Casa. Já no Senado, o percentual sobe para 13,6%; elas são 11 de um total de 81.<sup>27</sup>

A participação feminina no mercado de trabalho e na economia tem crescido muito nas últimas décadas e é um indicativo importante do grau de desenvolvimento de um país.

Elas já são 44% da população economicamente ativa do Brasil, segundo a Organização Internacional do Trabalho.

25 Notas da OIT – Trabalho e família, n. 1, p. 4, disponível em [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_229647.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229647.pdf)

26 Notícia disponível em [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/03/06/interna\\_mundo,474329/mulheres-so-receberao-mesmo-salario-que-homens-em-2086-oit.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/03/06/interna_mundo,474329/mulheres-so-receberao-mesmo-salario-que-homens-em-2086-oit.shtml).

27 *Ibidem*.

24 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e da igualdade de gênero, 2ª edição, 2007.p. 81.

Em uma década, 10,7 milhões de brasileiras ingressaram no mercado de trabalho. Seu poder crescente terá um impacto cada vez maior no desenvolvimento do País. Um estudo realizado em 2006 pelo Fórum Econômico Mundial concluiu que, quanto maior é a participação das mulheres na vida econômica de um país, mais desenvolvido ele é. Ou seja, lugar de mulher é na economia.<sup>28</sup>

A Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho (por meio do Capítulo III - Da proteção do trabalho da mulher) são os dois principais diplomas legais sobre o trabalho humano no Brasil, e especificamente, sobre o trabalho feminino.

Advinda da década de 1940, a CLT possui disposições pontuais que não mais se coadunam com o contexto social atual, razão pela qual as normas que à época eram protetivas às mulheres, passaram a ser um entrave para sua concorrência no mercado de trabalho, além de discriminatórias.

É inegável que, durante grande parte do século XX, a legislação proibitiva, que vedava o acesso da mulher ao trabalho em locais insalubres, perigosos, à noite, em regime de horas extras, em minas de subsolo, na construção civil e em pedreiras, perseguiu objetivos desejáveis, mas, na atualidade, acabou por se tornar discriminatória, pois além de reforçar a divisão sexista de atividades, reduziu as perspectivas de emprego das mulheres, retirando-lhe a possibilidade de ganhar a mesma remuneração conferida aos homens. A remoção desses obstáculos, ou seja, a revogação da legislação tutelar, acompanhada de uma política administrativa capaz de eliminar ou reduzir riscos reprodutivos ocupacionais ou riscos ocupacionais, poderá contribuir para uma igualdade formal da mulher, tornando mais flexível a utilização da mão-de-obra feminina, mas não cremos que possa obter efeitos imediatos de igualdade substancial.<sup>29</sup>

Era comum que, quando de sua publicação e algumas décadas seguintes, houvesse justificação, inclusive da doutrina especializada, à restrição das mulheres ao trabalho noturno, insalubre ou em horas extraordinárias, tudo em prol de sua honra ou em razão da necessária compatibilização com outras funções que lhe eram “próprias”, como o cuidado do lar e dos filhos.

Um dos pontos mais importantes, sem a menor dúvida, entre as necessidades de proteção ao trabalho feminino, é o relativo à duração do trabalho, pois a mulher trabalhadora, ao deixar a loja ou oficina, encontra, ainda, no seu lar, tarefas a realizar e que são próprias do seu sexo: a arruma-

ção da casa, o conserto do vestuário, o preparo da alimentação, o cuidado dos filhos.<sup>30</sup>

Algumas dessas normas já foram revogadas pelo advento da Constituição Federal ou por legislação infraconstitucional, a exemplo dos arts. 379 e 380, da CLT, ambos revogados pela Lei n. 7.855/89.

(...) o que representou um avanço considerável na legislação sobre a matéria, pois a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico. A rigor, do ponto de vista fisiológico, o trabalho noturno é prejudicial tanto à mulher como ao homem e, por isso mesmo, recomenda-se o afastamento do empregado, em geral, desse turno. Persiste a proibição de trabalho noturno para as empregadas no ciclo gravídico puerperal, durante 16 semanas, sendo 8 semanas antes do parto (Convenção n. 171 da OIT).<sup>31</sup>

Quanto ao trabalho insalubre, a Constituição Federal de 1988, ao contrário de suas antecedentes, não estabeleceu qualquer restrição para as mulheres, consagrando a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, o que levou o legislador a revogar expressamente o art. 387, por meio da mesma lei acima referida. A única ressalva quanto à restrição ao trabalho insalubre, refere-se às mulheres grávidas ou lactantes, ante o advento do acréscimo do art. 394-A à CLT, por meio da Lei n. 13.287 de 11 de maio de 2016, que dispõe que “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.”

No que se refere ao trabalho extraordinário, o legislador brasileiro demorou mais de 10 anos, após a publicação da Constituição, para revogar o art. 367, o que ocorreu com a edição da Lei n. 10.244/2001.

(...) pois estava completamente distante do que ocorre na vida cotidiana e já não atendia à realidade social, considerando que, em geral, no Brasil, “a falsa proteção é posta de lado na prática e as mulheres trabalham costumeiramente em horário prorrogado”.<sup>32</sup>

As principais normas voltadas exclusivamente para as mulheres trabalhadoras referem-se àquelas em que a proteção se dá em razão da maternidade ou da criança, enquanto dependente, a exemplo da licença-maternidade, com duração de 120 dias, prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal (que inclusive é superior à licença prevista na Convenção n. 183, da OIT), cujo custeio cabe à Previdência Social.

A Lei 11.770/2008, instituiu a prorrogação da duração da licença maternidade por mais 60 dias, benefício que se estende,

28 KROEHN, Márcio. *A evolução econômica das mulheres*. Disponível em <http://www.terra.com.br/istoe/edicoes/1964/artigo53001-1.htm>.

29 BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho – peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*, 3ª Ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 356.

30 VIANNA, J. Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, 6ª Ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1974, p. 852.

31 BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 350.

32 *Ibidem*, p. 352.

na mesma proporção, à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, desde que seu empregador adira ao Programa Empresa Cidadã e a empregada a requiera até o final do primeiro mês após o parto.

Até agora, segundo levantamento da Sociedade Brasileira de Pediatria, 108 municípios brasileiros e 14 estados, além do Distrito Federal, transformaram em leis locais a licença-maternidade ampliada, oferecendo-a a suas servidoras.

A licença de seis meses atendeu a recomendações médicas e a uma reivindicação antiga de diversas entidades de classe e movimentos sociais. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a mãe deve amamentar o bebê por no mínimo seis meses e preferencialmente até dois anos.<sup>33</sup>

O art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a garantia de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A Lei n. 10.421/2002 acresceu a alínea “a” ao art. 392 da CLT, prevendo a licença-maternidade à empregada adotante ou que obtenha guarda judicial de criança, estabelecendo que o tempo de licença se estende entre 30 e 120 dias, de acordo com a idade da criança. O § 4º, do mesmo artigo garante à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos, a transferência de função quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho e a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Segundo o artigo 395, da CLT, em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

Na mesma linha, dispõe o art. 396, da CLT, que concede à mulher o direito a dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentação da criança até que complete a idade de 6 meses.

É sabido que o aleitamento materno é importante para a saúde da criança e contribui, conseqüentemente, para o fortalecimento e salvaguarda das futuras gerações. Negar à empregada esse intervalo inviabiliza o fim da normativa em questão. Quando a saúde da criança o exigir, o período de seis meses poderá ser dilatado, a critério de autoridade competente.<sup>34</sup>

O art. 384, da CLT, de aplicabilidade controvertida na jurisprudência brasileira<sup>35</sup>, prevê que em caso de prorrogação do

horário normal, será obrigatório para as mulheres, um descanso de no mínimo 15 (quinze) minutos, antes do início do período extraordinário do trabalho.

De acordo com o art. 391 c/c o art. 373-A, ambos da CLT, veda-se qualquer discriminação da mulher por motivo de casamento ou gravidez.

O art. 2º, da Lei n. 9.029/1995 considera crime, com pena de detenção de um a dois anos e multa, as seguintes práticas discriminatórias:

- I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
- II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;
  - a) indução ou instigamento à esterilização genética;
  - b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Já a Lei 11.340/2006 estabelece mais uma causa de estabilidade provisória da empregada, ao dispor em seu art. 9º que o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até 6 (seis) meses. Se esse período seria remunerado ou não pelo empregador, é questão ainda não pacificada na doutrina.

A Constituição Federal, no inciso XXX, do art. 7º, proíbe a distinção de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como no art. 5º, ao dispor que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A Constituição Federal determina que o exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão é livre, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII). No entanto, a realidade evidencia um cenário completamente diferente a se descortinar desde a fila de seleção para o emprego. A mulher, candidata ao emprego, mesmo em igualdade de condições profissionais e intelectuais com o homem, carrega consigo, só pela condição do sexo, a carga das obrigações familiares existentes ou a existir como possibilidade futura e comprometedor para a empresa em termos de disponibilidade, dedicação e previdência.

Não obstante o amplo leque de direitos e garantias às mulheres para que tenham sua dignidade valorizada

---

Federal. Aplicação somente às mulheres. Inobservância. Horas extras. O artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal consoante decisão do E. Supremo Tribunal Federal e beneficia somente mulheres, sendo que a inobservância do intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos nele previsto resulta no pagamento de horas extras pelo período total do intervalo.” (Resolução TP nº 02/2015 - DOEletrônico 26/05/2015).

33 MELO, Maria Aparecida Mendonça Toscano de. Legislação do direito do trabalho da mulher: uma perspectiva de sua evolução, disponível em [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6254#\\_ftn15](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6254#_ftn15).

34 BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 367.

35 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. SÚMULA 28. Intervalo previsto no artigo 384 da CLT. Recepção pela Constituição

no ambiente de trabalho, as pesquisas revelam uma realidade onde impera a discriminação e o desrespeito às normas constitucionais. O acesso ao mercado de trabalho é limitado pelas exigências discriminatórias; a contratação é vista com reserva; exigências são feitas em relação à procriação e estado civil, são diferentes os salários e o exercício das funções.<sup>36</sup>

No mesmo sentido, o art. 5º, da CLT, ao dispor que “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.”

A legislação infraconstitucional, por sua vez, proíbe de forma abrangente para homens e mulheres a distinção de salários para o desempenho da mesma função conforme redação prevista no art. 461, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Segundo o §1º do mesmo artigo, trabalho de igual valor é aquele feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a 2 (dois) anos.

Contudo, as brasileiras seguem como sendo as trabalhadoras que mais sofrem com a diferença salarial em relação aos homens, ao redor do mundo, com 34% de variação entre as remunerações de ambos os gêneros, segundo um estudo publicado pela Confederação Internacional dos Sindicatos.<sup>37</sup>

A discriminação salarial pode ocorrer ainda no processo seletivo para admissão da empregada ou o que é mais comum, durante a existência do vínculo empregatício, quando da ascensão profissional, sendo dissimulada por meio de avaliações de caráter duvidoso, com recursos a conceitos abrangentes e pouco claros, a exemplo de critérios como desempenho insuficiente, qualidade técnica, produtividade ou qualidade no desempenho das atribuições, que permitem o uso de uma avaliação subjetiva, como ocorre na legislação brasileira.

As mulheres trabalhadoras enfrentam com frequência desvantagens de facto em consequência de disposições aparentemente “neutras”, existentes nas leis ou convenções coletivas, que podem constituir casos de discriminação indireta. A discriminação pode ser “directa” – quando é feita uma diferença distintiva entre os sexos – ou aparentemente neutra, mas produzindo de facto, desigualdade, constituindo deste modo uma discriminação “indirecta”. As duas formas de discriminação enquadram-se no âmbito das Convenções pertinentes. A distinção é importante, porque enquanto as formas de discriminação directa pare-

cem estar em declínio, os casos de discriminação indirecta, que são mais difíceis de detectar ou de provar, parecem estar a crescer. Além disto, há discriminação institucional, que emerge das forças de mercado de trabalho ou das desigualdades estruturais no emprego e na profissão.<sup>38</sup>

A mais recente lei voltada exclusivamente para a proteção ao trabalho da mulher refere-se à Lei. 13.271, de 15 de abril de 2015, e veda a adoção da prática da revista íntima de empregadas e clientes do sexo feminino, por empresas privadas, órgãos e entidades da administração pública, direta e indirecta.

A legislação vigente, portanto, não é deficitária. As maiores implicações para a isonomia entre homens e mulheres não se encontra na ausência de normas que protejam a condição feminina, naquilo em que a natureza impõe, mas na realização prática desses direitos, com destaque para a discriminação remuneratória.

#### 4. A EMPREGADA E A LUTA POR CONDIÇÕES DE IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A pesquisa jurisprudencial foi realizada em páginas eletrônicas de três Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª, 3ª e 9ª Regiões, adotando-se como parâmetro de pesquisa as palavras ou expressões: mulher; igualdade de gênero/sexo; discriminação de gênero/sexo e limitando-se a pesquisa aos anos de 2012 a 2016.

#### **- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO EMENTA: CONTRATO A TERMO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. COMPATIBILIDADE. SÚMULA 244, III, DO TST. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF.**

Compatível a estabilidade provisória da gestante e o contrato de aprendizagem, que é modalidade de contrato a termo. A alínea “b” do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não prevê, para fins de fruição da garantia estabilitária, qualquer diferenciação entre o contrato de trabalho por prazo indeterminado e o contrato a termo, fixado no presente caso pelo lapso temporal de um ano. Observe-se que ao preceder o substantivo “empregada”, do artigo definido feminino “a”, o legislador quis expressamente ressaltar que é garantida a estabilidade da gestante indiscriminadamente, ou seja, a toda e qualquer empregada, sem exceção de espécie alguma. Desse modo, não cabe ao intérprete produzir distinção que a lei não faz (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Nesse sentido é a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, encerrando, em definitivo, as discussões acerca da estabilidade constitucionalmente conferida, independentemente do regime jurídico de trabalho, abarcando inclusive as empregadas contratadas a título precário (RE 634.093; RE 600.057; RE 287905/SC; RE 568.985/SC). Pelo exposto, deixo de aplicar, neste caso, os termos da Tese Jurídica Prevalente nº 05 deste E. Tribunal, haja vista que editada em colidência com

36 NUNES, Maria Terezinha, *op. cit.*, p. 228.

37 Brasil é país com maior diferença salarial entre homens e mulheres, disponível em <http://economia.uol.com.br/ultnot/efe/2009/03/04/ult1767u141428.jhtm>

38 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e da igualdade de gênero, 2ª edição, 2007.p. 15.

reiterados julgados da Suprema Corte ao ditar a interpretação do art. 10º, II, b, do ADCT, e em descompasso com a Súmula 244, III, do C. TST, cujo teor adoto. Sentença mantida. (4ª. TURMA PROCESSO TRT/SP Nº 00010286620145020087, Data da publicação: 15-04-2016, Juiz Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS)

**ARTIGO 384 DA CLT – HORAS EXTRAS – DEVIDA – RE-CEPÇÃO CONSTITUCIONAL.** A Constituição Federal recepcionou o artigo 384 da CLT, de aplicação restrita às mulheres. As peculiaridades físicas que destoam homens e mulheres, a denominada “jornada dupla”, que revela o desempenho concomitante dos misteres contratuais e dos deveres domésticos e a relevância de abrigarem as novas vidas geradas, justifica o merecimento de direitos peculiares, com vista a balancear a diferença natural entre homens e mulheres, sem atentar contra a igualdade garantida pela Carta Magna. Neste sentido, Súmula 28 deste E. TRT. (ACORDÃO Nº: 20160110682, Juiz Relator: PERSIO LUIS TEIXEIRA DE CARVALHO, Data da publicação: 10-03-2016)

**REVISTA ÍNTIMA E DE PERTENCES PARA PREVENIR EVENTUAIS FURTOS. EMPREGADA OBRIGADA A MOSTRAR PARTE DA CALCINHA E SOUTIEN. ATENTADO À DIGNIDADE DA MULHER TRABALHADORA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA.** O direito do empregador, de proteger o patrimônio próprio termina onde começa o direito à intimidade e dignidade do empregado. A privacidade e intimidade foram alçadas à condição de bens constitucionalmente tutelados (art. 5º, X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”), não se admitindo a renúncia a estas garantias constitucionais e tampouco a invasão dessas esferas reservadas da personalidade humana com a imposição de condições vexaminosas que extrapolem os limites do poder de direção, disciplina e fiscalização dos serviços prestados. A revista íntima, seja corporal ou de pertences, inverte a ordem jurídica vigente no sentido de que ninguém é culpado senão mediante prova em contrário, estabelecendo presunção de culpa que consagra odiosa discriminação contra os trabalhadores, como se fosse regra a prática do crime de furto por estes. E a subordinação no contrato de trabalho não autoriza a revista íntima ou mesmo, a vistoria em bolsas e pertences do empregado, já que há inequívoca exposição do trabalhador, mormente in casu, quando se trata de empregada do sexo feminino, que como é hábito, porta em sua bolsa objetos pessoais, íntimos (vestimentas íntimas, tampões higiênicos, anticoncepcionais etc) que não deseja submeter ao manuseio e escrutínio curioso de colegas ou seguranças. E a prova dos autos revela que embora sua atividade comercial não justificasse essa prática, os trabalhadores da reclamada eram postos em duas filas, distintas pelo sexo, todos sendo submetidos a revista constrangedora, ainda com a presença próxima de seguranças e últimos clientes, tudo pela suspeita de que eventualmente poderiam ter subtraído peças íntimas. O próprio preposto confessou à fl. 29vº que nessa revista, além do

exame dos pertences “..a reclamante tinha que afastar a gola da blusa para mostrar a alça do sutiã e dobrar um pedaço do cós da calça para mostrar a calcinha;” E a testemunha da demandante informa que “..se a loja estivesse fechada e ainda tivesse cliente, a revista era feita assim mesmo” (fl. 29v/30). Ora, tal invasão da intimidade é injustificável a pretexto de proteger o patrimônio do empregador. Por esta razão, é devida a indenização por danos morais (art. 5º, V e X, CF). Recurso patronal ao qual se nega provimento, no particular. 2. COMISSIONISTA MISTA. CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. No caso de comissionistas mistos, ou seja, aqueles obreiros que recebem salário fixo mais comissões, o cálculo das horas extras deve ser feito em paralelo à sua forma de quitação, sendo devido o pagamento da hora extra acrescida do adicional em relação ao salário fixo e somente o adicional de hora extra sobre as comissões. Incidência da Súmula 340 e OJ nº 397 da SDI-I. Recurso patronal parcialmente provido (4ª. TURMA PROCESSO TRT/SP NO 0002070-96.2014.5.02.0008, Juiz Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data da publicação: 16-10-2015).

**HOMOFOBIA. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.** Para efeito de cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado, vez que se trata de questão estritamente relacionada à sua intimidade. In casu, restou provada a insólita conduta patronal, com a prática reiterada de ofensas de cunho homofóbico por parte de superior hierárquico, que atingiram o patrimônio moral da obreira, resultando a obrigação legal de reparar. O epíteto de “sapatona” utilizado à miúdo por preposta da demandada, é expressão chula de cunho moral e depreciativo que, nas circunstâncias, constitui grave atentado à dignidade da trabalhadora, pelo alto grau de ofensividade e execração moral, agravada por ser proferida diante do corpo funcional. Independentemente da opção sexual da autora, que só a ela diz respeito posto que adstrita à esfera da sua liberdade, privacidade ou intimidade, a prática revela retrógrada e repugnante forma de discriminação, qual seja, o preconceito quanto à orientação sexual do ser humano. A histeria homofóbica e a hipocrisia explicam o incipiente estágio de conquistas na esfera legislativa e a demora na efetivação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade do ser humano, independentemente da forma como cada um expresse a sua sexualidade. O Judiciário tem se posicionado de forma vanguardista contra o conservadorismo e a ortodoxia, ao assegurar igualdade substantiva ao segmento perseguido e hostilizado que assume orientação sexual diversa do “padrão modelar”, garantindo o direito à convivência, à formação da família e à união civil homoafetiva, cumprindo a promessa constitucional de igualdade e de organização da sociedade com vistas à felicidade. Nesse sentido, o julgamento proferido pelo E. STF, na ADIn 4277 e ADPF n.º 132. No caso, caracterizou-se o atentado à dignidade da trabalhadora, que se viu humilhada com ofensas e atingida em sua intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF), malferindo o empregador, por meio do seu preposto, os princípios da igualdade (art. 5º, caput, CF) e da dignidade humana (art. 1º, III, CF),

práticas estas intoleráveis numa sociedade que se alça a um novo patamar civilizatório. Recurso patronal ao qual se nega provimento no particular. (PROCESSO TRT/SP Nº 0001061-20.2013.5.02.0078, Juiz Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data da publicação: 15-08-2014)

**- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO. PAGAMENTO COMO HORA EXTRA.** Dispõe o artigo 396 da CLT que “para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um”. A prova oral extraída neste processado revela que não foi concedido o intervalo para amamentação à Reclamante. Destarte, em consonância com o que dispõe o referido dispositivo legal, a não concessão do aludido intervalo atrai o pagamento do período como hora extra. Não prospera a tese de que a violação do período de amamentação configuraria mera infração administrativa, porquanto se aplica à hipótese, por analogia, o disposto na Súmula nº 437 do TST e na OJ nº 355 da SDI-1, também daquela colenda Corte. ( PJe: 0011037-71.2013.5.03.0030 (RO); Disponibilização: 06/10/2014; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Marcio Ribeiro do Valle)

**REVISTA ÍNTIMA - PODER DE FISCALIZAÇÃO VERSUS DIREITO À PRIVACIDADE - SISTEMA DE PESOS E CONTRAPESOS - AS PARTES ÍNTIMAS SÃO COMO UMA EXTERIZAÇÃO DA ALMA DA MULHER - CONFIGURAÇÃO DA IMPUTABILIDADE MORAL-TRABALHISTA** - Historicamente, a mulher sofreu e ainda sofre discriminação no trabalho, embora na atualidade em menor grau. A empresa detém o poder de fiscalização, visando à proteção do seu patrimônio, mas deve exercê-lo com prudência e com equilíbrio, de modo a não violar o direito à privacidade da trabalhadora. Dizia Voltaire que “un droit porté trop loin devient une injustice”. Mesmo que a revista em uma mulher seja realizada por outra mulher, essa circunstância, só por si, não assegura a licitude do ato consistente na revista pessoal, que, apesar disso, pode se constituir na prática de ato ilícito, tipificado no art. 186, do CC, transgressor do direito à privacidade. Os direitos da personalidade tutelam a dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Constituição Federal, abrangida a proteção à integridade moral, que alcança a imagem, o segredo, a boa fama, a honra, a intimidade, a opção sexual, a privacidade, bem como a liberdade civil, política e religiosa. O conceito de privacidade é mais amplo que o de intimidade. Esta se refere às relações subjetivas puras, de trato íntimo, como as travadas com familiares e com amigos. Aquela, por sua vez, protege a pessoa humana dos atos invasivos, hostis e agressivos ao seu patrimônio moral e pessoal, seja no âmbito das relações comerciais, sociais ou trabalhistas. Em outras palavras, a privacidade estabelece um núcleo de proteção, de centralidade além do qual ninguém pode ir sem a permissão hígida, livre e consentida da pessoa. Dentro deste núcleo, cercado de valores éticos, morais e até religiosos, situam-se bens materiais e imateriais das mais diversas naturezas: corpo, sentimentos,

pensamentos, desejos, fraquezas, medos, paixões, e toda sorte de emoções. No fundo e em última análise, a proteção legal é transferida para onde quer que tais bens/valores se encontrem, sob a ótica física, metafísica e até metafórica, tais como a residência, os armários, as gavetas, a bolsa, a mochila, o escaninho, o pen drive, o i-cloud, e tantos outros esconderijos que a vida vai criando para todos nós. Disse Novalis que “só há um templo no mundo e é o corpo humano. Nada é mais sagrado que esta forma sublime. Toca-se o céu quando se toca o corpo humano”. Por essa e por tantas outras razões, a privacidade, inclusive a corporal, é reconhecida como um direito humano, estatuidando o art. XII, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” De igual forma, o direito à privacidade constitui direito fundamental, tutelado pelo art. 5º, V e X, da Constituição Federal, aplicável nas relações privadas, vale dizer, entre particulares, porque os direitos fundamentais têm também eficácia horizontal, ou como diria Rubem Braga porque constituem “o sussurro das estrelas, no fundo da noite”. Ao celebrar o contrato de trabalho, a pessoa física, homem ou mulher, não abdica dessa proteção jurídica, porque o seu corpo, a sua privacidade não é uma coisa ou mercadoria, decorrendo, ao revés, sous la peau et intérieurement, da própria natureza e condição humana (art. I, “a”, da Declaração da Filadélfia, de 1944). Ainda que o patrimônio da empresa esteja sob alegado risco e necessite de proteção, é preciso levar em conta que, no Estado Democrático de Direito, existe a presunção de inocência em favor de eventuais suspeitos (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e existe o monopólio estatal do poder de polícia (art. 21, XIV, da Constituição Federal), pelo que o poder de fiscalização, genericamente exercido sem uma suspeita concreta, deve ser exercido com moderação e equilíbrio, com respeito ao empregados e às empregadas, sem se retirar a parte de cima da roupa e sem que a parte debaixo da roupa seja apalpada. No caso dos autos, a prova oral demonstrou que a empresa exacerbou o poder de fiscalização, invadindo, de forma contundente, o direito à privacidade, que se situa na esfera subjetiva/objetiva da pessoa humana, por isso que o dano moral ocorre in re ipsa, presumido pelo que ordinariamente demonstram as máximas da experiência (art. 334, IV, do CPC). O nexos causal e a culpa estão presentes, eis que a revista foi ordenada e realizada por prepostos da empresa, desvelada, em sua inteireza, a responsabilidade moral-trabalhista. ( Processo: 0000852-23.2012.5.03.0025 RO; Data de Publicação: 11/07/2014; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Luiz Otavio Linhares Renault; Revisor: Emerson Jose Alves Lage)

**ASSÉDIO MORAL.** O assédio moral pode ser conceituado pela exposição do empregado a situações humilhantes e constrangedoras que conduzem à desestabilização da relação da vítima com o ambiente de trabalho, forçando-a a desistir do emprego. Assim, a conduta do superior hierárquico da reclamante que, deliberadamente a persegue no trabalho,

por ser mulher e grávida, ofende a dignidade da empregada, sua honra e integridade psíquica, em ofensa aos artigos 1º, III e 5º, X, ambos da CF, ensejando a reparação moral, nos termos dos artigos 186 e 297 do CC. (Processo: 0000059-21.2011.5.03.0025 RO; Data de Publicação: 05/11/2012; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Cesar Machado; Revisor: Camilla G.Pereira Zeidler).

**- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO ABUSO DE PODER DIRETIVO. ALTERAÇÃO DE FUNÇÃO DE EMPREGADA GESTANTE SEM DETERMINAÇÃO MÉDICA E SEM O CONSENTIMENTO DA TRABALHADORA. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 468 DA CLT.** É do empregador o encargo de comprovar que a alteração de função da trabalhadora gestante se deu a pedido, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, II do CPC, salvo no caso de existência de ordens médicas (art. 392, § 4º da CLT). Exorbita o jus variandi quando essa alteração de função ocorre sem o consentimento e acarreta prejuízo para a remuneração da obreira. Recurso ordinário a que se dá provimento para deferir o pagamento de diferenças salariais com reflexos considerando a remuneração do cargo anteriormente ocupado. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NA FASE CONTRATUAL DECORRENTE DE GRAVIDEZ DA TRABALHADORA.** Comete ato ilícito por discriminação de gênero a empregadora que altera a função exercida pela empregada sem o seu consentimento em decorrência de seu estado gravídico. Incorre em abuso de poder quando se utiliza de seu poder diretivo para dar ensejo a práticas discriminatórias. Violação ao disposto no art. 5º, caput e incisos I, XIII e art. 7º, inc. XXX, todos da Constituição Federal, assim como ao disposto artigo art. 1º da Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 62.150; artigo 1º da Lei n. 9.029/95. Necessidade de se estabelecer a ponderação entre dois princípios constitucionais aparentemente opostos, o direito de propriedade do empregador e seu correlato poder diretivo e os direitos fundamentais da trabalhadora, em especial o de não ser discriminada em razão de seu estado de gravidez. Tais direitos precisam ser harmonizados à sistemática axiológica que rege a relação entre as normas constitucionais e entre estas e as leis infraconstitucionais. Em razão da função social, que deve qualificar a propriedade e a empresa, sua defesa não pode prevalecer em detrimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo contrário, a propriedade e a empresa somente cumprem sua função social quando observam e garantem os direitos fundamentais daqueles que contribuem para sua existência e manutenção e que são os trabalhadores. Recurso ordinário a que se dá provimento para deferir à reclamante o pagamento de indenização por danos morais pela discriminação de gênero sofrida. (TRT-PR-40320-2012-008-09-00-6-ACO-36089-2014 – 3ª TURMA, Relator: THEREZA CRISTINA GOSDAL, Publicado no DEJT em 04-11-2014)

**ESTABILIDADE GESTANTE. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO.** A proteção à maternidade é direito humano, estabelecendo os arts. 3º

e 6º da Convenção 103 da OIT que toda mulher tem direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença. A própria ordem jurídica interna consagrou a proteção à maternidade como direito fundamental, tal como expressamente reconhecido nos arts. 6º e 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, preconizando o art. 10 do ADCT que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. De se notar que o artigo 10, II, alínea “b”, do DCT nada menciona quanto ao nascimento com vida da criança. Ao contrário, esse dispositivo constitucional define expressamente a “confirmação da gravidez” como termo inicial da vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa, de modo que é indene de dúvidas que, muito antes do nascimento da criança, a empregada gestante já se encontra protegida pela estabilidade provisória no emprego, não sendo condição para esta garantia a apresentação de atestado de nascimento. Com efeito, a exigência de prova do nascimento com vida da criança não integra o conteúdo normativo do artigo 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT e reduz claramente o alcance desse dispositivo constitucional a ponto de esvaziá-lo. Portanto, comprovado o estado gravídico da empregada à época da dispensa, desnecessária juntada da certidão de nascimento para se reconhecer seu direito à estabilidade. (TRT-PR-26416-2013-002-09-00-4-ACO-32095-2014 – 4ª TURMA, Relator: LUIZ EDUARDO GUNTHER, Publicado no DEJT em 03-10-2014)

### CONCLUSÕES FINAIS

Conhecer um pouco mais a história da mulher trabalhadora e a evolução de seus direitos é reunir elementos para fortalecer a rejeição de qualquer conduta sexista e discriminatória. O arcabouço legislativo brasileiro é vasto e a gama de direitos hoje reconhecida é elástica quando comparada há duas ou três décadas.

Contudo, a questão do gênero no mercado de trabalho ainda merece um olhar mais demorado, sobretudo quando se verifica o pequeno percentual de mulheres ocupando cargos melhor remunerados e com maior destaque social. Longe de estar amparado em fatores como formação profissional adequada, compromisso e competência, o quadro ainda se justifica pela discriminação da mulher como ser humano frágil, incapaz de liderança e naturalmente vocacionada para o lar e as tarefas domésticas, artesanais e de cuidado.

O objeto de estudo confunde-se com a própria pesquisadora eis que impossível desmembrar-se do arcabouço de vida e da visão de mundo que ele proporciona ao estudar a mulher e suas conexões com o trabalho. Logo, não se buscou um posicionamento neutro ou imparcial, eis que as flagrantes injustiças de que são alvo as mulheres ao redor do mundo, não poderiam ser visualizadas como mais um contingente natural do contexto verificado.

A posição de exclusão da mulher é ainda mais profunda quando outros fatores, como raça, idade, posição social, opção sexual ou origem, acentuam o nível de estigmatização e marginalização. O fortalecimento de políticas públicas e da educação baseada em elementos de humanização e acolhi-

mento é imprescindível para a minimização dos efeitos deletérios que advêm do padrão sócio-cultural predominante.

O panorama se apresenta desanimador quando se considera que a incursão feminina no mundo do trabalho é secular. Ocorre, contudo, que o atual padrão de desenvolvimento capitalista é proporcionalmente recente e que dentre seus paradigmas está a fragmentação e a desvalorização da classe trabalhadora como um todo, o que em parte, justificaria a situação ainda nebulosa vivenciada pelas mulheres.

Mas não se pode deixar de equacionar a importância que as próprias mulheres possuem na mudança desse contexto desfavorável. O profundo entranhamento de cultura e ideologia sectárias promove a reprodução desse ideário segmentador e sexista entre as próprias vítimas, de modo que os papéis sociais atribuídos como naturais ao sexo feminino são, muitas vezes, exercidos e ensinados às novas gerações como um dado imutável e natural.

A Organização das Nações Unidas dispõe, entre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, alcançar a igualdade de gênero e capacitar as mulheres e meninas, tendo-se em conta que a igualdade entre os sexos é não só um direito humano fundamental, mas a base necessária para alcançar um mundo pacífico, próspero e sustentável. Se é fornecido para as mulheres e meninas igual acesso à educação, trabalho decente, cuidado de saúde e representação em processos de tomada de decisão políticas e econômicas, impulsiona-se a economia sustentável, beneficiando-se as sociedades e da humanidade como um todo.

As mulheres devem tornar-se porta-vozes de sua própria realidade, tendo uma participação ativa na sociedade para serem capazes de influenciar as decisões que as afetam, participando de órgãos representativos para acabar com a discriminação que ainda existe: em termos de salários, treinamento e desenvolvimento de carreira, criando órgãos de prevenção e saúde e segurança no trabalho e comissões, defendendo os seus direitos e evitando os riscos que lhes dizem respeito diretamente.

Ainda há muito por fazer e as mulheres não fogem do desafio de se tornarem protagonistas de suas próprias vidas. Afinal, “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, como nos disse Simone de Beauvoir, através de um processo contínuo e muitas vezes dolorido, mas sempre valoroso e engrandecedor.

*\* O presente trabalho foi realizado como requisito parcial para obtenção do título de Máster em Igualdade de Gênero pela Universidad de Castilla – La Mancha.*

## BIBLIOGRAFIA

- BARROS, ALICE MONTEIRO DE. **CONTRATOS E REGULAMENTAÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO**, SÃO PAULO: LTR, 2008.
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **RELATÓRIO ANUAL SOCIOECONÔMICO DA MULHER. 1ª IMPRESSÃO. BRASÍLIA: SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, MARÇO DE 2015.**
- CHABAUD-RYCHTER, DANIELLE; DESCOUTURES, VIRGINIE; DEVREUX ANNE-MARIE; VARIKAS, ELENI (ORGS.), **O GÊNERO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS – RELEITURAS CRÍTICAS DE MAX WEBER A BRUNO LATOUR**, TRADUÇÃO LINEIMAR PEREIRA MARTINS, 1ª. ED. SÃO PAULO: EDITORA UNESP; BRASÍLIA, DF: EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2014.
- DEL PRIORE, MARY (ORG.). **HISTÓRIA DAS MULHERES NO BRASIL**, SÃO PAULO: CONTEXTO, 2011.
- DUTRA, RENATA QUEIROZ. **A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS**. REVISTA DA AMATRA5. SALVADOR, N. 7, P. 187-218, NOV. 2007
- GOLDMAN, WENDY. **MULHER, ESTADO E REVOLUÇÃO**, SÃO PAULO: BOITEMPO EDITORIAL, 2014.
- HOBSBAWM, ERIC, **MUNDOS DO TRABALHO: NOVOS ESTUDOS SOBRE A HISTÓRIA OPERÁRIA**, SÃO PAULO/RIO DE JANEIRO: PAZ E TERRA, 2015, 160.
- IGREJA, CRISTIANE DE OLIVEIRA. **A CONFORMAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER E A PROTEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO CONTRA PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS. TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO E REDESENHOS INSTITUCIONAIS: TRABALHO, INSTITUIÇÕES E DIREITOS**. SÃO PAULO : LTR, 2014. P. 133-151.
- LEMONS, ADRYANA CARLA DE MESQUITA ET AL. **A ETERNA LUTA DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER TRABALHADORA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA**. REVISTA DO TRT - 6ª REGIÃO. RECIFE, V. 11, N. 27, P. 168-81, 1999/2000
- LOUREIRO, SÍLVIA MARIA DA SILVEIRA. **TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO**. DEL REY: BELO HORIZONTE, 2005.
- MELO, KARINE CARVALHO DOS SANTOS. **A CONCRETIZAÇÃO DAS PROTEÇÕES CONSTITUCIONAIS ANTIDISCRIMINATÓRIAS NO TRABALHO DA MULHER**. REVISTA DO TRT - 9ª REGIÃO. CURITIBA, A. 32, N. 59, P. 361-403, JUL./DEZ. 2007.
- MELO, MARIA APARECIDA MENDONÇA TOSCANO DE. **LEGISLAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO DA MULHER: UMA PERSPECTIVA DE SUA EVOLUÇÃO, DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.JURISWAY.ORG.BR/V2/DHALL.ASP?ID\\_DH=6254#\\_FTN15](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6254#_FTN15)**
- MOUSNIER, CONCEIÇÃO APARECIDA. **A DESIGUALDADE DE GÊNERO. TRATAMENTO LEGISLATIVO**. REVISTA DA

- EMERJ. RIO DE JANEIRO, V. 11, N. 43, P. 63-82, JUL./SET. 2008. [WWW.ONUMULHERES.ORG.BR](http://WWW.ONUMULHERES.ORG.BR)
- OCKRENTE, CHRISTINE (ORG.); TREINER, SANDRINE (COORD.). **O LIVRO NEGRO DA CONDIÇÃO DAS MULHERES**, RIO DE JANEIRO: DIFEL, 2011. [HTTP://WWW.OBSERVATORIODEGENERO.GOV.BR/](http://WWW.OBSERVATORIODEGENERO.GOV.BR/)
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **ABC DOS DIREITOS DAS MULHERES TRABALHADORAS E DA IGUALDADE DE GÊNERO**, 2ª EDIÇÃO, 2007. [HTTP://WWW.OIT.ORG.BR](http://WWW.OIT.ORG.BR)
- PIMENTEL, IRENE FLUNSER; MELO, HELENA PEREIRA DE. **MULHERES PORTUGUESAS: HISTÓRIA DA VIDA E DOS DIREITOS DAS MULHERES NUM MUNDO EM MUDANÇA**, LISBOA: CLUBE DO AUTOR, 2010.
- QUINTAS, FÁTIMA, **A MULHER E A FAMÍLIA NO FINAL DO SÉCULO XX**, RECIFE: EDITORA MASSANGANA, 2005, 2ª EDIÇÃO.
- ROMAR, CARLA TERESA MARTINS. **INFORME SOBRE SALÁRIOS 2014-2015 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. PERSISTE A DISCRIMINAÇÃO E A DESIGUALDADE SALARIAL DA MULHER**. REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO. SÃO PAULO, A. 41, N. 161, P. 43-50, JAN./FEV. 2015, P. 44.
- SARLET, INGO WOLFGANG. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**, PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2009.
- SCHNEIDER, PAULO HENRIQUE. **A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CENTRADA NA TUTELA ESPECIAL DA MULHER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**. SÃO PAULO: LTR, 2015.
- SOUZA, SÉRGIO ALBERTO DE. **A DIMENSÃO OCULTA DO TRABALHO DA MULHER**. GENESIS - REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO, CURITIBA, N. 111, P. 389-396, MAR. 2002.
- VIANNA, J. SEGADAS. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO**, 6ª ED., RIO DE JANEIRO: LIVRARIA FREITAS BASTOS, 1974.
- ZAINA, ANA CAROLINA, **CRISE ECONÔMICA DE 2008 E DISPENSA COLETIVA DE TRABALHADORES: PERCALÇOS DO NEOLIBERALISMO GLOBALIZADO E DIMENSIONAMENTO DO ESTADO**, 2010, DISPONÍVEL EM [HTTP://WWW.GOOGLE.COM.BR/URL?SA=T&RC-T=J&Q=&ESRC=S&SOURCE=WEB&CD=1&VED=0C-COQFJAA&URL=HTTP%3A%2F%2FWWW.TRT9.JUS.BR%2FINTERNET\\_BASE%2FARQUIVO\\_DOWNLOAD.DO%3FEVENTO%3DBAIXAR%26IDARQUIVOANEXADOPLC%3D1824931&EI=KVV6U9CAO=2-8NQG1WYHGCG&USG=AFQJCNH9GNVUOYVAG7VZVFRFZDNT6ZCPQ](http://WWW.GOOGLE.COM.BR/URL?SA=T&RC-T=J&Q=&ESRC=S&SOURCE=WEB&CD=1&VED=0C-COQFJAA&URL=HTTP%3A%2F%2FWWW.TRT9.JUS.BR%2FINTERNET_BASE%2FARQUIVO_DOWNLOAD.DO%3FEVENTO%3DBAIXAR%26IDARQUIVOANEXADOPLC%3D1824931&EI=KVV6U9CAO=2-8NQG1WYHGCG&USG=AFQJCNH9GNVUOYVAG7VZVFRFZDNT6ZCPQ)

LAURENCE H. TRIBE<sup>2B3Y</sup>

Professor de Direito Constitucional na Universidade de Harvard

## A CURVATURA DO ESPAÇO CONSTITUCIONAL: O QUE OS ADVOGADOS PODEM APRENDER COM A FÍSICA MODERNA<sup>A</sup>

A física do século 20 revolucionou nossa compreensão do mundo físico. A teoria da relatividade substituiu uma visão do universo feito de objetos isolados agindo um sobre o outro à distância por um modelo no qual o próprio espaço é curvo e alterado pela presença e movimento de objetos. A física quântica minou a confiança dos cientistas em sua habilidade de observar e compreender um fenômeno sem alterá-lo fundamentalmente no processo. O Professor Tribe usa essa mudança de paradigma na física para ilustrar a necessidade de uma jurisprudência constitucional revisada. Ele argumenta que juízes e advogados precisam reconhecer o profundo impacto que a lei tem na formação (moldura) do pano de fundo social. Este pano de fundo é muito frequentemente tomado como dado. Juízes, em particular, não podem simplesmente chegar e resolver disputas entre indivíduos sem alterar permanentemente o espaço legal e social. O próprio ato de julgar altera o contexto e as relações em julgamento. O Professor Tribe conclui que, muito embora perspectivas semelhantes àquelas da física moderna tenham sido integradas em alguns dos mais importantes casos constitucionais decididos durante o século 20, a Suprema Corte atual mostra uma infeliz tendência direcionada a se fiar muito frequentemente em visões da sociedade e linguagem que foram há muito rejeitadas como formais e estereis em excesso.

### I. INTRODUÇÃO

Muito embora o meu tema seja as lições constitucionais das físicas da relatividade geral e quântica, eu não abordo o tema por estar determinado a trazer a ciência ou matemática

1. <sup>a</sup> Publicação original: “The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics”, Harvard Law Review v. 103, n. 1, nov.1989.

2. <sup>b</sup> Tyler Professor of Constitutional Law, Harvard Law School. Sou grato a Rob Fisher, Michael Dorf, Kenneth Chesebro, Gene Sperling, e Barack Obama por seu auxílio na análise e pesquisa e ao Professor Gerald Holton (Harvard Physics Department) por seus comentários úteis. Esta dissertação se baseia na 43ª Palestra Anual Cardozo que dei perante a Association of the Bar of the City of New York em 11.05.1989, 44 Record of the Ass’n of the Bar of the City of New York 575 (1989).

3. <sup>v</sup> Traduzido por Marcelo Azevedo Chamone, Juiz do Trabalho da 2ª Região e doutorando pela PUC-SP. Revisado por Vanessa Anitablian Baltazar, Juíza do Trabalho da 2ª Região e mestranda pela PUC-SP.

para o direito; eu ainda acredito no que escrevi na década de 1970 sobre os perigos dessa empreitada.<sup>4</sup> Nem desejo sugerir que exista uma hierarquia epistemológica com o direito empoleirado num degrau inferior olhando para seus superiores por orientação. Em vez disso, minha conjectura é que as metáforas e intuições que guiam os físicos podem enriquecer nossas compreensões de questões sociais e legais. Eu tomo emprestadas metáforas da física hesitantemente; meu propósito é explorar as ramificações heurísticas para o direito; meu critério de avaliação é se os conceitos que possamos trazer da física levam à iluminação de questões e caminhos. Eu sigo adiante nesse empenho porque acredito que a reflexão sobre certos desenvolvimentos na física pode nos ajudar a apreender e refinar algumas de nossas mais íntimas intuições sobre o papel penetrante e profundo que o direito tem na formação da sociedade e de nossas vidas.

No mesmo espírito, eu sigo mantendo minha objeção prévia a qualquer forma de dogmatismo que encerre discursos sobre valores fundamentais dentro do direito.<sup>5</sup> Procurar nas ciências respostas oficiais a questões legais, ou quaisquer questões, é equivocado. A filosofia formalista que vê a ciência como uma “coleção” do “provado” ou mesmo do “provável” é baseada numa coisificação inapropriada. A melhor visão da ciência é uma exploração contínua e, acima de tudo, crítica de intuições frutíferas; a melhor metáfora é a de uma jornada. A ciência não é tanto sobre provar quanto sobre melhorar. Procurar nas ciências naturais por autoridade – isto é, por certeza – é procurar pelo que não está lá.<sup>6</sup>

Este olhar além do direito para compreender o direito

4. Ver infra nota 2.

5. Eu ainda acredito que tentativas de reduzir questões humanas a equações de custo-benefício, como pessoas no movimento direito e economia por vezes fazer, são necessariamente distorcidas. Ver Tribe, Policy Science: Analysis or Ideology?, 2 PHIL. & PUB. AFF. 66 (1972); ver também Tribe, Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?, 98 HARV. L. REV. 592 (1985); Tribe, Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve, 36 HASTINGS L.J. 155 (1984); Tribe, Technology Assessment and the Fourth Discontinuity: The Limits of Instrumental Rationality, 46 S. CAL. L. REV. 617 (1973); Tribe, Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, 84 HARV. L. REV. 1329 (1971); Tribe, Ways Not To Think About Plastic Trees: New Foundations for Environmental Law, 83 YALE L.J. 1315 (1974).

6. Para ensaios sobre aspectos relevantes da filosofia da ciência, ver Criticism and the growth of knowledge (I. Lakatos & A. Musgrave eds. 1970).

é necessário porque nossos métodos formais de raciocínio sobre os problemas legais em geral, e problemas constitucionais em particular, nem sempre tem acompanhado as amplas percepções sobre o que faz sentido ao se pensar e falar sobre o estado, sobre tribunais, e sobre o papel de ambos na sociedade. Como pensamos sobre essas instituições tem sido fundamentalmente influenciado por novas compreensões sobre o modo de atuação do mundo físico. MICHEL FOUCAULT fala de “um espaço epistemológico específico de um período em particular”;<sup>7</sup> ele sugere que regras positivas tácitas de discurso atravessam e condicionam diferentes disciplinas em qualquer período dado. Uma comparação interdisciplinar traz maior percepção de preconceitos, e é o desvelar de tal conhecimento tácito que muitas vezes cria a possibilidade de escolha e progresso intelectual. Apesar de nossa compreensão intuitiva sobre as relações entre direito, estado, e sociedade ter evoluído, nosso vocabulário ficou para trás de nossas intuições: a linguagem na qual ainda tendemos a perguntar questões jurídicas e expressar doutrina jurídica ainda não reflete a alteração em nossas percepções. O resultado tem sido facilitar aos tribunais e advogados expressarem suas análises de várias áreas em termos que estão profundamente fora de sincronia com essa alteração das percepções subjacentes.

Assim, enquanto alguns aspectos da jurisprudência da Suprema Corte, como tentarei mostrar, tornaram-se razoavelmente congruentes com essa alteração, outros aspectos dessa jurisprudência ou nunca chegaram a isso ou ficaram perceptivelmente para trás de nossas percepções compartilhadas. Para ilustrar esse fracasso, este ensaio irá discutir alguns dos trabalhos das Cortes [presididas por] Burger e Rehnquist. Além disso, o ensaio irá arguir que as alterações conceituais centrais representadas na física moderna fornecem novos modos úteis de pensar e falar sobre o direito, argumentação jurídica e prática jurídica.

Eu certamente não sou o primeiro a usar a ciência para falar de direito. Logo no início da história de nossa nação era lugar comum, por exemplo, dizer que a Constituição de 1787 era newtoniana em seu desenho, com suas forças e contra-forças cuidadosamente contrapostas, seus pesos e contrapesos, estruturados como “uma máquina que funcionaria sozinha” para enfrentar as crises do futuro.<sup>8</sup> Mais tarde, con-

forme o país cresceu e o apertou o passo da mudança social, e depois que a teoria da evolução de Darwin ganhou aceitação, muitos pensadores – Justice Holmes, por exemplo, e Woodrow Wilson – viram na Constituição aspectos orgânicos de uma coisa viva e em evolução.<sup>9</sup> Por mais interessantes que essas metáforas possam ser, eu não quero tomar emprestado da ciência possíveis imagens para descrever instituições jurídicas particulares pelo lado de fora, mas uma linguagem para se engajar na própria análise jurídica. Eu espero jogar luz não na natureza da Constituição como uma coisa mas no caráter e estrutura da análise constitucional como um processo.

## II. AS LIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA FÍSICA MODERNA

A física newtoniana de dois séculos atrás via os objetos interagindo através da extensão de um espaço neutro e indiferente de um modo objetivo e cognoscível, de acordo com leis físicas simples que pareciam explicar a realidade observada sem exigir muito mais reflexão sobre a estrutura básica do universo.<sup>10</sup> Tal como bolinhas de gude, os objetos podem se colidir, mas não alterar o campo de jogo.<sup>11</sup>

---

Dick Howard discute as influências dos relógios, “apetrechos,” e metáforas mecânicas nos patriarcas fundadores. Ele levanta a questão, “até qual medida o ordenamento do sistema constitucional supõe um universo newtoniano – um mecanismo auto-regulante ...?” A. E. Dick Howard, *The Mechanical Conception of the Constitution*, 24 (trabalho apresentado no Colloque International: 1789 et l’Invention de la Constitution, Association Française de Science Politique, Mar. 2-4, 1989) (disponível na Biblioteca da Harvard Law School).

9. Como Holmes o colocou: “Não importa o quanto possamos codificar o direito numa série de proposições aparentemente auto-suficientes, essas proposições serão apenas uma fase em crescimento contínuo.” O. W. Holmes, *The Common Law*, 32 (1881). Metáforas biológicas e evolutivas são proeminentes no trabalho de Holmes: “Assim como a clavícula no gato apenas revela a existência de alguma criatura anterior para quem esse osso era útil, os precedentes sobrevivem no direito muito depois da utilidade que tiveram ter se encerrado e da sua razão ter sido esquecida.” Id. pág. 31. Sobre Holmes, ver Veilleux, *The Scientific Model in Law*, 75 GEO. L.J. 1967, 1977 (1987). Sobre teorias evolutivas no direito, ver id. pág. 1977 n.57. Woodrow Wilson talvez o coloque melhor: “a Constituição dos Estados Unidos não é um mero documento de advogados: ela é um veículo da vida, e seu espírito é sempre o espírito da época.” W. Wilson, *Constitutional government in the United States*, 69 (1911). Ver também Tribe, *The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis*, 37 J. LEGAL EDUC. 170 (1987).

10. “O pensamento científico newtoniano era baseado fundamentalmente em assunções metafísicas envolvendo Deus, espaço absoluto, tempo absoluto e leis absolutas.” M. Kline, *Mathematics and the search for knowledge*, 165 (1985); ver também *Three hundred years of gravitation*, 4 (S. Hawking & W. Israel eds. 1987).

11. Em termos mais técnicos, Einstein descreve algumas assunções da física pré-relatividade: “Em primeiro lugar, é presumido que se pode mover um corpo rígido ideal de um modo arbitrário. Em segundo lugar, é presumido que o comportamento do corpo rígido ideal quanto à orientação é independente dos corpos materiais e suas mudanças de posição, no senso de que se dois intervalos puderem coincidir uma vez, eles podem sempre e em qualquer lugar coincidir.” A. Einstein, *The*

7. M. Foucault, *The order of things: an archaeology of human sciences* pág. xi (1970).

8. Ver M. Kammen, *A machine that would go of itself: the Constitution in american culture* (1986). Num ensaio incisivo, Brian Koukoutchos observa: “Após o fim do século 16, uma reação se iniciou contra a tradição mística na forma de uma visão mecanicista do universo. Se o paradigma anterior se inspirava em Platão, o posterior traçava sua linhagem a Arquimedes ... Os Projetistas [Framers] - um apelido apto para uma era mecanicista – naturalmente pensaram e se expressaram de acordo com o paradigma prevalecente de seu tempo. ... Foi o legado dos Principia de Newton que “[t]oda mecânica adquiriu, por um tempo, o encanto da complexidade controlada.” Koukoutchos, *Constitutional Kinetics: The Independent Counsel Case and the Separation of Powers*, 23 WAKE FOREST L. REV. 635, 641-42 (1988) (nota de rodapé omitida) (citando G. Wills, *Inventing America: Jefferson’s declaration of independence*, 98 (1978)). Em outro trabalho recente, Professor A. E.

Desde a década de 1920, a física tem sido guiada por duas mudanças chave para longe dessa visão. Na grande escala, a teoria geral da relatividade demonstrou, dentre outras coisas, que o universo físico, tal como visto por um telescópio, pode ser explicado apenas ao se perceber que objetos como estrelas e planetas mudam o espaço ao seu redor – eles literalmente o “deformam” – de modo que seu efeito e tanto complexo quanto interativo.<sup>12</sup> Na escala subatômica, a teoria do quantum demonstrou que o universo não pode ser observado como se o mundo natural na ponta do microscópio não fosse afetado pelo olho enxergando na lente – o próprio processo de observação e análise pode fundamentalmente alterar as coisas sendo observadas, e pode mudar como elas se comportarão a partir de então.<sup>13</sup>

As percepções que a teoria da relatividade geral e do quantum têm a oferecer para os nossos propósitos não exige domínio de detalhes técnicos, mas exige familiaridade com diversos conceitos bem simples mas fundamentais. Esta seção oferece uma breve explicação de cada uma dessas teorias e então examina como suas percepções podem nos ajudar a chegar a um paradigma<sup>14</sup> do raciocínio jurídico e análise constitucional para abordar algumas de nossas dificuldades atuais.

#### A. TEORIA DA RELATIVIDADE GERAL

1. *Espaço Físico Curvo.* – Na cultura popular, a frase “relatividade geral” tem uma qualidade quase mística,<sup>15</sup> mas historicamente seu efeito foi sobretudo desmistificante. A teoria emergiu de uma tentativa de aprimorar a teoria da gravidade de NEWTON.<sup>16</sup> Na teoria de NEWTON, a gravidade é

uma força física discreta, na qual quanto maior for a massa de um objeto, mais fortemente ele “puxa” outros objetos.<sup>17</sup> Por exemplo, a Terra exerce uma força maior num objeto colocado em sua superfície do que o objeto tem na superfície da Lua, o que explica por que os astronautas pulam tão alto quando eles estão na Lua, e como ALAN SHEPARD conseguiu estabelecer um recorde galáctico em 1971 de distância de uma bola de golfe – pelo seu relato “milhas e milhas e milhas” – com um taco de ferro-seis preso a um bastão de amostras. Apesar de NEWTON ter desenvolvido uma fórmula precisa para calcular essa força,<sup>18</sup> a fórmula deixou um grande mistério inexplicado: se o Sol e os planetas puxam uns aos outros com intensidade variada dependendo de onde estão em relação ao outro, esses corpos devem ter algum modo de detectar a localização do outro. Mas como? Quem ou o que “conta” para a Terra onde o Sol está e qual o seu tamanho?<sup>19</sup> As únicas respostas disponíveis sempre pareceram estranhamente místicas – como se cada átomo na Terra fosse conectado a cada átomo do Sol por uma “corda” da gravidade invisível mas pesada, a cada átomo da Lua por um “cordão” igualmente invisível, e a cada átomo dos planetas distantes por meros “fios.” Nessa imagem, conforme os planetas orbitam o Sol, as gavinhas dessa estranha “força” chamada gravidades sempre mudam; mas como tal “força” poderia agir instantaneamente a através de vastas distâncias de espaço vazio, entre objetos que não poderiam ter “consciência” da existência, ou massa, do outro permanecia um completo enigma.<sup>20</sup>

A relatividade geral reformulou a teoria da gravidade do chão para cima. Na visão de EINSTEIN, os planetas não se moviam como reação ao puxão ou sinal de alguma conexão invisível a outra massa. Ele postulou pelo contrário que o próprio espaço é torcido e moldado pelas massas que ele contém,<sup>21</sup>

meaning of relativity, 4-5 (5th ed. 1956).

12. Como Einstein afirma: “Nosso mundo não é euclidiano. A natureza geométrica do nosso mundo é modelada pelas massas e suas velocidades.” A. Einstein & L. Infeld, *The evolution of physics: from early concepts to relativity and quanta*, 237 (1938). Ver infra seção II.A.

13. Ver infra seção II.B.

14. Minha abordagem é obviamente inspirada em certa medida pela visão do discurso paradigmático de Thomas Kuhn encontrada em seu trabalho seminal, T. Kuhn, *The structure of scientific revolutions* (2d ed. 1970). Eu não me apoio, contudo, na estrutura específica do paradigma “paradigma” de Kuhn, que foi devidamente criticado em vários diferentes níveis. Ver, e.g., Lakatos, *Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes* em *Criticism and the growth of knowledge*, supra nota 3, pág. 91.

15. Como escreve Paul Davies: “Mais de cinquenta anos atrás algo estranho ocorreu na ciência física. Novas idéias bizarras e estonteantes sobre espaço e tempo, mente e matéria, irrompeu dentro da comunidade científica. ... Físicos começaram a perceber que suas descobertas exigiam uma reformulação radical dos mais fundamentais aspectos da realidade. Eles aprenderam a abordar seus assuntos de modos totalmente inesperados e novos que pareciam virar o senso comum de cabeça pra baixo e encontrar concordância mais próxima com o misticismo do que com o materialismo.” P. Davies, *God and the new physics* pág. vii (1983).

16. Einstein afirma: “A teoria geral da relatividade tenta formular leis

físicas para todos os sistemas co-ordenados. O problema fundamental da teoria é o da gravitação. A teoria faz a primeira tentativa séria, desde o tempo de Newton, de reformular a lei da gravitação.” A. Einstein & L. Infeld, supra nota 9, pág. 235.

17. Ver M. Kline, supra nota 7, pág. 112.

18. 
$$F = \frac{GM_1M_2}{d^2}$$
 (As massas dos corpos em atração são M1 e M2; d é a distância entre eles; e G é a constante gravitacional universal.)

19. Newton expressou sua insatisfação em carta a Richard Bentley: “Que um corpo possa atuar sobre outra à distância através do vácuo sem a mediação de nenhuma outra coisa, pela qual sua ação e força possa ser transmitida de um a outro, é para mim um absurdo tão grande que, eu creio, nenhum homem que tenha em matérias filosóficas faculdade competente de pensamento poderia acreditar.” M. Kline, supra nota 7, pág. 121.

20. Kline afirma: “Newton fez diversas afirmações sobre a gravidade nas três edições de seus *Princípios Matemáticos*. ... Como a gravitação poderia alcançar 93 milhões de milhas e puxar a Terra em direção ao Sol lhe parecia inexplicável, e ele não formulou nenhuma hipótese sobre isso. Ele esperava que outros estudassem a natureza dessa força. Pessoas tentaram explicar isso em termo de pressão exercida por algum meio interveniente e por outros processos, todos eles mostrados como insatisfatórios.” Id. pág. 122.

21. George Gamow explica: “A grande idéia, que foi incluída por Einstein na fundação de sua teoria geral do espaço curvo, consiste na

causando as massas a mover pelo espaço e tempo de acordo com esse molde. Guiadas não por forças invisíveis mas pela própria curvatura do espaço em volta delas – tal como a bolinha de gude jogada numa tigela giraria em volta de acordo com a curvatura da própria tigela.<sup>22</sup>

Num espaço curvo a distância mais curta entre dois pontos é uma linha que se curva com o próprio espaço. Num sentido, os planetas não poderiam se importar menos com a localização do Sol, e não estão conectados a ele por “fios” gravitacionais tipo cordas; eles não precisam de ordem de marcha pois os caminhos pelos quais eles viajam são determinados pela geometria do espaço no entorno. Então o problema de “ação à distância” é resolvido por uma mudança de paradigma – de um paradigma onde o espaço era visto como absoluto e uniforme, e simplesmente parte do pano de fundo,<sup>23</sup> para um paradigma no qual o espaço é visto como relativo e nada uniforme, e tão parte do primeiro plano quanto os objetos nele.

2. *Curvando o “Espaço” Legal.* – A concepção do espaço de NEWTON como um pano de fundo vazio é paralela ao paradigma jurídico de que o poder estatal, inclusive o poder judiciário, está à parte da ordem neutra, ‘natural’, das coisas. No reino da física, EINSTEIN criticou incisivamente a visão de mundo na qual ao espaço como tal é atribuído um papel no sistema da física que o distingue de todos os outros elementos da descrição física. Ele tem um papel determinante em todos processos, sem por sua vez ser influenciado por estes. Apesar desta teoria ser logicamente possível, ela é por outro lado bastante insatisfatória. NEWTON estava plenamente ciente desta deficiência, mas ele também havia compreendido claramente que nenhum outro caminho estava aberto para a física em seu tempo.<sup>24</sup> Na visão de EINSTEIN, o espaço não é o “palco” neutro onde a ação se passa, mas apenas um ator entre outros, todos os quais interagem no desenrolar da história. O brilhantismo de

---

assunção de que o espaço físico se curva na vizinhança de grandes massas; quanto maior a massa maior a curvatura.” G. Gamow, *One two three ... infinity*, 106 (1961) (destaque no original).

22. Hawking nota: “Einstein fez a proposta revolucionária de que a gravidade não é uma força como as demais forças, mas é uma consequência do fato de que o espaço-tempo não é plano, como era suposto anteriormente: ele é curvo, ou ‘distorcido,’ pela distribuição de massa e energia nele. Corpos como a Terra não são levados a se mover em órbitas curvas por uma força chamada gravidade; ao invés, eles seguem o mais próximo a um caminho reto num espaço curvo, o que é chamado de geodésica.” S. Hawking, *A brief history of time: from the big bang to black holes*, 29 (1988).

23. Karl Popper descreve bem a interpretação kantiana do espaço e tempo newtoniano: “espaço e tempo eles próprios não são coisas nem eventos: eles não podem nem mesmo ser observados: eles são mais elusivos. Eles são um tipo de moldura para as coisas e eventos: algo como um sistema de escaninhos, ou um sistema de arquivamento, para observações.” K. Popper, *Kant’s Critique and Cosmology*, em *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*, 175, 179 (rev. 4th ed. 1972).

24. A. Einstein, *supra* nota 8, pág. 140.

EINSTEIN estava em reconhecer que ao se compreender a realidade física o “segundo plano” não podia ser abstraído do “primeiro plano.” No paradigma inspirado por EINSTEIN, “[e]spaço e tempo são agora quantidades dinâmicas: quando um corpo move, ou uma força age, afeta a *curvatura* do espaço e tempo – e por sua vez a estrutura do espaço-tempo afeta o modo que os corpos movem e as forças agem.”<sup>25</sup>

Uma concepção paralela no universo jurídico afirmaria que, assim como o espaço não pode se desenredar do desdobrar da história da realidade física, também o direito não pode se extrair das estruturas sociais; ele não pode “recuar”, estabelecer um ponto de referência “arquimediano” com neutralidade à parte, e seletivamente penetrar, como se a partir do lado de fora, para fazer ajustes finos em conflitos altamente particularizados. Cada decisão jurídica reestrutura o próprio direito, assim como o ambiente social no qual o direito opera, porque, assim como toda atividade humana, o direito está inevitavelmente envolvido no processo dialético pelo qual a sociedade está constantemente se recriando.

Para providenciar uma visão inicial de quão útil a metáfora do “espaço curvo” não precisamos olhar além de dois dos mais controversos casos que a Suprema Corte decidiu neste ano.

(a) *Abuso infantil.* – O primeiro caso diz respeito à vida trágica do jovem JOSHUA DESHANEY. JOSHUA era o filho pequeno de um pai que o espancava gravemente repetidamente.<sup>26</sup> Apesar dos vários avisos recebidos pelas agências de serviço social sobre a violência do pai, ninguém veio socorrer JOSHUA.<sup>27</sup> Joshua agora vive em estado quase vegetativo, muito além dos poderes até mesmo da ciência moderna para se recuperar completamente.<sup>28</sup> Ele fica deitado, para sempre sozinho em seu mundo, porque, enquanto as autoridades dos serviços sociais do Condado de Winnebago, Wisconsin diligentemente registravam as coisas terríveis que eles sabiam estavam acontecendo com o pobre Joshua e guardavam registros meticulosos e burocraticamente racionais das lesões da criança, eles não levantaram um dedo para ajudá-lo.<sup>29</sup>

Depois de Joshua ter sido espancado e permanentemente lesionado por seu pai, o guardião de Joshua processou os assistentes sociais e funcionários locais que permitiram que esses terríveis espancamentos ocorressem, sob o argumento de que a sua falta de atuação o privaram de sua liberdade em violação à cláusula do devido processo da décima-quarta emenda,<sup>30</sup> e que portanto Joshua teria direito a receber indenização sob a legislação de direitos civis.<sup>31</sup> A Suprema Corte

---

25. S. Hawking, *supra* nota 19, pág. 33 (destaque acrescido).

26. Ver *DeShaney v. Winnebago County Dep’t of Social Servs.*, 109 S. Ct. 998, 1002 (1989).

27. Ver *id.* pág. 1001-02.

28. Ver *DeShaney v. Winnebago County Dep’t of Social Servs.*, 812 F.2d 298, 300 (7th Cir. 1987).

29. Ver *DeShaney*, 109 S. Ct. pág. 1010 (Brennan, J., divergência).

30. Ver 109 S. Ct. pág. 1001.

31. 42 U.S.C. §§ 1983, 1985, 1988 (1982); ver *DeShaney v. DeShaney*, No. 85-C-310, slip op. pág. 1 (E.D. Wis. June 20, 1986).

decidiu em *DeShaney v. Winnebago County* que não havia violação à décima-quarta emenda, e então nenhum fundamento para indenização sob a legislação promulgada na esteira da Guerra Civil para fazer aplicar aquela emenda.<sup>32</sup>

A Corte falou comoventemente do que chamou de fatos “inegavelmente trágicos” do caso,<sup>33</sup> mas seguiu afirmando que:

nada na letra da cláusula do devido processo ... exige que o Estado proteja a vida, liberdade ou propriedade de seus cidadãos contra a invasão por atores privados. A cláusula é formulada como uma limitação ao poder de ação do Estado, não como uma garantia de certos níveis mínimos de proteção e segurança.<sup>34</sup>

Próximo ao fim do voto da maioria, redigido pelo Chief Justice REHNQUIST, a Corte parou para notar que:

Juízes e advogados, como outros humanos, são movidos por compaixão natural num caso como esse para encontrar um meio para que Joshua e sua mãe recebam compensação adequada para o grave dano que lhes foi infligido. Mas antes de ceder a esse impulso, é bom lembrar mais uma vez que o dano foi infligido não pelo Estado de Wisconsin, mas pelo pai de Joshua. A máximo que pode ser dito sobre os funcionários estaduais neste caso é que eles ficaram parados e nada fizeram quando circunstâncias suspeitas exigiam um papel mais ativo deles.<sup>35</sup>

A Corte seguiu dizendo, em defesa dos funcionários, que

tivessem eles se movimentado antes da hora para retirar o filho da custódia do pai, eles provavelmente teriam recebido acusações de se intrometer imprópriamente na relação pais-filho, acusações baseadas na mesma cláusula de devido processo que forma a base da presente acusação de falta de fornecer proteção adequada.<sup>36</sup>

Justice BLACKMUN, numa divergência amarga, ralhou a maioria por parecer “ser o oráculo desapaixonado da lei, impassível por ‘compaixão natural.’”<sup>37</sup> Ele comparou a Corte [presidida por] REHNQUIST a “os juízes do pré-guerra [civil] que negavam remédio aos escravos fugitivos.”<sup>38</sup> Ele tinha pouca compaixão à alegação da Corte de que “sua decisão, ainda que dura, é decorrente da doutrina jurídica corrente.”<sup>39</sup> Em sua visão, a questão estava “aberta.”<sup>40</sup> Ele argumentou que os precedentes da décima-quarta emenda poderiam “ser lidos mais

ampliamente ou restritivamente dependendo de como a pessoa escolher lê-los.”<sup>41</sup> Ele escreveu que, diante de tal escolha, *e/le* “adotaria uma leitura ‘compreensiva’, que comporte os ditames da justiça fundamental e reconheça que a compaixão não precisa ser exilada da província do julgamento.”<sup>42</sup>

Meu propósito aqui não é assumir uma posição sobre quem tem o melhor argumento. Minha aflição não está centrada nem no resultado da maioria, nem na noção de que a maioria teve o coração muito duro – muito indispostos a permitir que a razão fosse temperada com compaixão. De fato, eu rejeitaria a idéia de que o modo de análise da maioria realmente tinha a “razão” do seu lado, ou que os divergentes chegaram às suas conclusões principalmente porque se permitiram sentir compaixão por Joshua. Meu problema é com a visão majoritária bem primitiva do estado de Wisconsin como algum tipo de objeto distinto, um tipo de máquina que deve ser compreendido como agindo sobre uma ordem pré-política, natural, da vida privada. Pela perspectiva da maioria, o estado de Wisconsin funciona como uma coisa, seus braços empregando força de uma distância segura sobre o mundo natural por vezes desagradável, no qual o abuso de crianças é um fato infeliz, mas externo, pré-legal e pré-político de nossa sociedade.<sup>43</sup> As Cortes, como observadores passivos e imparciais, podem intervir para oferecer ajudar apenas quando outro braço do estado houver intervindo e quebrado esta ordem natural, pré-política, lesionando por si mesmo diretamente uma criança pequena.

Dentro do pomposo paradigma pré-moderno da maioria,<sup>44</sup> não há nenhuma insinuação de que a mão observadora do estado pode ela mesma ter desempenhado um papel principal em moldar o mundo que ela observa. Assim quando a maioria da Suprema Corte olhou para uma das pessoas mais indefesas no universo que conhecemos – uma criança abusada – ela não questionou se a mão do estado pode ter alterado um panorama já político de um modo que encorajou tal espancamento infantil passar sem ser corrigido. A questão da maioria em *DeShaney* foi simplesmente, “foi o Estado de Wis-

41. Id.

42. Id.

43. Em meu livro, *L. Tribe, Constitutional choices* (1985), Eu argumento que há uma predileção psicológica e ideológica para perceber a existência de uma esfera privada – apesar de circunscrita pelo direito e pelo estado – na qual as ações são autônomas: “Muitos de nós ... se agarram a tais institutos como liberdade contratual e propriedade privada, vendo-as como uma parte natural, ‘dada’, do panorama jurídico que fornece um pano de fundo para nossas transações privadas e consensuais.” Id. pág. 264.

44. Eu uso o termo “moderno” para capturar o movimento tanto nas ciências quanto nas artes. Numa discussão sobre o cubismo, Eugene Lunn afirma: “Enquanto os simbolistas e impressionistas exploraram a metáfora e a cor para estetizar a realidade, os cubistas atacaram mais diretamente a noção de arte como levando uma existência independente e hermética insulada do mundo externo visível. Ao mesmo tempo, eles procuraram mostrar através de métodos tais como incorporar ‘objetos encontrados’ (e.g., páginas de jornais, pedaços de corda ou de madeira) que a arte não é uma janela para o mundo ‘externo’ mas um aspecto da própria ‘realidade.’” E. Lunn, *Marxism and modernism: an historical study of Lukacs, Brecht, Benjamin, and Adorno*, 49 (1982).

32. Ver 109 S. Ct. pág. 1001.

33. Ver id.

34. Id. pág. 1003.

35. Id. pág. 1007.

36. Id.

37. Id. pág. 1012 (Blackmun, J., divergência).

38. Id.

39. Id.

40. Id.

consin quem bateu naquela criança?” e não, “a lei de Wisconsin, tomada em sua completude, dobrou o panorama jurídico de modo que efetivamente defletiu a assistência que de outra forma estaria disponível para JOSHUA DESHANEY?”

Apenas a divergência do Justice BRENNAN se preocupou em perguntar se o estado de Wisconsin – ao estabelecer um Sistema de bem-estar infantil especificamente para ajudar crianças como Joshua, criando um sistema para investigar casos relatados de abuso infantil, e tornando ilegal intromissões privadas em lares onde a criança pareça em risco – efetivamente canalizou todos os relatos de tais abusos, e todas as ações em resposta a tais relatos, a agências específicas. Desta forma, o estado convidou cidadãos e outros a “confiar nos departamentos locais de serviços sociais ... para proteger as crianças de abusos.”<sup>45</sup> Os divergentes, no que eu elogiaria como uma admirável compreensão pós-newtoniana, concluiu que desmente a realidade afirmar que o estado nada fez em relação a Joshua. Pelo contrário, o programa de proteção infantil de Wisconsin “entreviu ativamente na vida de Joshua” e “efetivamente [o] confinou dentro das paredes do lar violento de Randy DeShaney até o momento que o DSS [Departamento de Serviços Sociais] agiu para removê-lo.”<sup>46</sup> “Concebivelmente, ... crianças como Joshua ficam em pior situação,” arrazoaram os divergentes, “com a existência deste programa quando as pessoas e entes encarregados de executá-lo deixam de fazer seu trabalho.”<sup>47</sup>

O Justice Brennan se baseou fortemente em *Youngberg v. Romeo*<sup>48</sup> e *Estelle v. Gamble*<sup>49</sup> – casos afirmando que a cláusula do devido processo exige que as pessoas internadas pelo estado recebam serviços suficientes a atender as necessidades básicas. (Em *Youngberg* a instituição era um hospital psiquiátrico; em *Estelle*, era uma prisão.) O Justice Brennan leu esses casos “como defendendo a ... proposição generosa de que, se um Estado corta fontes privadas de ajuda e então ele mesmo se recusa a ajudar, ele não pode lavar as mãos dos danos que resultam de sua inação.”<sup>50</sup> A partir daí ele achou o caso *DeShaney* a apenas um pequeno salto de distância.

Mas *Youngberg* e *Estelle*, como dois fogos-fátuos, parecem ter afastado o Justice Brennan de compreensões talvez mais profundas ofertadas [pelo caso] *Boddie v. Connecticut*.<sup>51</sup>

45. 109 S. Ct. pág. 1010 (Brennan, J., acompanhado por Marshall e Blackmun, JJ., divergência).

46. Id. pág. 1011.

47. Id.

48. 457 U.S. 307 (1982).

49. 429 U.S. 97 (1976).

50. 109 S. Ct. pág. 1009. Ver também Restatement (second) of torts § 324 (1965) (afirmando que alguém que venha socorrer uma pessoa e então deixe esta pessoa numa situação pior é responsável pela lesão desta pessoa); *Black v. New York, N.H. & H.R.R.*, 193 Mass. 448, 79 N.E. 797 (1907) (decidindo que o réu é responsável por deixar o autor intoxicado numa posição perigosa após ajudá-lo a descer de um trem); *Zelenko v. Gimbel Bros.*, 158 Misc. 904, 287 N.Y.S. 134 (Sup. Ct., Special Term 1935) (decidindo que o réu é responsável por fornecer socorro médico insuficiente quando a ação do réu deixa o autor desatendido de outras fontes de socorro), *aff'd*, 247 A.D. 867, 287 N.Y.S. 136 (1936).

51. 401 U.S. 371 (1971).

Em *Boddie*, um casal indigente não pôde obter o divórcio porque eles não podiam arcar com as custas de entrada. A Corte decidiu que:

dada a posição básica da relação de casamento na hierarquia de valores desta sociedade e o concomitante monopólio estatal dos meios de dissolver legalmente essa relação, o devido processo proíbe que um Estado negue, apenas pela impossibilidade de pagar, acesso aos seus tribunais aos indivíduos que procuram a dissolução judicial de seus casamentos.<sup>52</sup>

Claro, o Justice BRENNAN citou *Boddie* – para a proposição de que “a monopolização de um caminho específico de socorro pode impor ao Estado certos deveres positivos.”<sup>53</sup> Ele o rotulou como “instrutivo” e o incluiu dentro da classe de casos que “sinalizam que as ações anteriores do estado podem ser decisivas na análise da significância constitucional de sua inação.”<sup>54</sup> O Justice Brennan retratou *Boddie* como um paralelo próximo a *Youngberg* e *Estelle*: “Eu ... colocaria as pretensões dos *DeShaneys* dentro da moldura de casos como *Youngberg* e *Estelle*, e mais genericamente, *Boddie*. ...”<sup>55</sup>

No entanto há uma distinção fundamental a ser feita entre *Youngberg* e *Estelle* de um lado, e *Boddie* no outro. Tanto em *Youngberg* e *Estelle*, foi a internação pelo estado de um indivíduo particular que isolou aquela pessoa de meios alternativos de atender suas necessidades básicas. Em *Boddie*, contudo, não havia nenhuma ação estatal prévia direcionada àquele indivíduo. Foi a própria estrutura legal – combinada, certamente, com as circunstâncias econômicas e sociais do indivíduo – que isolaram a pessoa do atendimento de uma necessidade importante.

*Boddie*, ao invés de focar de um modo newtoniano nas forças isoladas agindo sobre indivíduos específicos, introduziu o espaço curvo de um mundo pós-newtoniano onde o foco é ampliado para abarcar a geometria maior do “espaço” onde os eventos e pessoas relevantes interagem. Se a lei cria um monopólio estatal sobre o atendimento de certas necessidades (dissolução de um casamento fracassado, proteção de um pai violento) e assim torna alguns, mas não todos, indivíduos especialmente vulneráveis, pode o próprio ato de criar esta estrutura legal constituir uma ação estatal violadora do devido processo? Teria a criação de um monopólio estatal sobre o atendimento de uma categoria de necessidades dobrado o próprio espaço jurídico de uma forma reconhecível? *Boddie* responde que “sim,” ao menos onde o interesse do estado em preservar aquela estrutura legal inviolada for suficiente para “superar o interesse” do autor.<sup>56</sup>

Apesar do Justice BRENNAN ter enfatizado *Youngberg* e *Estelle*, o espírito de seu argumento parece derivar de *Boddie*. De uma perspectiva pós-newtoniana, *Boddie* é o caso mais

52. Id. pág. 374.

53. 109 S. Ct. pág. 1009.

54. Id. pág. 1010.

55. Id.

56. 401 U.S. pág. 381.

dramático e fornece o paralelo mais forte com DeShaney. Tal como em Boddie, o ato governamental em DeShaney que isolou Joshua – isto é, o estabelecimento de uma estrutura legal que canalizou estreitamente toda informação e ação relacionada a abuso infantil – não era uma força direcionada a Joshua pessoalmente; seu isolamento foi o resultado de uma simples justaposição da lei de Wisconsin e sua situação pessoal. E, novamente como em Boddie, foi o monopólio criado pela estrutura legal em DeShaney que tornou o autor especialmente vulnerável.<sup>57</sup>

Podemos ser todos engolidos pela, e dependentes da, estrutura do direito, mas não somos todos tornados igualmente vulneráveis por ela. Se a dependência especial da lei e suas omissões que for sentida pelo mais vulnerável dentre nós puder ser rejeitada como irrelevante por não ter sido criada diretamente por nenhuma força estatal direcionada a tais indivíduos, sua dependência aumentada pode ser vista como juridicamente imaterial. Mas se a vulnerabilidade sistêmica de alguns – crianças maltratadas são talvez o principal exemplo – for ao invés visto como centralmente relevante para como a forma da lei deveria ser compreendida, então é mais provável que se pergunte ao menos se o fracasso do sistema jurídico em fazer mais por tais pessoas não seria uma privação inconstitucional de seus direitos. A juíza newtoniana, vendo aqueles cujos destinos ele determina como de um ponto de vista objetivo e afastado, pode facilmente absolver o estado de responsabilidade por seu apuro. Mas seu contraponto judicial pós-newtoniano, vendo as perspectivas daqueles que seu julgamento afeta como não menos legítimas do que as suas próprias, e perguntando qual espaço social o corpo de regras jurídicas ajuda a definir, pode achar mais difícil distanciar o estado do desamparo do mais vulnerável.

A abordagem que estou sugerindo aqui não precisa se emprestar a, ou abraçar, uma ideologia de paternalismo. Uma

57. Uma análise similar ajuda a iluminar a decisão menos afiliva mas ainda bem primitiva, por 5 a 4, da Suprema Corte em *National Collegiate Athletic Association v. Tarkanian*, 109 S. Ct. 454 (1988). Lá, a Corte arguiu que a NCAA não era um 'ator estatal' acionável sob 42 U.S.C. § 1983 pelo técnico de basquete da University of Nevada, Jerry Tarkanian, que havia sido suspenso pela University of Nevada em aplicação direta das regras e recomendações da NCAA. As linhas de força newtonianas apontavam da universidade estadual para o técnico. Havia um argumento poderoso de que a atuação da NCAA era procedimentalmente injusta e que ela moldou decisivamente a ação da universidade estadual, mas apenas os quatro divergentes viram nessa relação conjunta uma base para tratar a NCAA como parte da estrutura estatal. O fato de a posição da maioria ter sido escrita pelo Justice Stevens e que os Justices 'conservadores' White e O'Connor (assim como os Justices Brennan e Marshall) terem visto a distorção espacial através de olhos mais modernos ilustra o fato de que a dicotomia Newton-Einstein não precisa ser congruente com uma simples divisão conservadora-liberal. O Justice Stevens, observando para a maioria que o caso tradicional de ação estatal é aquele em que o estado se espregueira no fundo diz que "a imagem espelhada apresentada neste caso exige que avancemos através de um espelho analítico para resolvê-la." 109 S. Ct. pág. 462. Quando o Justice Stevens e seus quatro pares atravessam, eles ignoram o modo que o espelho entorta o que eles vêem.

heurística pós-newtoniana não nos força respostas; pelo contrário, nos leva a questões mais exploratórias. Ela não é um grito para "todo o poder aos juízes," mas sim um apelo para circunscrição e questionamento na avaliação de como a distribuição e direcionamento de todos os poderes públicos – inclusive os dos juízes -- definem o espaço jurídico através do qual todos nos movemos, e na ausência do qual alguns de nós se perdem. Pode muito bem ser que todos com maior probabilidade a se perder sejam aqueles para quem este apelo faria a maior diferença. Pois é o mais vulnerável, o mais esquecido, cuja perspectiva é menos semelhante à do legislador ou juiz ou administrador e cujo destino é mais vigorosamente determinado pelo modelo global do direito – por suas falhas e desvios menos visíveis e mais profundamente incorporados. Por outro caminho chegamos à conclusão do filósofo JOHN RAWLS de que a justiça fundamental de uma sociedade é melhor julgada por um exame de seu tratamento aos menos favorecidos.<sup>58</sup>

O fato de que os argumentos do Justice Brennan serem as palavras apaixonadas de apenas uma divergência em DeShaney infelizmente reflete a realidade de que o paradigma ainda prevaletente de direito constitucional permanece em agudo contraste com os modos de pensamento social mais modernos.

(b) *Aborto*. – Talvez uma ilustração ainda mais dramática da persistência da ressurgência do paradigma pré-moderno no direito seja a perspectiva expressa por meu colega CHARLES FRIED, que serviu como Procurador Geral [Solicitor General] durante a era REAGAN, quando ele retornou à Suprema Corte em nome da Administração Bush para instar a Corte a derrubar o precedente *Roe v. Wade*.<sup>59</sup> Em seu argumento em *Webster v. Reproductive Health Services*,<sup>60</sup> o Sr. FRIED foi perguntado pela Justice O'CONNOR:

O senhor pensa que o estado tem o direito de, se ... tivermos um sério problema de superpopulação, ... exigir que as mulheres abortem depois de determinada quantidade de filhos?

O Sr. Fried respondeu:

Certamente não. Essa seria uma questão bem diferente.

A Justice O'Connor prosseguiu:

No que o senhor se apoia?

O Sr. Fried respondeu:

Porque diversamente do aborto ..., isso envolveria não prevenir uma operação mas interferir violentamente, pôr as mãos numa mulher e a submetê-la a uma operação. ...<sup>61</sup>

Ao traçar sua distinção entre um aborto forçado e uma gravidez forçada, o Sr. FRIED implicitamente invocou a noção de que, quando o estado torna o aborto um crime, ele não está *intervindo* na ordem natural das coisas mas simplesmente exigindo que que as pessoas deixam a "natureza"

58. Ver J. Rawls, *A theory of justice* (1971).

59. 410 U.S. 113 (1973).

60. 109 S. Ct. 3040 (1989).

61. N.Y. Times, Apr. 27, 1989, em B12, col. 5.

seguir seu curso. É como se o estado também não estivesse genuinamente “agindo”.

Qualquer que seja a opinião de alguém sobre o “direito de escolha” em termos de reprodução, parece extraordinariamente difícil justificar a distinção constitucional defendida por Charles Fried no caso *Webster* entre o poder estatal de exigir o aborto em certas circunstâncias e o poder estatal de proibi-lo. Poder-se-ia muito bem definir “natural” de um modo que permitisse uma mulher que desejasse o aborto, e um médico que tenha a habilidade e equipamento para realizá-lo, realizar um negócio não afetado pelo estado.<sup>62</sup>

Para se ter certeza, mesmo que se considerasse que a mulher ainda tem um direito fundamental a fazer sua própria escolha sobre a continuação ou término de uma gravidez, pode-se dizer que o estado tenha uma justificativa convincente que se contrapõe ao seu direito do momento da concepção, no caso em que a opção da mulher seja para pôr termo à gestação mas não no caso em que a sua escolha for por prosseguir. Mas quaisquer dessas visões implode o “direito de fazer sua própria escolha” da mulher em um pseudo-direito de “escolher” em apenas uma direção. No que esta assimetria estaria baseada? Uma vez que o estado atinja o limiar de eliminar a escolha da mulher ao tomar controle do útero da mulher sob a perspectiva da concepção, não permanece nenhuma demarcação lógica – nenhuma hierarquia de “natural” e “artificial” – que impediria a declaração em algum tempo futuro de interesses estatais convincentes apoiando abortos obrigatórios.

Eu observei alhures que o estado faz mulheres e homens desiguais perante o direito ao traduzir automaticamente a biologia em destino social, portanto negando à mulher o poder sobre seus corpos e seus futuros.<sup>63</sup> Este conceito manipulável de uma ordem social “natural”, fornecendo um pano de fundo para a atuação estatal, é frequentemente empregada

62. Seria difícil dizer qual teria sido o resultado ‘natural’ da disputa no divórcio do casal *Davis* sobre sete “pré-embriões” (óvulos fertilizados) congelados. Ver *Davis v. Davis*, 1989 Tenn. App. LEXIS 641 (No. E-14496 Sept. 21, 1989) (concedendo à Sra. *Davis* “custódia temporária” dos pré-embriões para propósito de implante).

63. Ver *L. Tribe*, supra nota 40, pág. 243. Certamente, tratar a natureza como um destino social também pode pôr em desvantagem os homens – como mostrado em *Michael H. v. Gerald D.*, 109 S. Ct. 2333 (1989), quando uma maioria relativa [plurality] da Corte, encabeçada pelo Justice *Scalia*, rejeitou a reclamação de um californiano de que ele teria um interesse de “liberdade” protegida constitucionalmente de proteger sua relação parental com uma filha que teve com uma mulher que era casada com outro homem. [O caso] *Michael H.* novamente reflete a visão de que a Constituição está satisfeita contanto que a lei apenas “espelhe” e portanto reforce o que for “natural” – tal como a fidelidade marital e a continuação da gravidez da mulher. Realmente, a maioria relativa [plurality] oferece a observação reveladora de que “a lei da Califórnia, como a própria natureza, não prevê a dupla paternidade.” *Id.* pág. 2339. Para um argumento de que a proteção igual [equal protection] pode ser mais adequada do que o devido processo para a tarefa de contestar práticas tradicionais, ver *Sunstein*, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, 55 U. CHI. L. REV. 1161, 1170-79 (1988).

para negar o papel estatal nas e a responsabilidade por criar e reforçar relações de poder.<sup>64</sup> A vontade da Corte de manter leis cuja aparente injustiça pensa-se simplesmente refletir a própria crueldade do mundo – com a mulher, com o pobre, ou ambos – parece mais vívida nos casos de financiamento de aborto, que mantêm vetos a abortos com financiamento federal para aquelas que não tenham outros meios de pagá-los.<sup>65</sup> Se pudermos definir os problemas sociais dentro da ordem “natural”, então podemos quietamente culpar um deus ou, como o fez o darwinismo social, a biologia. Mas talvez “[a] culpa, caro *BRUTUS*, não est[e]ja em nossas estrelas, [m]as em nós mesmos.”<sup>66</sup>

Em *Webster*, a Suprema Corte foi mais além do que nos casos sobre financiamento do aborto: em *Webster* foi afirmado um veto até mesmo em abortos com financiamento privado em um estabelecimento público, sob uma lei que definia o conceito de “estabelecimento público” de modo amplo o suficiente para incluir essencialmente o único hospital numa grande área do estado do Missouri – um hospital que era propriedade privada mas situado num espaço locado do governo.<sup>67</sup> Isso era previsível não apenas pela alteração da composição da Corte para a direita desde o caso *Roe v. Wade*, mas também porque, tendo ganho direito de aborto em nome da privacidade pessoal com base numa visão manifestamente newtoniana de esferas separadas da vida privada e poder público, as mulheres têm sido mal situadas desde então tanto para exigir financiamento público para o exercício de tais direitos de “privacidade” ou para resistir ações governamentais

64. Em *Constitutional Choices*, proponho outro exemplo da manipulação do “natural” ao discutir os evanescentes direitos procedimentais dos destituídos “quando os credores são chamados pela lei a tomar e vender, sem qualquer sussurro de envolvimento oficial, os itens pelos quais tais credores afirmam não terem sido pagos. Esta prática foi afirmada pela Corte [do caso] *Flagg Brothers, Inc. v. Brooks* como sendo imune ao escrutínio constitucional . . . essencialmente sob o fundamento de que isso é o que os credores ‘naturalmente’ tenderiam a fazer na selva econômica: autorizar credores o que fariam de qualquer modo, a Corte [do caso] *Flagg* arrazoou, reflete a realidade econômica de forma precisa o suficiente para liberar o estado de qualquer responsabilidade – e portanto tornar inaplicáveis as proteções fornecidas pela Décima-quarta Emenda.” *L. Tribe*, supra nota 40, pág. 242 (notas de rodapé omitidas).

65. Ver *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

66. *W. Shakespeare*, *Julius Caesar*, ato I, cena 2, ll. 140-41, pág. 110 (*A. Humphreys* ed. 1984).

67. Ver 109 S. Ct. pág. 3053. Apesar de eu ter dado a Conferência *Cardozo* vários meses antes da decisão [do caso] *Webster*, ao reescrever este parágrafo eu pouco tive que mudar além do tempo dos verbos. O papel desempenhado [pelo caso] *DeShaney* no voto da maioria relativa [plurality] [do caso] *Webster* também é notável. Ver, e.g., *id.* pág. 3050 (citando [o caso] *DeShaney* para a afirmação de que “as cláusulas de devido processo geralmente não atribuem direito afirmativo de ajuda governamental, mesmo quando tal ajuda possa ser necessária para assegurar ... interesses que o próprio governo não possa privar o indivíduo.” 109 S. Ct. pág. 1003). Eu menciono essas coisas menos por orgulho de um prognosticador do que uma modesta corroboração da moldura que estou apresentando.

que deliberadamente cimentam a “parede de separação” entre a esfera pública e a escolha supostamente privada de pôr termo à gestação.

A decisão *Roe v. Wade* ignorou o modo pelo qual as leis regulando as mulheres grávidas poder moldar todo o padrão de relacionamentos entre homens, mulheres e crianças. Ela conceitualiza o aborto não em termos da questão intensamente pública da subordinação da mulher ao homem através da exploração da gravidez, mas em termos da questão propositalmente privada de como as mulheres podem fazer decisões intimamente pessoais sobre seus corpos e suas vidas. Esta visão descreveu parte da verdade, mas apenas a que pode ser chamada de parte newtoniana.

O modo de pensar que, acredito, levou o Sr. Fried a traçar a distinção que fez, e que lhe dá um apelo considerável, toma o estado como um tipo de “coisa” que a Constituição tanto confina dentro de sua esfera pública e política, e exclui certas esferas privadas pré-política de propriedade pessoal ou liberdade individual. Levada a esse limite, essa concepção fiscalista do estado sugere que, seja utilizando cenouras ou empunhando varas, desde que o estado mantenha sua mão para si, qualquer mudança nos parâmetros sociais simplesmente constitui um cardápio diferente de resultados dentro dos quais os cidadãos privados permanecem livres para fazer suas próprias escolhas. Nesta visão, apenas a situação extrema na qual o estado literalmente agarra alguém e a arrasta até uma cela de prisão ou uma sala de cirurgia envolveria a Constituição. Dada a retórica típica daqueles que reificariam o estado, e tanto triste quanto irônico que seja precisamente esta coisificação que deixa a liberdade pessoal mais vulnerável. Pois é a falta de reconhecimento de que uma mudança na definição jurídica circundante possa constituir uma ação estatal que mais ameaça a esfera de escolha pessoal. E é uma perspectiva de “espaço curvo” sobre como o direito opera que leva a se forçar menos nas linhas visíveis da força jurídica e mais em como aquelas linhas são dobradas e direcionadas pela geometria do direito.

## B. TEORIA QUÂNTICA

1. *Alterando o Mundo Físico no Processo de Observá-lo.* – Um segundo avanço sobre a física newtoniana – teoria quântica – também oferece compreensões heurísticas para a análise jurídica. Um dos postulados mais familiares da teoria quântica é o Princípio da Incerteza de HEISENBERG, que explodiu a presunção de que, ao tomar cuidado suficiente e permanecer suficientemente desacoplado do sistema, poder-se-ia detectar, com qualquer grau desejado de precisão, o comportamento de todos os objetos no universo. De acordo com HEISENBERG, quanto mais precisamente se mede onde a partícula está, menos precisamente se é possível medir para onde ela está indo.<sup>68</sup> Este efeito fica cada

vez mais pronunciado quando se tenta medir coisas cada vez menores.

Para ver como funciona o Princípio da Incerteza de Heisenberg, imagine primeiro uma “partícula” hipotética bem grande – digamos, uma bola de basquete. Presuma que a bola está em repouso, e que você quer descobrir onde ela está em relação a algum ponto fixo – digamos, o chão diretamente abaixo da cesta. Uma abordagem óbvia seria apenas olhar para a bola – você poderá ver que ela está parada no aro exatamente a dez pés acima do ponto fixo. Onde entra o Princípio da Incerteza? A resposta é que o vermos a bola, no sentido de medir a sua posição, necessariamente muda onde ela está. Como pode ser isso? Certamente é impossível mover uma bola de basquete apenas a olhando.

O problema é que, para que a bola fique visível, pelo menos um pouco de luz deve brilhar sobre ela, e refletir de volta. É verdade que as partículas de luz individualmente pareçam efêmeras. Mas quando elas rebatem na bola elas a movem um pouco – apesar de o movimento normalmente ser muito pequeno para ser detectado a olho nu. Certamente, se as partículas de luz tivessem o momento linear [momentum] de bolinhas de gude em movimento, o movimento seria óbvio. E se você pudesse dizer onde a bola de basquete estivesse localizada apenas batendo nela com partículas de luz com o movimento linear [momentum] de bolas de basquete em movimento, o processo de encontrar a sua localização causaria inevitavelmente uma grande mudança na velocidade.

Esta é precisamente a situação no nível subatômico, o reino da teoria quântica. Porque as partículas de luz, que os físicos chamam de fótons, podem facilmente atuar sobre os pequenos elétrons, usar um raio de luz para descobrir a localização precisa de um elétron num instante de tempo perturbaria significativamente a sua velocidade.<sup>69</sup> Esta troca é o resultado do Princípio da Incerteza em ação. Por essa razão, o princípio é por vezes colocado em termos de uma relação entre o observador e o observado: quanto mais você tentar descobrir a posição de um objeto, menos você poderá saber sobre a sua velocidade, e vice versa. De qualquer forma, o ato de observar sempre afeta o que é observado.

O Princípio de Heisenberg pode ser aplicado com sucesso além do micro-nível da mecânica quântica. Ela se apoia geralmente em duas premissas: primeiro, que qualquer observação

---

cípio da incerteza sinalizou um fim para o sonho de Laplace de uma teoria da ciência, um modelo do universo que seria completamente determinístico: certamente não é possível prever os eventos futuros se não se pode nem mesmo medir o estado presente do universo com precisão!” Id. pág. 55.

69. Em termos mais técnicos, Heisenberg diz: “A posição do elétron será conhecida com a precisão dada pelo comprimento da onda do raio gama. O elétron pode ter estado praticamente em repouso antes da observação. Mas no ato de observar pelo menos um quantum de luz do raio gama passou pelo microscópio e foi defletido pelo elétron. Portanto, o elétron foi empurrado pelo quantum de luz, foi alterado em seu momento linear [momentum] e sua velocidade, e se pode mostrar que a incerteza dessa alteração é grande o suficiente para garantir a validade das relações de incerteza.” W. Heisenberg, *Physics and philosophy: the revolution in modern science* 47-48 (1958).

68. Para um breve mas iluminador relato do Princípio de Heisenberg, ver S. Hawking, citado acima na nota 19, pág. 54. Hawking diz: “O prin-

necessariamente exige intervenção no sistema sendo estudado; e segundo, que nunca podemos ter certeza que a intervenção não mudou ela mesma o sistema de alguma forma desconhecida. Considere este exemplo:<sup>70</sup> Você tem uma amiga muito doente no quarto ao lado num hospital. Você quer saber como ela está passando. (Isso corresponde à “caixa preta” da natureza – o conteúdo desconhecido que estamos tentando medir.) Você a chama, “Como você está?” (Isso corresponde ao “experimento” -- a questão que perguntamos da natureza – a inevitável intervenção no sistema.) Ela responde, “Bem.” Mas o esforço a mata. (A palavra “bem” corresponde ao “resultado” ou “observação” do “experimento.”) Claramente, o resultado é infelizmente enganador – o próprio processo de observação mudou o sistema sob estudo.

A compreensão filosófica mais profunda subjacente ao Princípio de HEISENBERG é, obviamente, que o observador nunca está realmente separado do sistema sendo estudado, mesmo que a presunção contrária possa ocasionalmente ser uma abstração útil. Em algumas disciplinas a importância desta compreensão é óbvia. Por exemplo, nenhuma cultura pode ser estudada em seu estado “primitivo” pois a própria presença de um antropólogo terá necessariamente um impacto no modo de vida das pessoas sendo estudadas.<sup>71</sup>

Aplicações do Princípio de Heisenberg nas ciências sociais não são limitadas a tais circunstâncias. Por exemplo, no auge do taylorismo [“scientific management”], um experimento foi conduzido na fábrica de Hawthorne da General Electric para ver se a melhoria da iluminação levaria a uma maior produtividade de trabalho. Os experimentadores concluíram que sim. Apenas para certificar os resultados, contudo, eles também reduziram as luzes por um tempo. Para sua surpresa, a produtividade aumentou novamente. Como um recente artigo afirmou: “praticamente qualquer coisa feita para os trabalhadores de Hawthorne aumentava a produtividade. Eles gostavam da atenção.”<sup>72</sup>

Apesar de a teoria quântica ter surgido para lidar com fenômenos bem pequenos, enquanto que a relatividade geral procura explicar fenômenos bem grandes, essas revelações chave parecer estar conectadas de modos importantes. Físicos contemporâneos como Stephen Hawking e Steven Weinberg estão tentando unificar a relatividade geral – o muito grande – e a teoria quântica – o muito pequeno – estudando buracos negros e explorando como o universo era nas infinitésimas frações de segundo que seguiram o “Big Bang” que marcou a sua criação. Eles buscam explicar as forças básicas do universo numa “Teoria do Campo Unificado.” Os físicos esperam ao final chegar ao que eles denominaram uma “Teoria de Tudo.”<sup>73</sup>

70. Por este exemplo sou devedor do Professor Robert Fisher, a ex-economista que agora é estudante de direito em Harvard. O Professor Fisher está relutante em aceitar o crédito pela originalidade do exemplo.

71. Ver de modo geral J. Clifford, *The predicament of culture* (1988); J. Clifford & G. Marcus, *Writing culture* (1986); G. Marcus & M. Fisher, *Anthropology as cultural critique* (1986).

72. *Management Brief: To MBA or Not To MBA*, *ECONOMIST*, July 8, 1989, pág. 66.

73. Hawking explica: “A busca por tal teoria é conhecida como “a uni-

Para os nossos propósitos mais modestos deveríamos notar uma ligação conceitual entre essas duas revoluções na física. Tanto a relatividade geral quanto a teoria quântica negam a possibilidade de isolamento. A física moderna é dinâmica em oposição à estática – no sentido de que reconhece a importância da interação entre plano de fundo e primeiro plano,<sup>74</sup> entre sujeito e objeto, entre observador e o fenômeno observado. Como notamos, é o reconhecimento de interação penetrante que agora é bastante comum em muitas disciplinas além da física.<sup>75</sup> É este reconhecimento que eu acho que veio afetar nossa compreensão comum do mundo jurídico – tão profundamente de modo a fazer algumas das coisas que a Corte diz em casos como *DeShaney*, e muito do que o Departamento de Justiça argumentou num caso como *Webster*, parecer bastante contra-intuitivo para muitos de nós, mesmo se tivermos dificuldade em dizer exatamente por que. Como eu disse, nossas concepções formais de direito constitucional ainda têm que se atualizar com nossas intuições. Como o fidalgo de Molière que vinha falando em prosa toda a sua vida sem o saber, nós nos tornamos físicos pelas nossas costas.

## 2. *Alterando o Mundo Jurídico no Processo de “Observá-lo”.*

– Se o direito for, de fato, melhor compreendido através de alguma tal moldura pós-newtoniana, então os tribunais não têm o luxo de decidir quem fez o que a quem, medir aquela conduta contra normas pré-existentes, conceder o remédio adequado, e então proceder como se o remédio concedido ou negado fosse tudo que afinal importasse. Ao invés, os tribunais devem levar em conta como o próprio processo de “observação” jurídica (i.e., julgar) molda tanto os juízes eles mesmos e as matérias sendo julgadas. Os resultados que os tribunais anunciam – como eles vêem o terreno jurídico e o que eles dizem sobre isso – terão por sua vez efeitos contínuos que remodelam a natureza do que os tribunais inicialmente tomaram em revista, além mesmo de qualquer coisa que ordenem diretamente alguém a fazer ou a deixar de fazer. O direito não é então apenas um pano de fundo contra o qual a ação possa ser vista – mesmo um “pano de fundo” que possa ser “curvado” pelos objetos atuantes eles mesmos – mas é em si mesmo uma parte integral da ação. Como CLIFFORD GEERTZ coloca: “O estado decreta uma imagem de ordem que – um modelo para seus observadores, em si e de si mesmo – ordena a sociedade.”<sup>76</sup>

ficção da física.” Einstein gastou a maior parte de seus últimos anos procurando sem sucesso por uma teoria unificada, mas o tempo ainda não estava maduro: havia teorias parciais para a gravidade e a força eletromagnética, mas muito pouco era conhecido sobre as forças nucleares. Além disso, Einstein recusava acreditar na realidade da física quântica, apesar do papel importante que ele havia desempenhado em seu desenvolvimento. Ainda assim parece que o princípio da incerteza é uma característica fundamental do universo em que vivemos.” S. Hawking, *supra* nota 19, pág. 155-56.

74. Há um belo capítulo (Cap. III) sobre *Figure and Ground* no livro vencedor do Prêmio Pulitzer de Douglas Hofstadter *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid* 64-81 (1979).

75. Antropologia e história são dois exemplos.

76. C. Geertz, *Local knowledge: further essays in interpretive anthro-*

O caso de *Wooley v. Maynard*<sup>77</sup> ilustra bem como o processo de observação altera a coisa observada. Em *Wooley*, duas Testemunhas de Jeová, George e Maxine Maynard, buscaram um remédio declaratório e injuntivo sob o 42 U.S.C. § 1983 contra a aplicação de uma lei estadual que proibia cobrir o mote do estado, “Viver Livre ou Morrer” [“Live Free or Die”], nas placas dos carros de New Hampshire.<sup>78</sup> Os Maynards questionaram ser forçados a exibir essa afirmação sob o fundamento de que era contrária às suas crenças religiosas e políticas.<sup>79</sup> O tribunal distrital havia afirmado que cobrir o mote era expressão constitucionalmente protegida.<sup>80</sup> A Suprema Corte não chegou à questão da fala simbólica, sobre a qual o tribunal distrital havia se apoiado, e focou contudo na “proposição de que o direito de liberdade de pensamento protegido pela Primeira Emenda contra ação estatal inclui tanto o direito de falar livremente como o direito de deixar de falar.”<sup>81</sup> A maioria afirmou que o estado não pode “constitucionalmente exigir que um indivíduo participe na disseminação de uma mensagem ideológica a exibindo em sua propriedade privada de um modo e para o expresso propósito de que seja visto e lido pelo público.”<sup>82</sup>

A Corte [do caso] *Wooley* implicitamente se considerou ocupando um ponto de referência arquimediano – um posto de observação afastado a partir do qual tudo poderia ser visto de modo seguro. De que outra forma se poderia entender a descrição feita pela Corte do pedido dos Maynards de placas sem o mote estadual como “pouco consistente com [sua] afirmada intenção de comunicar oposição afirmativa ao mote”?<sup>83</sup> A Corte presumiu que, se os Maynards estavam tentando dizer algo ao cobrir o mote, eles deveriam continuar mantendo-o coberto. Seu pedido para placas “expurgadas” foi portanto visto pela Corte como inconsistente com a sua defesa de expressão simbólica.

Para que essa análise faça sentido, a Corte teria que ignorar a sua própria existência e o impacto de suas próprias afirmações sobre a situação diante de si. Pois não poderiam os Maynards mudar o que eles queriam expressar se passassem de um mundo no qual eram coagidos a divulgar um mote estadual (a situação pré-julgamento) para um mundo no qual não lhes é mais exigido fazê-lo (a situação pós-julgamento que eles pediram)? Qualquer demonstração subsequente pelos Maynards de placas de carro sem o mote estadual certamente seria expressão simbólica – especialmente se se focar no fato de que os Maynards teriam um dos poucos automóveis de New Hampshire (fora as poucas exceções legais) a não mostrar o mote estadual. De fato, a própria existência da controvérsia pode ter tornado os Maynards figuras públicas em New Hampshire. Em tal cenário, eles exibirem placas de carro sem o mote estadual pode muito bem ser entendida por muitos como uma expressão

simbólica. Realmente, por que ir para a cadeia, como o Sr. Maynard fez, por um símbolo se não como um símbolo?

Em casos como este – talvez em todos os casos – o sentido social pode ser entendido apenas a partir de uma perspectiva pós-newtoniana. A Corte, os Maynards e o resto da sociedade estão engrenados numa complexa grade de sentidos, ligando mensagem a contexto, contexto a ações judiciais e estatais em geral, e ações estatais de volta à mensagem. O direito, conforme ele se desenvolve, altera constantemente a medida e a trama do espaço epistemológico relevante. A Corte não pode apagar sua própria existência de sua análise e ainda assim chegar a resultados sensatos.

Uma perspectiva pós-newtoniana obviamente não pode impor as conclusões a que um tribunal deve chegar, mas pode sugerir as questões que deveria perguntar. Nem a visão pós-newtoniana precisa enviesar essas questões em direção a resultados “liberais”. Por exemplo, um pós-newtoniano pode bem notar, como o fez o Justice Rehnquist em sua divergência em *Wooley*, que a própria existência da lei questionada de New Hampshire em certo sentido protegia direitos de liberdade de expressão. Pois era bem sabido que as pessoas não tinham escolha sobre se o mote estadual iria aparecer na placa do carro.<sup>84</sup> Portanto, ter o mote estadual na placa de alguém de modo algum implica qualquer sentimento ou crença em particular de parte do proprietário do carro.<sup>85</sup> Porque, então, a Corte viu algum problema de primeira emenda? A maioria não ofereceu uma explicação de verdade.

Ironicamente, ao pedir que o estado desse às pessoas a opção de ter ou não ter o seu mote exibido em suas placas, a Corte [do caso] *Wooley* forçou as pessoas a uma expressão simbólica. Uma vez dada a escolha como questão de direito, tornar-se-ia conhecido que haveria efetivamente tal opção. Portanto, se alguém exhibe ou não o mote num mundo pós-*Wooley* será visto como uma afirmação pessoal. Todos os proprietários de carros *devem* então se expressar de um modo ou de outro. Esta expressão simbólica forçada pode ser problemática em si mesma, dado que a afirmação da Corte de que a primeira emenda “inclui tanto o direito de falar livremente quanto o direito de deixar de falar.”<sup>86</sup> Uma análise constitucional adequada não pode ignorar o impacto da ação da própria Corte no significado social.

Compreensões similares fornecidas por um paradigma pós-newtoniano se tornam ainda mais pungentes na análise constitucional de leis exigindo que crianças na escola saúdem a bandeira e jurem lealdade.<sup>87</sup> Quando é sabido por todos que tal saudação e juramento são exigidos, é improvável que a efetiva realização por qualquer indivíduo seja percebida por outros como uma expressão intencional por aquela pessoa de transmitir algo sobre os pontos de vista do indivíduo. Por outro lado, uma vez que alguém introduza – seja por lei ou decisão da Suprema Corte – tais opções como deixar a sala, ou permanecer em silêncio e imóvel, uma expressão dos pontos de vista é

pology 30 (1983).

77. 430 U.S. 705 (1977).

78. Ver id. pág. 707.

79. Ver id. pág. 707-09.

80. Ver id. pág. 713.

81. Id. pág. 714.

82. Id. pág. 713.

83. Id. pág. 713 n.10.

84. See id. pág. 721 (Rehnquist, J., divergência).

85. Ver id. pág. 722.

86. 430 U.S. pág. 714.

87. Ver *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

forçada em certo sentido. Apenas fazer o juramento obrigatório em um extremo – ou eliminá-lo de uma vez, no outro extremo – podem remover esse efeito. Daí não se segue que a solução da Corte de “optar pela saída” [“opt-out” solution] tenha sido inapropriada – quer no caso do juramento à bandeira, ou em *Wooley*. Mas daí segue que, na avaliação de qualquer decisão judicial, um pós-newtoniano se sentiria constrangido a ao menos considerar como a ação do próprio judiciário alteraria necessariamente a realidade social sob julgamento, ao mudar os sentidos das várias ações e omissões em questão.

Então também, quando a Corte observa e descreve o fenômeno jurídico em questão em casos como *DeShaney* e *Webster*, sentimos, dentre outras coisas, que ela não está simplesmente adotando medidas e fazendo registros de algo que já está “lá fora.” Ao invés, ela está dobrando e mudando o panorama jurídico e social de modo que, depois que tais casos são decididos, as pessoas serão guiadas por presunções e premissas e padrões que diferem daqueles que modelaram seu comportamento antes que tais casos fossem decididos.

Assim é o retrato do tribunal como um observador sobretudo passivo, e de um estado como um sujeito exercendo força de uma distância segura sobre o mundo natural encarado como um objeto externo e pré-político, que, para a maioria de nós, é falso para o nosso senso de realidade. E se é esse retrato que eu acho que pode ser utilmente dissolvido, e então proveitosamente reforçado, a partir da perspectiva da física do século vinte.

### III. MUDANDO OS PARADIGMAS LEGAIS

Advogados e juízes incorporaram compreensões pós-newtonianas em algumas áreas do direito, mas essas compreensões ainda mantêm um pé na cultura de argumentos e análise jurídicos aceitados. Como procuro mostrar no que segue, talvez a mais antiga quebra dramática com a visão newtoniana de um segundo plano pré-político e pré-jurídico tenha vindo com a superação de *Lochner v. New York*<sup>88</sup> no início do século vinte. Mais tarde, em *Shelley v. Kraemer*<sup>89</sup> e numa série de casos de primeira emenda começando com *New York Times v. Sullivan*,<sup>90</sup> a Suprema Corte estendeu o que pode ser entendido como concepções pós-newtonianas para outras áreas do direito. No entanto, como as decisões da Corte em *Pasadena City Board of Education v. Spangler*<sup>91</sup> e *Milliken v. Bradley*<sup>92</sup> sugerem, o paradigma pré-moderno ainda reina em boa parte da análise jurídica (notavelmente também em alguns estudos da análise econômica do direito [law and economics]<sup>93</sup>) e parece

ter passado por um renascimento sob as Cortes [presididas por] BURGER e REHNQUIST.

### A. A SUPERACÃO ATRASADA DE *LOCHNER V. NEW YORK*

Durante o início do século vinte, os advogados começaram a questionar se o plano de fundo das relações sociais e econômicas que a legislação buscava alterar não deveria ser ela mesma parte daquilo que a lei havia criado. Muitos observadores não foram convencidos pelos argumentos das decisões judiciais entre os anos 1890 e 1930 que tratavam “propriedade” e “contrato” como categorias de alguma forma preexistentes ao engenho da lei. Foi a rejeição formal de tal

---

sem considerar como eles poder alterar fundamentalmente um ao outro no processo de interação. A presunção da economia neoclássica de que as pessoas são otimizadores racionais também é semelhante ao postulado newtoniano de que os objetos no mundo físico interagem de acordo com leis simples e observáveis. Esse paralelo não é acidental. O economista Phil Mirowski desenterrou uma ligação entre a economia neoclássica e a física pré-moderna. Ele argumenta: “na análise final, por mais tímidos e ambivalentes que os neoclássicos possam parecer sobre sua metáfora física, ela não pode ser repudiada ou abandonada, pois não há nada mais que possa unir o programa de pesquisa neoclássico. Na ausência da metáfora da utilidade como potencial de energia do século dezenove, não há nenhuma teoria do valor alternativa, nenhum guia heurístico para a pesquisa, nenhum princípio sobre o qual basear o formalismo matemático.” P. Mirowski, *More Heat Than Light* 287 (1989) (manuscrito inédito) (arquivado na biblioteca da Harvard Law School) (destaques omitidos). Mirowski segue argumentando que a economia neoclássica tomou emprestado não apenas sua metáfora da física do século dezenove, mas também a sua legitimidade, ver id. pág. 280 – um empréstimo perigoso, certamente, na medida em que novos meios de se ver o mundo podem subverter a alegação de que a economia finalmente se tornou científica. Ver id.

Uma vez cientes das presunções analíticas subjacentes que podem ter sido incorporadas em ao menos algumas versões do método da análise econômica do direito [law and economics], podemos considerar metáforas alternativas da física moderna que podem nos levar a fazer questões jurídicas mais frutíferas. Tal como argumentei em meu artigo, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency*, citado acima na nota 2, a escola da análise econômica do direito [law and economics] frequentemente procede como se ignorante de que as escolhas constitucionais afetam, e portanto exigem consideração sobre, o modo pelo qual um política deseja se constituir: “Um tribunal não escolhe apenas como atingir fins pré-existentes, mas também afeta o que esses fins serão e quem nos tornaremos.” Id. pág. 595 (destaques no original).

Em contraste, alguns dos melhores estudos da análise econômica do direito [law and economics], talvez influenciados por conceitos pós-newtonianos, invocam a noção de espaço dobrado da relatividade geral assim como a visão heisenbergiana de causalidade conjunta joint e não-determinismo. Se pré- ou pós-newtoniana, metáforas e conceitos físicos se infiltraram no desenvolvimento da análise econômica do direito [law and economics] mas, até agora, pouco fizeram para desalojar a noção persistente (reminiscente da economia neoclássica) de que as preferências dos atores econômicos são dadas, e não moldadas pelos mercados dentro dos quais as escolhas desses atores são feitas. Ver Tribe, *Policy Science: Analysis or Ideology?*, supra nota 2; Tribe, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency*, supra nota 2.

88. 198 U.S. 45 (1905).

89. 334 U.S. 1 (1948). Ver L. Tribe, supra nota 40, cap. 16.

90. 376 U.S. 254 (1964).

91. 427 U.S. 424 (1976).

92. 433 U.S. 267 (1977).

93. Compreensões e imagens vindos da física podem já ter desempenhado um papel significativo no modelamento dos estudos da análise econômica do direito [law and economics]. A economia neoclássica, sobre a qual muito da análise econômica do direito [law and economics] é extraída, presume, como a física newtoniana, um plano de fundo fixo: a estrutura dos mercados e a motivação dos consumidores. Ela então tenta prever o comportamento dos mercados e consumidores

tratamento que finalmente pôs fim à agora infame era Lochner em 1937. A Suprema Corte acomodou a sua doutrina à crescente crença de que a “preocupante onipresença” do direito comum [common law] não era um fato da natureza, mas um artefato de política e governo e regras feitas pelos juízes [judge-made rules]. Em essência, a Corte pós-Lochner reconheceu que os interesses de propriedade disponíveis para as pessoas usarem como moeda de troca em negociação contratual sempre havia sido em grande parte reflexos de escolhas sociais anteriores, expressas através do direito, sobre a aquisição e alocação do controle sobre recursos humanos e materiais, e que uma lei proibindo certas negociações entre empregador e empregado como injustamente exploradora não era portanto mais uma afronta à “ordem natural das coisas” do que eram os entendimentos jurídicos que haviam tornado tais acordos unilaterais possíveis em primeiro lugar.<sup>94</sup> Não é coincidência que *Erie R. R. Co. v. Tompkins*,<sup>95</sup> que em 1938 encerrou a era *Swift v. Tyson*<sup>96</sup> na qual os tribunais federais se sentiam livre para seguir suas próprias visões sobre o direito comum [common law], ter sido decidida em menos de um ano da decisão divisora de águas em *West Coast Hotel v. Parrish*,<sup>97</sup> que manteve leis restringindo a “liberdade contratual” entre empregadores e empregados.

Em muitas outras áreas do direito, a Suprema Corte chegou a reconhecer similarmente que o estado não pode ser entendido como uma espécie de coisa robótica que se pode observar andando ao redor, uma máquina cujos braços – e é instrutivo que ainda falamos em “braços do estado” – algumas vezes alcança e agarra um Joshua DeShaney, algumas vezes alcança e realiza cirurgia numa mulher relutante, algumas vezes interfere em trocas livres entre empresas e consumidores.

### B. A EMERGÊNCIA TENTADA DE UM PARADIGMA PÓS-NEWTONIANO

Se formos conduzir um discurso constitucional pelo diálogo mais próximo das sensibilidades contemporâneas – abandonando o prisma da física newtoniana e suas analogias jurídicas – então precisamos falar consistentemente do estado não como uma coisa mas como um conjunto de regras, princípios, e concepções que interagem com um plano de fundo que é em parte um produto das ações políticas anteriores. E devemos falar dos eventos e pessoas envolvidos sem fazer de conta que são pré-políticos; eles também são moldados em parte pelas interações políticas e jurídicas.

A Suprema Corte reconheceu tal em *Shelley v. Kraemer*,<sup>98</sup>

quando afirmou que o direito comum [common law] de Missouri violava a décima-quarta emenda na medida em que o direito comum [common law] daquele estado permitia que contratos racialmente restritivos, mas não outras restrições na alienação de imóveis, fossem judicialmente exigíveis. Apesar da ausência de qualquer decisão racista por qualquer ator estatal em particular, o que foi crucial em *Shelley* foi a geometria do direito comum estadual [state’s common law]: ela traçou um limite entre aquelas restrições em vendas de imóveis que os tribunais poderiam executar e aquelas que eles não deveriam executar, e conscientemente pôs os contratos racialmente restritivos no lado exequível daquela linha.

Um entendimento similar da “geometria” do direito estava em funcionamento em *New York Times v. Sullivan*,<sup>99</sup> em *NACP v. Claiborne Hardware Co.*,<sup>100</sup> e em *Hustler Magazine v. Falwell*.<sup>101</sup> Em cada uma dessas decisões, a Suprema Corte decidiu que os princípios da primeira emenda foram violados não pelo ato de censura de algum funcionário estadual mas pelo estado geral do corpo das regras judiciais [judge-made rules] para conceder indenizações a pessoas alegadamente lesadas por falas ou publicações. O fato de que o “efeito paralisante” sobre a fala envolvida nesses casos ter sido causada não por algum ato discricionário de um funcionário do governo, mas pelo tecido de regras jurídicas desenvolvido numa dada jurisdição ao longo do tempo, não preveniu a Suprema Corte de perceber que esse tecido de regras pode violar a primeira emenda.

De fato, todo o desenvolvimento da Suprema Corte da teoria do “efeito paralisante” ao longo das últimas décadas<sup>102</sup> reflete ele mesmo um reconhecimento judicial de que o comportamento privado generalizado, na forma de auto-censura, pode ser traçado diretamente não apenas às ações particulares de aplicação por funcionários estaduais específicos mas à própria existência de um conjunto de regras ou limites que o estado está pronto para aplicar ou traçar. Uma concepção primitiva do estado como um mecanismo que opera apenas através do emprego direto de vetores de força em casos particulares não poderia explicar essa teoria. Um recuo da preocupação outrora vigorosa da Suprema Corte com essa “paralisação” da fala protegida pode muito bem refletir um retrocesso a um paradigma mais primitivo.

A mudança de paradigma em direção a um modo de pensar que enfatiza tanto a geometria do panorama jurídico quanto a interação entre o observador jurídico e o fenômeno observado então tem raízes profundas nas práticas e modos existentes de pensar o direito. Isso também explica muitas das mais fortes e salutares compreensões da análise jurídica contemporânea. Não precisamos retornar ao paradigma mais primitivo e simplista no qual o universo é visto como um espaço vazio e apolítico através de cujas vastas extensões os atores jurídicos lançam seus relâmpagos de poder em objetos distantes e distintos.

94. Ver L. Tribe, *American Constitutional Law* cap. 8 (2d ed. 1988) (descrevendo a ascensão e queda do lochnerismo); ver também Sunstein, *Lochner’s Legacy*, 87 *COLUM. L. REV.* 873 (1987) (sugerindo que Lochner representa uma exigência constitucional de neutralidade em direção a pretensões pré-existentes, uma visão que persiste no direito até a atualidade).

95. 304 U.S. 64 (1938).

96. 41 U.S. (16 Pet.) I (1842).

97. 300 U.S. 379 (1937).

98. 334 U.S. I (1948).

99. 376 U.S. 254 (1964).

100. 458 U.S. 886 (1982).

101. 485 U.S. 46 (1988).

102. Ver L. Tribe, *supra* nota 91, pág. 861-86.

### C. RETROCESSO JUDICIAL<sup>103</sup>

Não estamos condenados a agir assim – mas às vezes o fazemos. Considere o caso de 1976 de Pasadena City Board of Education v. Spangler.<sup>104</sup> Este caso parece dizer respeito a duas relações lineares relativamente simples: até onde um tribunal distrital federal pode controlar uma administração escolar, e até onde uma administração escolar pode controlar os movimentos das famílias que vivem no distrito escolar.

Em Spangler, o tribunal distrital se deparou com uma história de segregação oficial e ordenou que, como parte do remédio, não houvesse “nenhuma escola no Distrito ... com uma maioria de estudantes de alguma minoria.”<sup>105</sup> A Suprema Corte afirmou que o tribunal distrital não poderia “exigir a realocação anual de estudantes para acomodar as mudanças dos padrões demográficos de residência em Pasadena ano a ano.”<sup>106</sup> A fundamentação da Corte não contém alusão de que a Suprema Corte ela mesma pode ter desempenhado algum papel ao encorajar ou sancionar tal segregação.<sup>107</sup> Ao invés de influenciar os eventos ela mesma, a Suprema Corte parece apenas reconhecer a fraqueza inerente a ambas as relações lineares: numa sociedade livre, as administrações escolares não podem ordenar os pais a não se mudarem, não importa o quanto possamos desgostar da fuga dos brancos.<sup>108</sup> E, sob a luz desse elo fraco, os tribunais distritais não deveria poder ordenar que as administrações escolares façam o que está além de seu poder.

Esta perspectiva de Spangler ignora o fato de que o panorama jurídico que cria a percepção de que a fuga de brancos é inerentemente privada e além do escopo do direito foi ele mesmo explicitamente moldado por decisões da Suprema Corte. Nos termos de nossa experiência hipotética da teoria quântica, essa perspectiva ignora o rompimento causado ao se utilizar uma bola de basquete para ver uma bola de basquete. A perspectiva “inerentemente privada” de Spangler está baseada em diversas presunções – cada uma delas resultados de decisões específicas da Suprema Corte.

103. Esta seção é fortemente influenciada pelo excelente comentário de Gene Sperling Judicial Right Declaration and Entrenched Discrimination, 94 YALE L.J. 1741 (1985).

104. 427 U.S. 424 (1976).

105. Id. pág. 428.

106. Id. pág. 433.

107. O mais próximo que a Corte chegou a reconhecer ao menos a possibilidade de que a Corte desempenha um papel nesta ressegregação está nesta afirmação: “A Corte Distrital rejeitou a afirmação do petionário de que o movimento foi causado pela chamada ‘fuga branca’ rastreadável à própria decisão.” Id. pág. 435. Em sua divergência, o Justice Marshall fez o máximo que pode da indicação da Corte “de que iria ver este caso diferentemente se as mudanças demográficas fossem elas mesmas um produto da ordem de dessegregação.” Id. pág. 444 n.2 (Marshall, J., divergência).

108. A Corte afirma: “em Swann a Corte advertiu que ‘deve ser reconhecido que há limites’ além dos quais um tribunal não pode ir na tentativa de dismantelar um sistema escolar dual.” 427 U.S. pág. 434 (citando Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ., 402 U.S. 1, 28 (1971)).

A primeira presunção é de que os pais têm o direito de não enviar seus filhos a escolas públicas. Muito da ressegregação é causada não pela mudança de residência dos pais, mas por pais que tirar seus filhos dos sistemas de escolas públicas que estão tentando integrar e colocando esses filhos em escolas privadas. A expectativa de que os pais possam “obviamente” fazê-lo se assim quiserem não é inerente, mas é o resultado específico da decisão de 1925 da Suprema Corte em Pierce v. Society of Sisters,<sup>109</sup> onde a Corte decidiu – baseada em nenhuma cláusula constitucional explícita (apesar de eu achar que corretamente) – que nenhum estado tem “qualquer poder geral ... de padronizar suas crianças forçando-as a aceitar instrução apenas de professores de escolas públicas.”<sup>110</sup>

A segunda presunção é de que as administrações escolares e distritos escolares são partes responsáveis por assegurar que os sistemas escolares dessegreguem. Esse foco na administração escolar cria a percepção de que a fuga dos brancos é um problema insolúvel. No entanto, apesar de as decisões da Suprema Corte de 1955 e 1971 terem criado a expectativa de que as administrações escolares devem ser os agentes principais para as soluções,<sup>111</sup> a décima-quarta emenda fala ao estado como uma entidade única. Na teoria, a fuga interestadual poderia ocorrer mesmo com a perspectiva do –estado-como-um-todo, mas a percepção da inutilidade de que cerca os esforços judiciais para lidar com a fuga dos brancos foi em grande parte criada pelo foco da própria Suprema Corte nas administrações escolares em oposição aos estados.

A Terceira presunção é a participação das administrações escolares suburbanas não pode ser exigida em soluções de integração a menos que um impacto segregacional interdistrital bastante específico possa ser demonstrado. O resultado é um “direito inerente” de manter o seu filho em salas de brancos e abastados se mudando para um distrito escolar suburbano. Mas esse “direito” remonta à decisão de 1974 em Milliken v. Bradley<sup>112</sup>, cuja compartimentalização dos estados em distritos escolares, muito embora um desenvolvimento da segunda presunção, não é inerente à geometria natural do mundo. Como o Justice White disse em sua divergência em Milliken, “[A] Corte traça o limite da solução na fronteira do distrito escolar de Detroit, apesar ... de o Estado negar igualdade perante a lei [equal protection of the laws] quando seus departamentos públicos, agindo em seu nome, discriminam individualmente. A falha do Estado é ‘a condição que ofende a Constituição.’”<sup>113</sup>

Então, enquanto que Spangler, tal como DeShaney, parece ser um caso em que a Suprema Corte está simplesmente reconhecendo os limites do poder judicial em afetar o comportamento privado, na verdade o caso ilustra os modos profundos pelos quais o poder judiciário tem ajudado a moldar o panorama jurídico e social de modo que um pai branco que

109. 268 U.S. 510 (1925).

110. Id. pág. 535.

111. Ver Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ., 402 U.S. 1, 16 (1971); Brown v. Board of Educ., 349 U.S. 294, 299 (1955).

112. 418 U.S. 717 (1974).

113. Id. pág. 771-72 (White, J., divergência) (destaque acrescido).

queira resistir à dessegregação não sente uma força gravitacional para aceitar a integração racial como inevitável, mas ao invés uma força para seguir seus piores instintos e fugir. Pois o judiciário moldou o panorama jurídico de modo que há enormes obstáculos para os pais que querem escolas dessegregadas, e nenhum obstáculo comparável para aqueles que não querem. Ironicamente, conforme os pais seguem a força gravitacional criada em grande parte por como esses casos da Suprema Corte enviesaram o palco, este mesmo movimento é usado como prova dos limites do direito para afetar o comportamento privado em questões de importância social.

Mesmo no caso extremo de inefetividade da decisão, o que um tribunal diz e faz podem moldar o diálogo político de modos profundos. A posição do Justice Powell sobre transporte escolar – dizendo que o direito tem limites rigorosos em contextos sociais sensíveis<sup>114</sup> – e a Holmes Lecture de 1989 do Justice Scalia em Harvard<sup>115</sup> – argumentando que chegar a uma regra legal clara e uniformemente aplicada é normalmente mais importante do que “acertar” – ambas se apoiam implicitamente na visão de que o único efeito real do direito é a força linear e direta que ele exerce em casos isolados. Ainda assim as diferenças entre o período de 1954 a 1973 e o período pós-Milliken mostram que o direito tem um efeito muito mais rico, intrusivo e poderoso em nossas vidas.

Em 1964, menos de dois por cento das escolas sulistas eram dessegregadas.<sup>116</sup> A força direta do direito havia falhado quase totalmente. Ainda assim a mera declaração de direitos em *Brown v. Board of Education* afetou profundamente o diálogo político na América.<sup>117</sup> Uma razão foi que essa declaração de direitos tinha em si mesma alterado dramaticamente a perspectiva do país sobre qual grupo tinha a lei e a ordem a seu lado.<sup>118</sup> Durante os boicotes dos ônibus em Montgomery a

durante do movimento de direitos civis, Brown pôs a força a moral jurídica com os protestantes.<sup>119</sup> E, porque a maioria dos americanos acredita no direito e respeito aos direitos individuais, a então inviolável percepção de uma lacuna entre direito e prestação judicial [right-remedy gap] alimentou o diálogo político -- com Martin Luther King usando Brown para ajudar a impulsionar a aprovação de importantes lei de direitos civis.<sup>120</sup>

No caso do transporte escolar interdistrital de Detroit, *Milliken v. Bradley*, a Corte enfrentou uma nova geração de questões de remédios complexos.<sup>121</sup> Desta vez, no entanto, a Corte procurou fechar qualquer possibilidade de uma lacuna entre direito e prestação judicial [right-remedy gap] ao simplesmente restringir a definição da violação até que ela se encaixe na bem limitada solução intradistrital que a Corte estava disposta a determinar.<sup>122</sup> Mesmo se isso não tivesse nenhum impacto nas prestações judiciais, uma afirmação judicial de que uma guetização da área pobre da cidade [inner city ghettoization] era constitucionalmente fraca pode ter evitado legitimizar essa paródia nacional.<sup>123</sup> Tivesse a Corte exercido a única coisa que ela claramente controla – seus poderes de declarar direitos – para reconhecer que o papel do direito e da ação estatal de criar uma guetização, a Corte poderia ao menos ter criado uma tensão política e social positiva, o tipo de tensão que faz as crianças crescerem pensando que alguma coisa está errada, ao invés de inevitável, sobre a guetização. Os líderes negros poderiam ter se apoiado em tal tensão positiva em 1984, uma década depois de *Milliken*, para enfatizar, como MARTIN LUTHER KING fez em 1964, quanto havia sido prometido e

114. Ver, e.g., *Keyes v. School Dist. No. 1, Denver, Colo.*, 413 U.S. 189, 249-50 (1973) (Powell, J., concordando em parte e divergindo em parte).

115. Palestra do Justice Antonin Scalia, Oliver Wendell Holmes Annual Lecture (Feb. 14, 1989) (arquivada na biblioteca da Harvard Law School).

116. Ver R. Kluger, *Simple justice* 758 (1977).

117. *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954). Como Gene Sperling observou: “A declaração em *Brown I*, que a segregação escolar promovida pelo estado é inconstitucional, criou instantaneamente uma larga discrepância entre ideais constitucionais e realidade para as crianças de escolas para negros. Nos anos entre *Brown* e *Swann v. Charlotte-Mecklenberg*, esta lacuna perturbadora levou defensores dos direitos civis a pressionar continuamente por remédios judiciais que concretizariam realmente os direitos articulados em *Brown I*.” Nota, supra nota 100, pág. 1743 (nota de rodapé omitida). O argumento central em *Brown* está de acordo com o tema deste artigo. Como eu pus em *American Constitutional Law*: “A razão mais óbvia para a decisão em *Brown I* é também a mais persuasiva. A separação racial pela força da lei transmite um forte estigma social e perpetua tanto os estereótipos de inferioridade racial e as circunstâncias nas quais tais estereótipos se alimentam. O seu significado social é de que a raça minoritária é inferior.” L. TRIBE, supra nota 91, § 16-15, pág. 1477.

118. Gene Sperling o pôs bem: “Enquanto que *Plessy v. Ferguson* havia congelado as alegações anti-castas dos negros, *Brown* abanou um fogo já deflagrado ao se colocar o peso jurídico e moral da Constituição atrás da liderança negra que procurou desmantelar o sistema de castas

sulista.” Nota, supra nota 100, pág. 1745 (notas de rodapé omitidas).

119. Ver id. pág. 1744-45.

120. Ver id. pág. 1745-46.

121. Como Sperling descreve a situação: “No julgamento em *Milliken v. Bradley*, o juiz Roth foi forçado a enfrentar as limitações de focar apenas em administrações escolares em particular ao definir tanto a violação como o remédio. Roth percebeu que onde uma rede de políticas públicas criou uma condição de contenção racial das áreas pobres da cidade [inner-city], qualquer remédio dentro da área de contenção iria perpetuar ao invés de eliminar a violação discriminatória. Tomando o estado de Michigan responsável ao final, Roth contemplou o transporte de ônibus escolar um remédio para alcançar cinquenta e quatro distritos de escolas de brancos cercando a área pobre [inner-city area] de Detroit.” Id. pág. 1750 (notas de rodapé omitidas) (destaques no original).

122. Como Sperling explica: “com nenhuma decisão de reparação perante si, a Corte poderia ter falado em termos puramente do direito envolvido. Ao invés, a Corte cuidadosamente definiu uma violação intra-distrital, direcionada à administração escolar local, que permitiu combinando remédios intra-distritais às custas da investigação de causas mais profundas e curas para a contenção racial nas áreas pobres [inner cities].” Id. at 1751 (footnotes omitted).

123. “Quando os tribunais vêem um fragmento do estado (e.g., um distrito escolar local) como a parte responsável pela reparação da segregação, a fuga de um isolamento racial daquele distrito nega as possibilidades de soluções significativas enquanto permite a negativa judicial da continuação da lesão constitucional. Quando os tribunais vêem o estado como um todo como responsável, a fuga dos brancos e a contenção racial, por mais problemáticos como obstáculos centrais, não iriam obscurecer o reconhecimento judicial e a percepção social da tensão constitucional.” Id. pág. 1754 (notas de rodapé omitidas).

quão pouco foi cumprido. Invariavelmente, o reconhecimento de tais tensões tem seus custos assim como seus benefícios: muitas lacunas entre direito e prestação judicial [right-remedy gaps] podem zombar do direito e gerar desilusão e cinismo ao invés de inspirar esforço político. No mínimo, parece crucial focar em como as observações de um tribunal sobre responsabilidade jurídica podem alterar a realidade a que o tribunal está se referindo -- tanto negativamente e positivamente.

Frederick Douglass estava muito além de seu tempo quando ele reconheceu um valor positivo de uma tensão entre direito e prestação judicial [right-remedy] em seu discurso denunciando a invalidação pela Suprema Corte em 1883 do Civil Rights Act de 1875.<sup>124</sup> Douglass admitiu que a lei provavelmente não poderia ter sido executada na América dos anos 1880, mas ele relembrou os ouvintes que o Civil Rights Act, “como toda legislação avançada, era uma bandeira no muro externo da liberdade americana, um padrão moral nobre. ... Há línguas,” ele disse,

nas árvores, livros, nos riachos corredios, -- sermões em pedras. Esta lei, apesar de morta, falou. ... Ela disse ao povo americano que eles eram iguais perante a lei. ... A Suprema Corte arriou esta bandeira da Liberdade à luz do dia. ... É uma concessão ao orgulho racial, egoísmo e mesquinhez. ...<sup>125</sup>

Assim FREDERICK DOUGLASS, um ex-escravo, reconheceu meio século antes de Heisenberg que o ato da observação muda a realidade observada – no direito não menos do que na natureza.

O Justice Jackson fez uma observação semelhante em sua apaixonada divergência na decisão da Suprema Corte em *Korematsu v. United States*, que manteve a condenação de um cidadão americano de descendência japonesa por violar uma das infames ordens de “exclusão militar” aplicáveis a milhares de cidadãos em situação similar com ascendência japonesa na costa oeste.<sup>126</sup> Citando o Justice Cardozo em *The Nature of the Judicial Process* no sentido de que um princípio, uma vez pronunciado judicialmente, tende a “se expandir até o limite de sua lógica,”<sup>127</sup> o Justice JACKSON argumentou que, quando um comandante militar ultrapassa os limites da Constituição,

É um acidente. Mas se nós revisarmos e aprovarmos, esse incidente passageiro de torna doutrina [constitucional]..., [onde] ele tem uma força geradora própria, e tudo que ele cria será à sua própria imagem. ... [U]ma vez que a decisão judicial racionaliza ... [a exclusão baseada na raça] mostrando que ela se conforma à Constituição, ou ainda racionaliza a Constituição mostrando que a Constituição sanciona tal ordem, ... [o] princípio da discriminação racial ... fica por perto como uma arma carregada. ...<sup>128</sup>

124. Ver id. pág. 1764.

125. Id. (citando 4 P. Foner, *The life and writings of Frederick Douglass* 401 (1955)).

126. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

127. B. Cardozo, *The nature of the judicial process* 51 (1921).

128. *Korematsu*, 323 U.S. pág. 246 (Jackson, J., divergência).

O que FREDERICK DOUGLASS, BENJAMIN Cardozo, e Robert Jackson todos reconheceram, cada um em seu contexto, é o caráter profundamente falho da noção de que existe um estado das coisas natural, pré-político e pré-jurídico – tal como a separação “natural” das raças, ou a fuga “natural” dos brancos para os subúrbios, ou a condição “natural” de uma gravidez continuar até sua conclusão apenas da vontade da mulher de lhe por um fim – e que o processo de fazer e interpretar o direito não tem nenhum efeito nesse panorama “natural”. Mas em que sentido é “natural” que uma mulher deva continuar grávida, mesmo contra a sua vontade, quando há um médico disposto a realizar um procedimento cirúrgico que irá pôr termo à gravidez? Quando há uma empresa farmacêutica disposta a produzir RU-486, que irá prevenir a implantação do embrião na parede de sua placenta? Se essas coisas parecem “naturais,” não é apenas graças a todo um contexto de arranjos jurídicos – incluindo a licença e regulamentação de médicos e o controle de novas drogas pelo FDA? Isso significa que a transmutação da biologia para o destino é mediada não por uma ordem inexorável da natureza, mas por um conjunto de observações jurídicas prévias que mudaram o próprio universo sendo observado.

Então, se uma Suprema Corte ativista fosse começar a perder o respeito dos tradicionalistas pelos precedentes, isso, também, seria um tipo de retrocesso. Pois, de certo modo, a teoria do *stare decisis* representa essencialmente um reconhecimento judicial de que, quando o tribunal faz observações sobre o panorama jurídico, eles poder alterar tão profundamente o terreno que as futuras decisões devem levar em conta sensivelmente como as expectativas foram construídas sobre tais decisões judiciais prévias.<sup>129</sup> Não importa o quão antiga e venerável a noção do *stare decisis* possa ser, sua incorporação na argumentação jurídica pode ser melhor entendida como um reconhecimento da operação em nosso direito de um princípio análogo ao de Heisenberg.

Não estou sugerindo que um ponto de vista pós-newtoniano nos forneceria sempre ou mesmo normalmente teorias constitucionais diferentes; como eu disse, não pode levar a responder determinadas para problemas constitucionais. O que estou sugerindo é que, ao se levar a sério compreensões e perspectivas paralelas àquelas da física contemporânea, podemos evitar regredir nos tipos de questões que fazemos. É por essa razão que foquei menos nos “melhores” resultados dos casos que explorei do que nas questões que acredito seria melhor se fossem perguntadas.

As questões buscadas na divergência do Justice Brennan em *DeShaney*, sondando o papel do estado em moldar o ambiente jurídico que isolou o abusado Joshua, eram efetivamente pós-newtonianas em espírito. Questões similares deveriam ser perguntadas no contexto do aborto. Se alguém está falando sobre uma proibição criminal (como em *Roe*), uma decisão para expulsar certos tipos de aborto de instalações públicas (como em *Webster*), ou uma decisão para não financiar certos tipos de aborto (como em *Harris v. McRae*), a questão relevante não é, “o estado forçou fisicamente a mu-

129. Ver Schauer, *Precedent*, 39 *STAN. L. REV.* 571 (1987).

lher a engravidar?” A questão é se a combinação de ações e omissões estatais, regras, decisões de financiamento e quejandos, moldaram de tal forma o panorama jurídico no qual as mulheres decidem as questões relacionadas às suas vidas reprodutivas de modo a violar os postulados da Constituição da liberdade e igualdade.

#### D. LIMITES INSTITUCIONAIS

Uma vez colocadas questões desta forma, há, por óbvio, considerações institucionais importantes a se ter em mente constantemente sobre os limites da intervenção judicial apropriada. Por exemplo, no contexto da guetização, sugeri acima que a Corte deveria ser muito mais disposto do que tem sido até agora a reconhecer a responsabilidade governamental para as consequências de separação racial de atos com motivação neutra – como nos casos como *Washington v. Davis*,<sup>130</sup> por exemplo, onde um teste de habilidades verbais produziu um gueto predominantemente negro cercado por uma força policial predominantemente branca; ou em casos como *City of Memphis v. Greene*,<sup>131</sup> onde uma decisão sobre redirecionamento de tráfego forçou os negros a circunavegar um subúrbio predominantemente branco e abastado.

Mas isso não precisa implicar que seria apropriado para um tribunal, sem a autoridade e flexibilidade para prover soluções do Congresso agindo sob a seção 5 da décima-quarta emenda, para retificar cada uma dessas situações numa ação judicial comum – pois um tribunal exige a redesenho de métodos de recrutamento para a polícia em Washington, D.C., por exemplo, ou o redirecionamento das estradas e projetos de estradas de modo a minimizar o impacto adverso em minorias raciais.

No caso de 1987 *McCleskey v. Kemp*,<sup>132</sup> a Suprema Corte se recusou a conceder qualquer tutela para um homem negro sentenciado à morte por matar alguém que era branco. A evidência estatística perante a Corte era avassaladora de que a raça da vítima faz uma diferença enorme na probabilidade de qualquer réu ser executado.<sup>133</sup> Ao reconhecer que nada aquém de uma reconstrução radical na estrutura do Sistema judicial criminal, e talvez na estrutura de nossa sociedade como um todo, poderia eliminar o elo trágico entre a raça da vítima e a resposta do sistema, a Corte permite que a sentença de morte mantenha-se no caso perante si. Como no caso do recrutamento da polícia e no caso do redirecionamento da estrada, não está completamente claro que o argumento mais importe da Suprema Corte pudesse realisticamente ter sido outro.

Mas dizer isso é muito diferente de anunciar da tribuna, como a Corte infelizmente fez em cada um desses casos, que o governo não tem qualquer responsabilidade pela situação dos negros que não se saíram bem no teste verbal em *Washington v. Davis*, ou pela desvalorização das vidas dos cidadãos negros cujos agressores pudessem esperar ser punidos de modo menos severo do que os agressores de cidadãos

brancos em *McCleskey*. Anunciar que o governo não tem nenhuma responsabilidade por esses problemas é legitimizar as ações do governo, e isentar os atores governamentais e não-governamentais de responsabilidade por resolver esses problemas por meios institucionalmente apropriados.<sup>134</sup>

Num artigo abundando o que tenho chamado aqui de compreensões pós-newtonianas, Randall Kennedy expressa preocupação com “o modo pelo qual a maioria [no caso] *McCleskey* articulou e defendeu a sua decisão,” que ele argumenta ter mostrado “uma egrégia desconsideração com os sentimentos dos americanos negros.”<sup>135</sup> KENNEDY nos pede para focar no impacto dessa decisão na comunidade negra:

Eu estou ... preocupado com a situação das comunidades negras cujo bem estar é insultado pelos sistemas de justiça criminal que respondem mais firmemente à morte de brancos do que à morte de negros ...

... Eu argumento que mesmo na ausência de um propósito discriminatório, as disparidades raciais injustificadas que caracterizam a sentença capital na Georgia deveriam ser vistas como dando azo a uma violação constitucional: a falha da Georgia em oferecer a seus habitantes negros igualdade perante a lei [equal protection of the laws].<sup>136</sup>

A violação constitucional que Kennedy identifica é tudo menos invisível a menos que se tome uma perspectiva pós-newtoniana. “Em questão” para Kennedy “esta o significado jurídico de decisões discricionárias e isoladas que são suscetíveis a uma explicação não-racial quando consideradas individualmente, mas revelam um padrão claramente moldado pelo sentimento racial quando consideradas em grupo.”<sup>137</sup> A visão pós-newtoniana prontamente expõe o dano causado por violações sistemáticas e exacerbadas por uma cegueira judicial newtoniana.

#### E. Escolhendo Paradigmas Jurídicos

Implícitos ao longo de minha discussão de paradigmas científicos e jurídicos estão dois critérios para escolher entre paradigmas antagônicos. O primeiro é empírico – qual pa-

130. 426 U.S. 229 (1976).

131. 451 U.S. 100 (1981).

132. 481 U.S. 279 (1987).

133. Ver id. pág. 286-87.

134. Ver L. Tribe, supra nota 91, pág. 16-17, 34-42, 101-02, 340-50, 1336-37, 1351, 1502-14; ver também Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 HARV. L. REV. 1212 (1978).

135. Kennedy, *McCleskey v. Kemp: Race, Capital Punishment, and the Supreme Court*, 101 HARV. L. REV. 1388, 1417 (1988).

136. Id. pág. 1394-95.

137. Id. pág. 1406. Não está claro que qualquer um poderia ter direito a demandar um remédio na ausência da perspectiva “orientada para a comunidade” de Kennedy. Ver id. pág. 1422-23. Tampouco está claro que os limites de um tribunal julgando sobre o artigo III atendam essa perspectiva, ou que os remédios que ele possa conceder sejam de todo apropriados.

paradigma melhor explica os “dados” disponível”? Apesar de a matemática necessária para resolver tudo ser complexa, a teoria de EINSTEIN não é apenas mais simples em sua concepção básica e mais elegante no seu desenho do que a de NEWTON; ela faz melhores previsões sobre um número de fenômenos do mundo real<sup>138</sup> -- incluindo o grau em que o raio de luz de uma estrela que passa pela vizinhança do sol parece ser *desviado* pela massa do sol quando visível durante um eclipse solar.<sup>139</sup> Similarmente, tentei sugerir que um paradigma jurídico pós-newtoniano se encaixa melhor a nossas intuições sobre o estado, os tribunais, e o direito.

Um segundo critério para escolher dentre os paradigmas antagônicos pode ser chamado de “progressividade” do paradigma – a resiliência e a utilidade do paradigma num novo contexto.<sup>140</sup> Um paradigma progressivo se adapta de uma forma construtiva para os novos “dados” – novas situações e problemas; um paradigma “degenerativo” deve ser revisto de uma forma ad hoc para lidar com esses novos fatos e contextos.<sup>141</sup>

Considere a física newtoniana. Sua maior limitação era que ela não permitia um relato dos eventos consistente e com base em princípios<sup>142</sup> -- uma explicação que funcionava

138. Como Hawking explica: “Por exemplo, observações muito precisas do planeta Mercúrio revelaram uma pequena diferença entre seu movimento e as previsões da teoria da gravidade de Newton. A teoria geral da relatividade de Einstein previu um movimento levemente diferente do que a teoria de Newton. O fato de as previsões de Einstein corresponderem ao que foi visto, enquanto que as de Newton não, foi uma das confirmações cruciais da nova teoria.” S. Hawking, *supra* nota 19, pág. 10.

139. Gamow descreve a famosa experiência: “Os raios de luz de duas estrelas SI e SII localizadas (no momento da observação) em lados opostos do disco solar convergem em um teodolito, que mede o ângulo entre eles. A experiência é então repetida mais tarde quando o sol está fora do caminho, e os dois ângulos são comparados. Se eles forem diferentes temos prova de que a massa do sol muda a curvatura do espaço à sua volta, desviando os raios de luz de seus caminhos originais. Tal experiência foi sugerida originalmente por Einstein para testar a sua teoria. ...

“... [O] teste foi efetivamente feito em 1919 por uma expedição astronômica britânica à Ilha do Príncipe (África Ocidental), de onde o eclipse solar total daquele ano melhor podia ser observado. Descobriu-se que a diferença das distâncias angulares entre as duas estrelas com e sem o sol entre elas é de 1.61” (mais ou menos) 0.30” em comparação com 1.75 previsto pela teoria de Einstein. Resultados similares foram obtidos por várias expedições em datas posteriores.” G. Gamow, *supra* nota 18, pág. 108.

140. Ver Lakatos, *supra* nota 11, pág. 116-22.

141. Ver *id.*

142. Como Imre Lakatos explica: “A teoria de Einstein não é melhor do que a de Newton Porque a teoria de Newton foi ‘refutada’ e a de Einstein não: há várias ‘anomalias’ conhecidas na teoria einsteiniana. A teoria de Einstein é melhor do que – isto é, representa um progresso se comparada com – a teoria de Newton do ano 1666 [1916 no original, evidente erro de digitação] (isto é, as suas leis da dinâmica, lei da gravidade, o conjunto conhecido de condições iniciais; ‘minus’ a lista de anomalias conhecidas tais como o periélio de Mercúrio) porque ela explica tudo o que a teoria de Newton havia explicado com sucesso, e também explicou até certa medida algumas anomalias conhecidas e,

independentemente dos tipos de mudanças nas condições circundantes que os cientistas têm cada vez mais concordado não deveriam fazer diferença para a operação das leis físicas básicas. O mais principal dos assim chamados “princípios da equivalência” que as teorias de Newton eram primitivas demais para produzir é o princípio de que as leis básicas da ciência para um corpo que está sofrendo aceleração uniforme assim como para um corpo que está em repouso num campo gravitacional uniforme.<sup>143</sup> Você que sente como se você e qualquer coisa que você por ventura derrubar estão sendo puxados em direção ao chão pela “força” da gravidade, sentiriam exatamente o mesmo “puxão” se a terra toda sumisse e o prédio que você por ventura estivesse ocupando estivesse acelerando bem rapidamente na direção que você costumava chamar de “pra cima” – de modo que o prédio estaria indo a cerca de 65 milhas por hora depois dos três primeiros segundos, cerca de 130 milhas por horas três segundos depois, cerca de 200 milhas por hora depois de mais três segundos, e assim por diante, e você estaria de fato continuamente pressionado contra o chão com uma força igual à do campo gravitacional da terra – um “g,” ou “gravidade.”

Para entender o quanto mais coerente e consistentemente o paradigma de Einstein pode lidar com essa equivalência entre aceleração e gravidade, imagine que alguém do lado de fora da sala em que você se encontra sentado enquanto lê isto ligasse um feixe de laser através de uma pequena abertura localizada onde a parede à sua esquerda encontra o teto, lançando-o horizontalmente através da sala.<sup>144</sup> Onde ele atingiria a parede à direita? Se o prédio que você ocupa estivesse acelerando rapidamente no espaço profundo, e se houvesse um aparelho na parede à direita para medi-lo bastante precisamente, você descobriria que o feixe de laser não bate onde a parede encontra o teto, mas levemente abaixo daquele ponto. E se você pudesse traçar o caminho do feixe de laser através da sala, você notaria que ele não passa zunindo perfeitamente através do teto, mas caindo em direção ao chão num arco bem discreto. A razão é clara: enquanto o feixe cruza a sala, a sala continua acelerando, deixando o feixe cada vez mais

adicionalmente, impediu que eventos como a transmissão de luz ao longo de linhas retas perto de grandes massas sobre o que a teoria de Newtons nada havia dito mas que era possível por outras teorias científicas bem corroboradas da época; além disso, pelo menos algo do excesso inesperado do conteúdo einsteiniano foi de fato corroborado (por exemplo, pelas experiências do eclipse).”*Id.* pág. 124 (destaques no original).

143. Einstein afirma: “A razão das massas de dois corpos é definida na mecânica de dois modos que diferem um do outro fundamentalmente; em primeiro lugar, como a razão recíproca das acelerações que a mesma força motriz lhes transmite (massa inerte), e em segundo lugar, como a razão das forças que agem sobre elas no mesmo campo gravitacional (massa gravitacional). A igualdade dessas duas massas, tão diferentemente definidas, é um fato que é confirmado por experimentos de altíssima precisão (experiências de Eötvös), e a mecânica clássica não oferece nenhuma explicação para essa igualdade.” A. Einstein, *supra* nota 8, pág. 56.

144. Einstein explora o “experimento idealizado” seguinte em A. Einstein & L. Infeld, *supra* nota 9, pág. 218-22.

para trás enquanto ele cruza.

Um newtoniano ficaria satisfeito com essa explicação isolada. Mas uma einsteiniana diria que a aceleração da sala cria forças “g” que dobram o espaço na sala, e o feixe de luz é entortado por este espaço curvo. Por que essa é uma explicação melhor? Porque com ela, uma einsteiniana não ficaria minimamente surpresa em descobrir, se você fizer a experiência do feixe de laser na Terra na sua sala agora mesmo, que o feixe cairia num arco precisamente da mesma forma. Tendo dito que a massa da Terra dobra o espaço na sua sala exatamente como a aceleração da sala no espaço profundo faria, ela iria esperar que o efeito no feixe de luz seja idêntica.

Mas o newtoniano ficaria completamente incrédula ao descobrir que, mesmo na Terra, o feixe de luz curva para baixo. Para explicar a curva, ele provavelmente sugeriria que o feixe deva ser pensado como uma corrente de partículas de água, e ele começaria a fazer presunções especiais sobre o “peso” de “partículas” individuais de luz contidas nele, e sobre como a “gravidade” da Terra puxa essas partículas para o chão. Em contraste, a abordagem de Einstein fornece uma explicação mais consistente para o por quê o mundo físico é como é, e fornece um conjunto de leis físicas que funcionariam igualmente bem para criaturas na Terra e para astronautas acelerando para longe da Terra. Então uma einsteiniana é poupada do destino de ser forçada a reescrever as suas leis de um modo ad hoc a cada novo contexto.<sup>145</sup> O paradigma einsteiniano é, deste modo, mais progressivo do que o paradigma newtoniano.

De volta à Terra, no reino constitucional, é igualmente importante evitar aquele destino. Os princípios substantivos mais básicos afetando os tipos de coisas que o governo pode fazer em suas relações com as pessoas não deveriam depender de acidentes de forma e aparência – como o acidente se o governo exerce pressão através de uma única regulamentação administrativa ao invés de através de uma série de decisões judiciais, ou impondo uma multa naqueles que fazem algo ao invés de oferecer um benefício apenas para aqueles que concordam em não fazê-lo.<sup>146</sup>

Eu acredito que, no direito tanto quanto na física, o objetivo de libertar a análise constitucional de tais distinções inteiramente artificiais é melhor atingido se pensarmos o direito, e a ação governamental, como mudando o panorama social e redirecionando a “geometria” das interações humanas, ao invés de considerar o governo como uma entidade física que, através das “forças” exercidas por suas partes componentes, arrasta e puxa as pessoas que estão “lá fora” num “estado da natureza”. Dessa forma, o paradigma jurídico pós-newto-

niano é mais progressivo do que o paradigma newtoniano. Trate-se do contexto de abuso infantil de DeShaney, no contexto de aborto de Webster, no cenário da fala simbólica em Wooley, ou no cenário da ressegregação de Spangler, somos mais propensos a colocar melhores questões se focarmos em como ações políticas coletivas reconstituíram o “espaço social” relevante do que se simplesmente perguntarmos quem está pondo as mãos em quem.

#### IV. CONCLUSÃO

Um corolário do modernismo responsável é admitir que podemos *ver* mais do que podemos *fazer*.<sup>147</sup> Mas isso não significa que deveríamos mentir sobre o que vemos. Essas mentiras minam a tensão criativa que abastece o progresso. Então, enquanto consideramos se as decisões judiciais ou outras medidas governamentais enviesam inconstitucionalmente o panorama legal em favor de alguns grupos e contra outros, é crucial não ignorar o *significado social* do que quer que o estado tenha feito.<sup>148</sup>

Entender tal significado de um modo que reconheça completamente a interconectividade dos eventos jurídicos – e reconhecer, como a física moderna fez, a interdependência entre o processo de observação e o que é observado – é evitar a falácia paroquiana de olhar o universo jurídico apenas através dos olhos daqueles no poder.<sup>149</sup> Isso exige deixar qualquer

147. Ver supra pp. 13-14 (discutindo DeShaney e paternalismo).

148. Clifford Geertz põe essa idéia muito sucintamente: “[E]ste pre-conceito ... de que a dramaturgia do poder é externa aos seus funcionamentos, deve ser posta de lado.” C. Geertz, *Negara: the theatre state in nineteenth-century Bali* 136 (1980). Numa passagem mais extensa, Geertz escreve: “O que nosso conceito de poder público obscurece, o do Balinês expõe; e vice versa. ... [E]stá lá, ao se expor as dimensões simbólicas do poder estatal. ... Tal estudo reestabelece nosso senso da força ordenadora da exibição, do respeito, e do drama.

“Cada uma das principais noções do que o estado ‘é’ que foi desenvolvida no Ocidente desde o século dezesseis – monopolista da violência dentro de um território, comitê executivo da classe dominante, agente delegado da vontade popular, aparelho pragmático para a conciliação de interesses – teve seu próprio tipo de dificuldade de assimilar o fato de que essa força existe. Nenhuma produziu um relato viável de sua natureza. Essas dimensões da autoridade que não são facilmente reduzíveis a um conceito de comando-e-obediência da vida política foram deixados à deriva num mundo indefinido de excrecências, mistérios, ficções e decorações. E a conexão entre o que Begehot chamou de partes dignas do governo e as eficientes foi sistematicamente mal compreendida.

“Esta má-compreensão, colocada do modo mais simples, é de que a função das partes dignas é servir o eficiente, de que são artifícios, mais ou menos hábeis, mais ou menos ilusórios, feitos para facilitar os fins mais prosaicos do governo. ...

“... [E]m todas essas visões, os aspectos semióticos do estado ... permanecem bastante ridículos. Eles exageram o poder, escondem a exploração, inflam a autoridade, ou moralizam o procedimento. A única coisa que não fazem é impulsionar alguma coisa.” Id. pág. 121-23.

149. Pode-se interpretar o “véu da ignorância” de John Rawls como capturando essencialmente esta compreensão da natureza da justiça – que a “justeza” exige ver as coisas da perspectiva daqueles no pé da escada social. Ver J. Rawls, supra nota 55, pág. 136-42.

145. Einstein afirma: “A possibilidade de se explicar a igualdade numérica de inércia e gravidade pela unidade de sua natureza dá à teoria geral da relatividade, de acordo com a minha convicção, uma superioridade tal sobre as concepções da mecânica clássica, que todas as dificuldades encontradas devem ser consideradas pequenas em comparação com esse progresso.” A. Einstein, supra nota 8, pág. 58.

146. Para um artigo esplêndido aparentemente animado em grande parte pelo desejo de evitar exatamente tal dependência, ver Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1415 (1989).

noção de que o retrato “objetivo” do universo jurídico é aquele visto do ponto de vista daqueles que fazem as decisões jurídicas.<sup>150</sup> Por mais difícil que seja ver o mundo da perspectiva de outra pessoa, não fazer o esforço é ignorar o que a ciência aprendeu há muito tempo. Quão estranho que a física tenha que reensinar a Regra de Ouro.

Entre as consequências de aderir mais consistentemente a esta perspectiva pós-newtoniana pode bem ser uma tendência reduzida de culpar as vítimas do estado pela lesão feita quando o estado lhes põe à parte – como se sua visão do que o governo fez ou deixou de fazer tivesse que ser desconsiderada sob a luz de sua perspectiva supostamente limitada ou distorcida. A Suprema Corte do final do século dezenove fez exatamente isso em *Plessy v. Ferguson*,<sup>151</sup> quando ela indicou que a separação forçada por raça apenas segue a lei da natureza; se tal separação faz os negros se sentirem estigmatizados, isso tudo está na construção que eles põem nisso.<sup>152</sup> A Justice O'Connor, em um exame de outro modo sensível da celebração de um funcionário municipal de uma cena da natividade no Natal, caiu numa armadilha semelhante quando disse que nenhum observador “objetivo” tomaria aquela exibição como um endosso do cristianismo ou rebaixamento dos não-cristãos.<sup>153</sup>

Discernir o significado social de uma prática contestada – de um espaço jurídico por certos atos justapostos com certas omissões – implica uma investigação sobre como a prática afeta a geometria humana da situação. Tal investigação por sua vez exige um esforço menor para descobrir as alavancas, engrenagem ou forças escondidas que traduzem as ações governamentais em efeitos objetivos, do que uma tentativa de sentir os limites do mundo que o governo construiu – e entender o que esses limites significam para aqueles que podem estar presos ou excluídos por eles.

Da mesma forma ao discernir o efeito prático de um programa de bem-estar social incompleto. Assim como o caminho de um feixe de luz estelar é melhor entendido não como respondendo a um puxão invisível mas se movendo ao longo da distância mais curta entre dois pontos num espaço dobrado pela massa do próprio sol, também os cidadãos que poderiam ter ido ao auxílio de Joshua DeShaney não fosse pela presunção de que o elaborado programa de bem-estar do estado o faria é melhor entendido não como reação a um sinal abafado ou um leve empurrão mas seguindo o caminho de menor resistência posto pela própria presença e estrutura do

programa estatal. E a declaração judicial de que o destino de Joshua não é culpa do estado mas o resultado natural de uma ação privada, atua não simplesmente como uma observação passiva sobre quem causou um dano a quem, mas como uma ação que pode entrincheirar ainda mais profundamente a geometria da indiferença pública que irá moldar as vidas dos Joshuas ainda por nascer.

---

150. Ver Minow, *When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded*, Equal Protection and Legal Treatment of Difference, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. III (1987).

151. 163 U.S. 537 (1896).

152. Ver id. pág. 551.

153. Ver *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 692-93 (1984). Mas ver *County of Allegheny v. ACLU Greater Pittsburgh Chapter*, 109 S. Ct. 3086 (1989) (afirmando que a exibição do presépio, quando visto em seu contexto geral, viola a cláusula de liberdade de religião [establishment clause] pois o presépio transmitia uma mensagem patentemente cristã e nada no cenário detraía dessa mensagem); id. pág. 3117-24 (O'Connor, J., concordante).

## RONALDO LIMA DOS SANTOS

Professor Doutor de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho - PRT/2ª Região - São Paulo. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

## DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

### 1. DANOS MORAIS: CONCEITO E NORMATIZAÇÃO

A temática dos danos morais se insere na órbita da responsabilidade civil e, como tal, refere-se ao conjunto de bens imateriais e/ou não patrimoniais que ensejam uma reparação por sua violação, enquanto interesses juridicamente protegidos.

Consoante Yussef Said Cahali,

considera-se dano moral tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.<sup>1</sup>

Para Carlos Alberto Bittar,

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social<sup>2</sup>).

Em realidade, a expressão “dano moral” segue uma tradição do nosso direito, mas não resolve uma série de controvérsias a respeito da sua natureza, quando não concorre exatamente para o oposto, isto é, suscitar objeções ao reconhecimento e à reparação destas espécies de danos, como argumentos positivistas contrários a reparação patrimonial da “moral” ou da “dor moral”, como se o conceito de moral do âmbito jurídico coincidissem totalmente com a moral ou a ética filosófica ou social.

É indiferente para efeitos de reparação que a violação recaia sobre um bem de ordem material, patrimonial ou moral. Enquanto interesse juridicamente protegido, é sempre passível de reparação, já que sua integridade é tutelada pela esfera jurídica. Assim, do mesmo modo que, diante de uma violação

de um bem patrimonial não se indaga se este bem ainda era servível ao seu titular, bastando a sua mera violação, tampouco se deve indagar se o atingimento da esfera moral, realmente causou dor, ferimento da alma, angústia ou qualquer outro complemento psicológico. Basta o atingimento do bem moral em si, o dano dá *in re ipsa*.<sup>3</sup>

Neste sentido, aos familiares de um empregado faleceu em virtude de acidente do trabalho, não se exige a comprovação da dor, na ação por danos morais contra o empregador, pois aquela decorre de uma presunção absoluta. Do mesmo modo, ao empregado que é vítima de assédio moral ou de ato discriminatório deve ser garantido o ressarcimento dos danos à sua esfera moral, com base na mera comprovação do nexos causal entre a conduta do agente e a repercussão negativa em sua integridade psicofísica.

Não se pode provar a dor moral, porque esta se passa na esfera subjetiva do indivíduo, onde a pesquisa probatória não pode adentrar. Não será com atestados médicos ou com depoimento testemunhal que se demonstrará a dor, a angústia ou desconforto, o sofrimento, a aflição; o dano à moral é aferido por meio de presunções *hominis*. O dano, porém, objetivamente afeta um direito da personalidade, e desta afetação poderá ser detectada e evidenciada a ofensa à moral, sem que para isso se precise adentrar ao psiquismo da vítima.<sup>4</sup>

Moral é, portanto, o dano que atinge uma esfera não patrimonial, mas que, por ser um interesse juridicamente protegido, não isenta o causador do dano à sua reparação, bem como concede à respectiva vítima a persecução jurídica desta mesma reparação. Neste sentido é a regra geral do Código Civil:

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

A norma do artigo 186 do Código Civil opera como uma

3. “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. “CONTRATO DE INAÇÃO”. Com fulcro na prova produzida em audiência, conclui-se que a conduta patronal, de fato, excedeu os estritos limites do poder diretivo e fiscalizador, caracterizando-se como ato ilícito (art. 186 do CC/02), ensejador de danos morais por afronta, “*in re ipsa*”, a dignidade humana e os direitos de personalidade do reclamante. Sentença mantida.” (TRT-2 - RO: 00011562820145020074 SP 00011562820145020074 A28, Relator: PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 01/09/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 09/09/2015)

4. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 122-123.

1. CAHALI, Yussef Said Cahali. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22/23.

2. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 41.

cláusula geral de reparação de danos não patrimoniais. O ato ilícito deve ser entendido em seu sentido mais amplo, incluindo tanto as hipóteses de responsabilidade objetiva quanto subjetiva, e desde os atos dolosos aos meramente culposos (negligência, imprudência e imperícia).

A Constituição Federal de 1988 previu entre os direitos fundamentais a reparação da esfera moral, em suas dimensões subjetiva e objetiva, assegurando, em seu artigo 5º, inciso V, o “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

No mesmo artigo 5º, em seu inciso X, o legislador constituinte previu a reparação da esfera moral dos indivíduos quando violado qualquer direito da personalidade: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Em nossa legislação há uma miríade de dispositivos legais de tutela da esfera moral, sendo que muitos deles serão citados ao longo deste trabalho. Entretanto, no campo da legislação do trabalho, ainda é incipiente o conjunto de normas que se referem direta ou indiretamente à tutela da esfera moral dos sujeitos da relação de emprego.

O art. 482 da CLT, v.g., considera hipótese de falta grave pelo empregado a prática de ato lesivo da honra ou da boa fama praticado pelo empregado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem (alínea j), bem como o ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas pelo empregado contra o empregador ou superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem” (alínea k).

O art. 483 da CLT, por sua vez considera como hipóteses de rescisão indireta o tratamento do emprego com rigor excessivo por seu empregador ou superiores hierárquicos (alínea b); a prática pelo empregador ou seus prepostos de ato lesivo contra a honra e a boa fama do empregado ou de pessoa da família deste (alínea e) e a ofensa física do empregador ou preposto contra o empregado, salvo o caso de legítima defesa própria ou de outrem (alínea f).

Não obstante a insuficiente disciplina da tutela moral nas relações de trabalho na CLT, são plenamente aplicáveis as normas dos demais diplomas normativos sobre a regulamentação da matéria, em virtude da norma de abertura do artigo 8º da CLT, a qual determinada a aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho.

### 1.1. DANO MORAL SUBJETIVO E DANO MORAL OBJETIVO

Os danos morais subjetivos se limitam à esfera psíquica do indivíduo, relacionando-se a repercussões intrínsecas aos aspectos internos do lesado, como a sujeição à dor e ao sofrimento.

Dano moral objetivo é aquele que afeta a estima do indivíduo no círculo social, em uma coletividade ou na sociedade, como a sua honra e a sua imagem. A imputação de um fato criminoso (calúnia) ou de um ato ofensivo à sua reputação (difamação) são hipóteses de circunstâncias que causam prejuízo à consideração objetiva da vítima em determinado círculo social.

### 1.2. DANOS MORAIS PUROS E DANOS MORAIS REFLEXOS

Os danos morais puros ou diretos correspondem ao conjunto de lesões aos atributos não patrimoniais da pessoa, como os direitos da personalidade, evidenciando-se o dano diretamente da violação de um destes atributos.

Os danos morais reflexos ou indiretos são aqueles valores não patrimoniais que são atingidos em virtude da violação de um bem patrimonial. São indiretos porque derivam de um fato lesivo a um interesse patrimonial, como a perda de um valor afetivo ligado ao bem patrimonial lesado.

### 1.3. DANO MORAL INDIVIDUAL E DANO MORAL COLETIVO

Os danos morais podem ser individuais ou coletivos. O dano moral individual é aquele que se limita ao círculo de atributividade jurídica de determinado indivíduo. Diz respeito à ofensa da esfera extrapatrimonial de um sujeito determinado, gerando-lhe um interesse jurídico subjetivo à reparação da sua esfera moral, cujo exercício e fruição é de sua exclusiva titularidade.

Já o denominado dano moral coletivo consiste na lesão de bens extrapatrimoniais ínsitos a uma coletividade de pessoas; concernentes ao próprio grupo social, ou a coletividades difusas, coletivas e individuais homogêneas, cuja esfera moral não se confunde com as esferas individuais de seus membros ou com a mera soma destas, posto que titularizados pela própria coletividade, globalmente considerada. Exemplo: dano à imagem de uma cidade; dano à honra de uma coletividade de empregados.

Como elucida Carlos Alberto Bittar,

Dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.<sup>5</sup>

Não se perquire aqui da existência de uma esfera psíquica da coletividade, mas de um prejuízo à esfera social, à síntese de valores de uma comunidade ou coletividade, seja de modo puro e direito, como a ofensa a um determinado grupo étnico ou religioso, seja como danos reflexos de uma conduta socialmente prejudicial à coletividade, como a submissão de trabalhadores à condição análoga à de escravo; a contratação de trabalhadores sob o falso manto de cooperados, pessoa jurídicas ou qualquer outro meio de fraude ao contrato de trabalho, a exploração de crianças e adolescentes entre outros.<sup>6</sup>

5. BITTAR, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez/ 1994, p. 55.

6. “RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COTA DE DEFICIENTES FÍSICOS. ART. 93 DA LEI N.º 8.213/91. DANO MORAL COLETIVO. VALOR ARBITRADO. A Corte Regional consignou que o dano moral

O dano moral coletivo, assim, deve ser aferido *in re ipsa*, a partir do dano social, devendo-se apenas comprovar a conduta lesiva à coletividade pelo agente causador do dano.<sup>7</sup>

#### 1.4. DANO MORAL E DANO EXISTENCIAL

Com o desenvolvimento da teoria da reparação integral do dano, nos ordenamentos jurídicos de diversos países, há uma tentativa crescente de precisar-se o conjunto de bens patri-

*coletivo dissocia-se do conceito de dor psíquica, direcionando-se à ofensa aos valores sociais de natureza coletiva. Depreende-se ainda do julgado que a Reclamada não foi diligente no cumprimento da meta estabelecida pelo art. 93 da Lei n.º 8.213/91, demonstrando-se assim que a sua conduta ilícita atingiu uma gama de trabalhadores. Quanto ao arbitramento do valor da condenação, verifico que foi considerada a extensão do dano, bem como a capacidade socioeconômica da Reclamada, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso de Revista não conhecido.” (TST - RR: 14435020125090014, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 03/06/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015)*

7. “RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. VALOR ARBITRADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO ILÍCITA DE COOPERATIVA. SUBORDINAÇÃO E NÃO EVENTUALIDADE DEMONSTRADA. Diante da prova inequívoca do dano coletivo sofrido em razão da fraude na contratação de cooperativa pela reclamada, resta justificável o deferimento da indenização no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais coletivos, por se mostrar proporcional e razoável, já que foi fixado considerando-se a gravidade dos danos causados, o grau de culpa da ré, e a sua capacidade econômica. Recurso de revista não conhecido.” (TST - RR: 10629220115090041 1062-92.2011.5.09.0041, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 06/11/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013). “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO NO EFETIVO CUMPRIMENTO DAS REGRAS DE HIGIENE E RESTRIÇÃO IMPOSTA AOS TRABALHADORES NO USO DE SANITÁRIOS. 1. O quadro fático e probatório reproduzido no v. acórdão recorrido deu ensejo à condenação do Supermercado ao pagamento da indenização por danos morais coletivos. 2. Com efeito, a condenação encontra-se estribada na omissão da empresa na fiscalização destinada a garantir o efetivo cumprimento das regras de higiene, somada à restrição imposta aos trabalhadores pelo uso dos sanitários. 3. O dano restou cabalmente provado, mormente no que tange à saúde dos empregados e da coletividade, por meio das relações de consumo -- Inclusive, além da questão relativa aos sanitários, foram apuradas outras condutas irregulares praticadas pela ré, atentatórias à saúde, segurança e dignidade dos trabalhadores e consumidores, capazes de configurar danos morais coletivos-. 4. Como reforço de fundamentação, urge ressaltar que o reexame pretendido pelo Supermercado, ora agravante, é inadmissível em sede extraordinária, em face da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST - AIRR: 10388820115120006 1038-88.2011.5.12.0006, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 24/04/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2013)

moniais e extrapatrimoniais lesados e passíveis de reparação ou compensação diante de determinados atos ou condutas causadores de danos às respectivas vítimas.

Neste diapasão, no início da década de noventa, desenvolveu-se na Itália, principalmente por obra dos Professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, a teoria da reparação do “dano existencial”, ou seja, daquela categoria de danos que, diferentemente dos danos morais, não se referem necessariamente à integridade psicofísica do sujeito, mas às suas relações de alteridade, como as de estudo, sociais, familiares afetivas, culturais e ambientais.<sup>8</sup>

Como esclarece Flaviana Rampazzo Soares,

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.<sup>9</sup>

O dano existencial corresponde ao conjunto de atos ou condutas que afetam prejudicialmente o indivíduo em sua realização social, em aspectos fundamentais para a concretização desta, como os seus projetos de vida e as suas relações sociais em sentido amplo.

Não se pode negar, por exemplo, que um trabalhador submetido a uma situação de trabalho escravo e dela resgatado não tenha um prejuízo no seu percurso de vida, seus projetos e suas relações sociais. Além de danos morais e materiais, resta evidente o dano existencial em situações como esta.

#### 1.5. TEORIA DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Pela teoria da reparação integral do dano, não há qualquer obstáculo para a reparação de danos materiais e morais advindos da violação de um mesmo bem jurídico. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento pela possibilidade da cumulação da indenização por dano material e dano moral decorrente de um mesmo fato (Súmula 37), bem como a reparação de danos estético e moral decorrentes de um mesmo evento (Súmula 387).

Não se pode olvidar que de um mesmo evento possam advir lesões a esferas de naturezas distintas, igualmente reparáveis pelo causador do dano. Cite-se, como exemplo, um dano estético ou uma deformidade em virtude de acidente do trabalho em que se vislumbra culpa do empregador. Além da reparação moral pela violação da integridade psicofísica do empregado, se a deformidade ou o dano estético acarretar prejuízos à carreira deste, deve igualmente ser o empregador responsabilizado pelos danos materiais advindos da perda material das condições profissionais preexistentes.

Do mesmo modo, os familiares de um trabalhador que fa-

8. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 43.

9. Idem. *Ibidem*. p. 44.

leceu em virtude de acidente do trabalho, possuem direito à reparação pelo ex-empregador do *de cujus* dos danos morais e materiais advindos com o seu falecimento.<sup>10</sup>

## 2. PRINCIPAIS ESPÉCIES DE VIOLAÇÃO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

### 2.1. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A esfera dos direitos da personalidade é o campo predominante para a reparação civil-trabalhista por danos morais. Além da proteção constitucional expressa aos direitos da personalidade (artigo 5º, V e X, da CF/88), o Código Civil contemplou um capítulo à tutela dos direitos da personalidade (art. 11 a 21).

10. "RECURSO DE REVISTA . NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. A Corte de origem consignou expressamente as razões do seu convencimento, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional. Inviolados os artigos 93, IX, da Constituição da República, 832 da CLT e 458 do CPC. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ACIDENTE DO TRABALHO COM ÓBITO. INDENIZAÇÃO. O ajuizamento de ação de indenização por sucessores e/ou parentes, em nome próprio, visando à reparação de danos morais ou materiais sofridos em razão da morte de trabalhador vítima de acidente do trabalho, não provoca alteração na competência material desta Justiça Especializada para julgamento, porquanto persiste como causa de pedir o acidente do trabalho. A qualidade das partes não redundará em modificação da competência atribuída, por comando constitucional, à Justiça do Trabalho. Precedentes da SDI-I. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO COM MORTE. NEXO DE CAUSALIDADE. CULPA DA EMPREGADORA. CONFIGURAÇÃO. EMPREGADO MORRE ELETROCUTADO. AUSÊNCIA DE ISOLAMENTO E DE SINALIZAÇÃO DO LOCAL DE PERIGO. OMISSÃO DA RECLAMADA. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE SEGURANÇA. Consignado pela Corte de origem que a causa do acidente foi a ausência de orientação da reclamada aos seus empregados, para que não transitassem pelo local que oferecia perigo iminente, tendo em vista a queda de árvore e o rompimento do cabo energizado de alta tensão, bem como a falta de isolamento do local ou de sinalização que indicasse o local de perigo, não há como afastar a culpa da reclamada pelo acidente que vitimou fatalmente o esposo e pai dos autores. Incólumes os arts. 927 do Código Civil e 7º, XXII, da Carta Magna. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. Tendo a Corte Regional concluído pela manutenção do valor da indenização fixado na origem a título de danos morais, indenizando a esposa e cada um dos doze filhos com apenas R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), quantia irrisória em face do significado da morte de um pai de família e do atual abandono da viúva e dos filhos - sobretudo do filho portador de necessidades especiais -, principalmente se considerarmos o valor arbitrado à indenização por danos materiais dos dependentes econômicos do falecido, que totalizou a insignificante quantia de R\$(quinze mil e duzentos reais), não resta configurada violação dos arts. 5º, V, da Carta Magna e 944 do Código Civil. 2. Aplicação das Súmulas 23 e 296/TST em relação aos arrestos paradigmas coligidos. Recurso de revista integralmente não conhecido" (TST - RR: 9952100272006509 9952100-27.2006.5.09.0562, Relator: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 22/06/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011).

São fontes de dano moral todos os atos e condutas violadoras dos direitos da personalidade como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o direito ao corpo, do direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica, o direito à voz, o direito à liberdade e à autodeterminação, o direito ao segredo, o direito à identidade, o direito à liberdade sexual.

Como se observa, os direitos da personalidade dizem-se respeito à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual), à sua posição perante os outros na sociedade (patrimônio moral). Referem-se, assim, ao modo de ser da pessoa e às suas projeções na coletividade (como ente social).<sup>11</sup>

### 2.2. ATOS DISCRIMINATÓRIOS

O vocábulo discriminação é originário do latim — *discriminatio*-; significa o ato ou efeito de discriminar, faculdade de distinguir ou discernir, separação, apartação, segregação.<sup>12</sup> O termo, como o conhecemos, tem origem anglo-americana e traduz o caráter infundado de uma distinção em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, capaz de provocar-lhe um dano material ou moral.<sup>13</sup>

São quantitativamente imensuráveis as diversas formas de discriminação. Fatores como idade, sexo, etnia, religião, cultura, convicções políticas e ideológicas, orientação sexual, condição física ou psicológica, cor da pele, estado de saúde, nacionalidade e estratificação social têm servido no curso da história da humanidade como canais de discriminação e exclusão social.

A Convenção n. 111 da OIT, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, define discriminação como "toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão" (art. 1º, item 1, "a"), bem como "qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados" (art. 1º, item 1, "b").

Já a Convenção n. 117 da OIT, de 1962, sobre Objetivos e Normas Básicas da Política Social, na parte V, que versa sobre não discriminação em matéria de raça, cor, sexo, crença, associação ou filiação sindical, prevê que uma das finalidades da política social deve consistir na supressão de qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical.

11. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação* ..... p. 17.

12. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 690.

13. BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 54.

No âmbito infraconstitucional, além de normas específicas sobre os diversos tipos de discriminação, a Lei n. 9.029/95 proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, por motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, bem com define as práticas discriminatórias que constituem crime e assegura a readmissão do empregado ou o pagamento de indenização em caso de dispensa discriminatória. Esta norma possui um rol de fatores discriminatórios não taxativo, sendo aplicável para qualquer ato ou conduta discriminatória na relação de emprego, como as baseadas em estado de saúde do empregado ou condição social do empregado.

Todo ato discriminatório, *per se*, constitui uma ofensa aos direitos da personalidade da vítima, com graves repercussões na esfera psicofísica desta, dando ensejo, além das reparações trabalhistas (rescisão indireta, readmissão ou indenização correspondente) ao ressarcimento pelos danos materiais e morais.

### 2.3. ASSÉDIO MORAL

O vocábulo assédio (derivado do latim *obsidui*, *obsidere* = por em diante, sitiado, atacar) significa cerco posto a um reduto para tomá-lo; sítio, insistência importuna junto de alguém, com perguntas, propostas, pretensões etc.<sup>14</sup> Assediar, por sua vez, consiste em por assédio ou cerco a (praça ou lugar fortificado); perseguir com insistência; importunar; molestar, com perguntas ou pretensões insistentes; assaltar.<sup>15</sup>

A expressão assédio moral, também conhecido como “terror psicológico”, tem correlato no vocábulo *bullying* (Inglaterra), *mobbing* (Inglaterra, Alemanha, Itália – verbo *to mob*: cercar, agredir, assediar), *harassment* (Estados Unidos), *ijime* (Japão), *harcèlement moral* (França), *acoso laboral* ou *acoso moral* (Espanha), *molestie morali*, *molestie psicologiche* ou *terrore psicologico* (Itália), *coacção moral* (Portugal).

Consoante a psiquiatra e psicanalista francesa Marie-France Hirigoyen “o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (*gesto, palavra, comportamento, atitude*) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”<sup>16</sup>

Para Márcia Novaes Guedes, o *mobbing* no mundo do trabalho “significa todos aqueles atos e comportamentos provindos do patrão, gerente ou superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais da vítima.”<sup>17</sup>

O assédio moral constitui uma prática sistemática, direta ou indireta, instantânea ou reiterada, que por intermédio de diver-

sas formas de conduta, como exclusão, recusa de comunicação, intolerância desqualificação, vexação, constrangimento, perseguição, opressão ou maus tratos, atentem contra a personalidade de determinado indivíduo, com repercussão na sua esfera física, emocional, mental ou social, geralmente com a causação de um desequilíbrio em uma ou mais destas esferas.

No âmbito empresarial, o assédio moral congrega dois elementos essenciais à sua manifestação: o abuso de poder e a manipulação perversa.<sup>18</sup> O assédio moral possui caráter plurissubjetivo em relação às vítimas (assedeados) e aos agressores (assediadores) e pluriativo, uma vez que pode ocorrer por diversos métodos e condutas e violar diversos bens e valores jurídicos, patrimoniais e extrapatrimoniais, das vítimas.

Em relação à plurissubjetividade, o assédio moral pode ser praticado ou sofrido por diversas pessoas no ambiente do trabalho, tanto no campo individual como no coletivo (no qual todo um grupo de trabalhadores é vítima de uma prática assediadora e sistemática da organização empresarial), na condição de empregador, superior hierárquico, subordinado ou colega de trabalho. Desta observação, origina-se uma classificação do assédio moral, consoante a sua forma de manifestação e as pessoas envolvidas.

O assédio moral vertical é aquele perpetrado entre pessoas de níveis hierárquicos distintos dentro da empresa, geralmente na condição de empregador (ou quem o represente – sócio ou preposto) e empregado, subordinante e subordinado, supervisor e supervisionado, gerente e gerenciado.

O assédio moral vertical pode ser descendente ou ascendente. O primeiro ocorre nas situações em que determinado empregador ou superior hierárquico assedia moralmente um empregado ou subordinado. O segundo dá-se nas hipóteses em que certo empregado ou subordinado direciona a conduta assediadora ao empregador ou superior hierárquico.

Já o denominado assédio moral horizontal ou simétrico ocorre entre indivíduos que estão numa mesma hierarquia na empresa, sem relação de emprego ou situação de subordinação entre ambos. São diversos os fatores determinantes desta forma de assédio, com as disputas por posições dentro da empresa, inveja, inimizade, transtornos mentais ou emocionais ou preconceito.

O assédio moral puro corresponde aquele praticado exclusivamente em uma das vertentes vertical (descendente ou ascendente) ou horizontal. Já o assédio moral misto corresponde às hipóteses nas quais a prática assediadora é realizada conjuntamente pelo empregador ou superior hierárquico com a colaboração de trabalhadores subordinados contra uma determinada vítima.

O denominado assédio moral coletivo ou organizacional configura-se pela postura empresarial direcionada a uma determinada coletividade de trabalhadores, comumente para a consecução de metas, resultados, produtividade ou aumento da competitividade, que, por seus métodos e técnicas de organização, utilizam-se de políticas de pressão psicológica (psicoterror), de ameaças, como de perda de emprego ou de posição na empresa, e da gestão por estresse, instituindo um

14. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit., p. 213.

15. Idem, *ibidem*, p. 212.

16. HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Trad. Rejane Janowitz. 7ª Ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2012, p. 17.

17. NEVES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 33.

18. Idem, *ibidem*, p. 35.

sistema de padronização e uniformização dos métodos das metas e dos valores, com a consequente violação dos direitos da personalidade e a negação da diversidade e dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

A prática do assédio moral em qualquer das suas modalidades, por corresponder a uma grave violação dos direitos da personalidade da (s) vítima (s), principalmente a sua integridade psicológica, mas com capacidade de afetar igualmente a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada desta (s), constitui grave violação da esfera moral, ensejando a reparação dos danos morais daí decorrentes.<sup>19</sup>

#### 2.4. INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra universalmente o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos ao dispor que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (art. XII).

No esteio do direito internacional, a Constituição de 1988 assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos indivíduos, ao instituir que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X).

O direito de inviolabilidade do domicílio e das comunicações, assegurado no art. 5º, incisos XI e XII, da Carta Magna Brasileira, representa clara manifestação do direito à intimidade e à vida privada.<sup>20</sup>

A intimidade e a vida privada condizem com o direito à integridade moral, já que conformam valores subjetivos, relacionados com os elementos intrínsecos do ser humano, as suas qualidades e as suas virtudes.<sup>21</sup>

Por configurarem direitos da personalidade e liberdades públicas, a proteção da intimidade e da vida privada acompanha o cidadão em todas as suas relações, inclusive nas

de trabalho e demais relações privadas. E não são poucos os casos de constrangimento às esferas da intimidade e da vida privada dos empregados decorrentes da colisão entre o exercício do poder de direção do empregador e os círculos íntimos e privados dos empregados.

Essas colisões entre os diversos direitos podem ocorrer em vários momentos da relação de emprego: a) no processo de seleção (no período anterior à formação do contrato), por meio de questionários com perguntas abusivas sobre a intimidade, vida privada, estado de saúde etc., solicitação de exames para detecção de doenças específicas e não relacionadas com a capacidade de trabalho ou com possível comprometimento do meio ambiente do trabalho, entrevistas com perguntas capciosas, indutoras, questionadoras da orientação sexual, da opção religiosa e da tendência política dos candidatos; b) no controle e fiscalização do desenvolvimento do trabalho por meio do emprego de aparelhos eletroeletrônicos (audiovisuais); controle e/ou invasão de emails; uso abusivo de câmeras de vigilância c) por ocasião da realização dos exames periódicos, como o acesso a informações confidenciais dos trabalhadores e/ou a divulgação dos seus resultados; d) após o término da relação de emprego, como a divulgação de dados do empregado adquiridos no curso desta.

A violação das esferas da intimidade e da vida privada do empregado dá ensejo à reparação dos danos morais, uma vez que são típicos direitos de personalidade, sem prejuízo da responsabilidade por danos materiais decorrentes do ato ou conduta do agente.

#### 2.4.1. REVISTA PESSOAL

Grande polêmica se perfaz em torno da revista pessoal nos empregados. O art. 373-A, VI, da CLT, proscreve a revista íntima. Embora inserido no capítulo de proteção à mulher, este dispositivo legal constitui uma espécie de regra de aplicação geral, proibitória de uma série de condutas discriminatórias em face dos empregados, e tuteladora da sua intimidade e vida privada.

Ao contrário do que preconizam alguns doutrinadores, a possibilidade da revista não decorre simples e puramente do direito de propriedade do empregador. A aceitar-se tal posicionamento, estar-se-ia conferindo ao trabalhador a mesma condição do servo da Idade Média, cuja vinculação à terra deixava-o na condição de acessório da propriedade do senhor feudal.

Na verdade, justifica-se a revista mais pela segurança do patrimônio do empregador que da sua condição de proprietário dos bens de produção. Não se pode olvidar que no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, cristalizado no art. 5º, LVII, da CF/88, somente em casos excepcionais permite-se a autotutela direta de direitos, como se dá nos casos de defesa da posse (art. 1.210 do CCB), legítima defesa e de estado de necessidade (arts. 24 e 25 do CP) e o exercício do direito de greve (Lei n. 7.783/89). Sendo a revista uma espécie de autotutela do patrimônio, somente deve ser aplicada em situações excepcioníssimas.

19. *“ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DANOS MORAIS. O assédio moral, no âmbito do trabalho, é uma violência sutil, não evidente à primeira vista, mas que possui poder degenerativo a ponto de inviabilizar o prosseguimento da relação de trabalho. Para sua caracterização é necessária a prática reiterada do ato ilícito, o qual deve revestir-se de tal poder lesivo que acabe por causar um mal real e efetivo dano à saúde psíquica da vítima. É o caso dos autos. Dos fatos descritos observa-se um reiterado comportamento de pressão de preposto do Reclamado sobre o Autor que submetia este a uma situação de efetivo dano à sua saúde psíquica. Ademais, o fato do referido preposto ligar para a esposa do Reclamante caracteriza invasão da privacidade do obreiro. Caracterizado, pois, o assédio moral que justifica a indenização por danos morais.”* (TRT-10 - RO: 280200801410000 DF 00280-2008-014-10-00-0, Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran, Data de Julgamento: 02/03/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 12/03/2010)

20. SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 98.

21. Idem, *ibidem*, p. 70.

A doutrina e a jurisprudência dominantes admitem a revista pessoal, desde que não viole os direitos da personalidade dos empregados (sua dignidade, sua honra, sua intimidade e sua vida privada) e encontre plena justificativa nos fatos.

Para Alice Monteiro de Barros, a revista só tem justificativa quando não se traduza num mero comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, pois deve constituir o último recurso para satisfazer ao interesse empresarial, devendo somente ser aplicado à falta da possibilidade de adoção de outras medidas preventivas. Essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Em havendo a possibilidade de adoção de outro método menos constrangedor, aquela deve ser preterida.<sup>22</sup>

Podemos distinguir duas formas permissíveis de revista: a ordinária e a extraordinária. A revista ordinária é aquela que se realiza habitual e constantemente, geralmente de forma diária, por ocasião do término da jornada de trabalho dos trabalhadores. Justifica-se somente naquelas atividades cujos bens produzidos ou instrumentos e objetos utilizados, por sua forma, qualidade ou valor, apresentam riscos permanentes de serem furtados ou indevidamente apropriados.

Enquadram-se, nessa hipótese, as empresas fabricantes de joias valiosas, que, pelo pequeno tamanho dos produtos e pelo alto valor monetário que possuem, tendem a despertar interesse de apropriação naqueles que os manuseiam.

A revista extraordinária consiste naquela efetuada não de modo constante ou habitual, mas em situações esporádicas e excepcionais, em virtude da constatação do sumiço de determinado produto ou instrumento de trabalho, cuja fiscalização imediata torna-se imperiosa, sob pena de o empregador perder a oportunidade para a recuperação do bem furtado. Aqui, a natureza dos produtos da empresa ou os instrumentos de trabalho utilizados na prestação dos serviços não justificam a realização de uma revista habitual nos empregados, mas a excepcionalidade da situação permite que o empregador a empregue para salvaguarda do seu patrimônio.

Enquanto a revista ordinária é genérica e habitual, a extraordinária é particularizada e eventual, uma vez que ligada a circunstâncias específicas que ensejam a ação imediata do empregador para a imediata recuperação do bem, cujo sumiço despertou a revista ou para dar flagrante ao empregado, com as consequências criminais, civis e trabalhistas; esta última, pela possibilidade de dispensa por justa causa.

A indispensabilidade da tutela do patrimônio é o pressuposto básico para o exercício da revista. Na existência de outros métodos de controle possíveis de serem adotados — controles de entrada e saída de estoque, filmagens por meio de circuito interno, colocação de etiquetas magnéticas, vigilância por serviço especializado —, não haverá justificativa para a efetivação das revistas.(150)

Em todo caso, em qualquer revista devem ser observados os seguintes critérios e requisitos: a) necessidade: admitem-se as revistas somente quando imprescindíveis como métodos de controle, ou seja, na ausência de outros métodos (*ultima ratio*); b) generalidade: a revista deve ser geral e

impessoal, efetuada sobre uma parcela ou a totalidade dos trabalhadores, revista direcionada a um determinado empregado pode consistir em ato discriminatório e ensejar a reparação por danos morais e a rescisão indireta do contrato de trabalho; c) objetividade: devem ser observados critérios objetivos para a escolha daqueles que serão revistados (sorteio, rodízio de setores etc.); d) localidade: as revistas devem ser efetuadas no local de trabalho; e) identidade de gênero: deve haver identidade de sexos entre os revistadores e os inspecionados; a revista em mulheres deve ser efetuada por pessoa do sexo feminino e a revista em homens por inspetores (sexo masculino); f) publicidade: deve-se evitar revistas isoladas ou somente com a presença do revistado e dos revistadores; de preferência, deve ser acompanhada por colega (s) de trabalho, representante dos empregados, delegado sindical; g) respeitabilidade: toda revista deve respeitar a intimidade e a vida privada dos empregados, bem como a sua dignidade; revistas vexatórias, que colocam o empregado como suspeito, constrangedoras ou que ofendam sua honra ou sua imagem não são toleradas pelo nosso ordenamento jurídico.

Diante das violações ao direito à intimidade e à vida privada dos empregados, como as acima citadas, ou qualquer outra que se apresente abusiva ou desnecessária, possível a reparação dos danos morais e materiais daí advindos.<sup>23</sup>

23. "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. INTERVALO INTRAJORNADA. SÚMULA 437, I/TST. 2. MULTA DO ART. 477 DA CLT. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 3. DANO MORAL. REVISTAS DE BOLSAS E SACOLAS MEDIANTE CONTATO FÍSICO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. (...) Há, mesmo na lei, proibição de revistas íntimas a trabalhadoras - regra que, evidentemente, no que for equânime, também se estende aos empregados, por força do art. 5º, -caput- e I, CF/88 (Art. 373-A, VII, CLT). Nesse contexto, e sob uma interpretação sistemática e razoável dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à hipótese, entende-se que a revista diária em bolsas e sacolas, por se tratar de exposição contínua do empregado a situação constrangedora no ambiente de trabalho, que limita sua liberdade e agride sua imagem, caracteriza, por si só, a extrapolção daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger seu patrimônio contra possíveis violações e há contato físico. Nesse sentido, as empresas, como a Reclamada, têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens e etiquetas magnéticas. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador. Na hipótese sob exame, o próprio Regional concluiu que, -quando realizada a revista sem moderação e com contato físico, a revista íntima configura ato ilícito do empregador a ensejar indenização por dano moral. E essa, não há dúvidas, é a hipótese dos autos-. Nesse contexto, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória que, assim, subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido." (TST - AIRR: 4324020125190003, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23/04/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/04/2014)

22. BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 74.

### 3. FASES EM QUE PODE OCORRER O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

#### 3.1. PRÉ-CONTRATUAL

Pré-contratual é fase que antecede à formalização do contrato de trabalho. Tem início na oferta de emprego e se encerra com a contratação ou com o anúncio da não contratação pelo empregador. Embora não seja propriamente uma etapa da relação de emprego, mas um período que a antecede, não são raras as ocorrências de danos morais neste período, principalmente durante os denominados testes de seleção e recrutamento, com as típicas entrevistas e dinâmicas de grupos, entre outros procedimentos de “avaliação” do perfil dos candidatos ao emprego.

A fase de seleção, *v.g.*, é um período onde se verifica diversas hipóteses de não contratação ou de dispensa do processo de seleção em virtude de fatores de discriminação como o estado gestacional, o pertencimento do candidato a determinadas etnias, a opção religiosa, a orientação sexual, o estado de saúde e condição social, inserção do candidato em “listas negras”.

Em muitas empresas, verifica-se, na fase de seleção, a exposição de candidatos à dinâmicas de grupo vexatórias ou a entrevistas ofensivas, a procedimentos invasivos da sua intimidade ou da sua vida privada, solicitação de dados pessoais sensíveis, submissão à exames toxicológicos, grafológicos e outros métodos de duvidosa efetividade e pertinência com um processo de seleção.

#### 3.2. CONTRATUAL

O caráter sucessivo da relação de emprego faz da fase contratual o campo mais fértil para a ocorrência dos danos morais nas relações de emprego, seja pelo prolongamento do tempo de relacionamento entre empregador e empregado, seja pela sujeição do empregado ao denominado direito de direção do empregador.

São diversas as situações geradoras de danos morais aos trabalhadores durante o contrato como o assédio moral, assédio sexual, acidente de trabalho em que há danos estéticos ou psicossomáticos ao trabalhador, divulgação de dados ou exames sigilosos referentes ao empregado, revista vexatória, espalhar o empregador ou seus prepostos boatos contra o empregado, discriminação do trabalhador no local de trabalho pelo empregador, prepostos ou demais empregados (portador do vírus HIV, homossexuais, etc.), alteração do contrato de trabalho que acarrete prejuízo moral (rebaixamento), entre outros.

#### 3.3. NO MOMENTO DA EXTINÇÃO CONTRATUAL

Como em qualquer relação por tempo indeterminado a ruptura é comumente algo desconfortável ou traumático, dando ensejo a animosidade entre as partes. A depender dos elementos fáticos subjacentes à dispensa, a possibilidade de gravame à esfera moral de um dos sujeitos é maior neste momento.

Como acentua Enoque Ribeiro dos Santos,

Em não havendo ponderação e equilíbrio de uma das partes contratantes, ou inexistindo algo mal resolvido entre elas no passado, que não raro acontece, este momento

mais acalorado poderá ser palco de troca de insultos, acusações infundadas e inverídicas, calúnias, difamação etc., produtoras do dano moral trabalhista.<sup>24</sup>

Não se olvida de diversas dispensas por falta grave baseadas em fatos injuriosos, difamatórios ou caluniosos, como o cometimento de um ato de improbidade pelo empregado, a ocorrência de assédio moral e de humilhações ou discriminações no momento da dispensa ou durante o período de aviso prévio.

#### 3.4. PÓS-CONTRATUAL

Do mesmo modo que as relações de emprego podem suscitar a ocorrência de danos morais antes mesmo do seu nascimento, *mutatis mutandis*, o contrato de trabalho pode produzir efeitos para além da sua vigência, isto é, da sua extinção.

Entre as repercussões pós-contratuais verificam-se diversas situações causadoras de danos morais a ambas as partes do contrato de trabalho, sendo comumente verificada a violação da esfera moral do trabalhador. Deste modo, não obstante o encerramento da relação jurídico-material de emprego, as condutas violadoras da esfera moral do trabalhador fundamentadas, direta ou indiretamente, no vínculo de emprego entre as partes, também constituem danos morais trabalhistas.

Entre os atos e condutas violadoras da esfera moral do empregado na fase pós-contratual podemos destacar a propagação de fatos desabonadores do empregado, a divulgação de dados ou exames sigilosos do empregado, o lançamento do nome do empregado em lista negra.<sup>25</sup>

### 4. REPARAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA

#### 4.1. REQUISITOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL

Consoante o artigo 927 do Código Civil, quem, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Cons-

24. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 135.

25. “RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL PÓS CONTRATUAL. -LISTA DISCRIMINATÓRIA-PARA IMPEDIR CONTRATAÇÃO DE EX-EMPREGADO. *Estão presentes, no caso, os elementos configuradores da competência da Justiça do Trabalho, de acordo com a Súmula nº 392/TST: a) o pleito de indenização por danos morais; e b) o pedido de reparação do dano moral decorrente da relação de trabalho, uma vez que a alegação do reclamante é no sentido de que já foi empregado da reclamada, e que, por tê-la acionado via judicial, é discriminado para novas contratações pelas empresas que a ela locam mão de obra. O fato de, à época da ocorrência do dano (discriminação em -lista discriminatória- na hora da contratação por empresas ligadas à ex-empregadora) não mais vigor a relação de trabalho do reclamante com a reclamada, não desconfigura a hipótese de incidência da competência da Justiça do Trabalho, ante a relação de causalidade com o extinto contrato de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido”.* (TST - RR: 1447000320105230051 144700-03.2010.5.23.0051, Relator: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 15/02/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012)

tituem requisitos para o reconhecimento da responsabilidade por danos morais: a ação ou omissão do agente (culpa, dolo, culpa presumida, responsabilidade objetiva); o resultado lesivo; o nexa causal entre o dano e a conduta do agente.<sup>26</sup>

O empregador possui responsabilidade objetiva pelos atos de seus empregados e prepostos, consoante dispõe o artigo 932, III, do Código Civil. O STF, por meio da Súmula 341, considera “*presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*”

Além das hipóteses de responsabilidade civil por culpa (culpa *stricto sensu* e dolo) e de responsabilidade objetiva por ato de terceiros (prepostos e empregados), o empregador também arcará com danos materiais e morais nas situações nas quais o sinistro é inerente à atividade econômica desenvolvida ou ao modo, local ou tempo em que esta é realizada, isto é, responde pelos riscos advindos da sua atividade, sem indagação de culpa. Trata-se da teoria do risco, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Civil.<sup>27</sup>

#### 4.2. FINALIDADE DA REPARAÇÃO E CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO

Nas hipóteses de danos materiais, a reparação está comumente ligada à ideia do restabelecimento da situação social e jurídica anterior (*statu quo ante*), com tentativa de reparação específica e *in natura* do bem lesado ou, quando não possível esta, sua conversão em indenização pecuniária, conjugando-se os danos emergentes e os lucros cessantes.

Reconhecida a responsabilidade do agente por danos morais, a reparação destes tem como função, a compensação dos danos subjetivos e/ou objetivos ao ofendido, o apenamento com caráter pedagógico para o causador do dano e a compensação pecuniária pela impossibilidade de *restitutio in integro* da esfera moral, não sendo descartada a reparação *in natura* em determinadas situações, como a retratação, publicação de reposta, cirurgia plástica, conjugada ou não com a indenização pecuniária.

Evidente que a materialidade do dano patrimonial torna mais objetiva e concreta a forma e a dimensão da reparação do dano causado. Quando se trata, porém, de dano moral, extrapatrimonial por excelência, a questão dos critérios para a

quantificação da indenização pressupõem a consideração de outros pressupostos e aspectos envolvidos na situação.

É prevalente na doutrina e na jurisprudência o entendimento pela dupla natureza da reparação do dano moral: compensatória para a vítima e punitiva para o ofensor. Serve de consolo para a vítima, uma espécie de atenuação do sofrimento por ela sofrido, e simultaneamente atua como sanção, com caráter punitivo e de desestímulo ao causador do dano.<sup>28</sup>

O primeiro critério para o dimensionamento da indenização do dano moral deve, evidentemente, ser o da extensão do dano (art. 944 do Código Civil), seguindo-se outros parâmetros, muito deles presentes no próprio Código Civil, como a gravidade da culpa (art. 944, parágrafo único, CCB); o grau de concorrência da vítima para o evento danoso (art. 945 CCB); a capacidade econômica do ofensor; o efeito pedagógico para o ofensor e o não locupletamento ilícito da vítima, entre outros que podem ser apreciados de acordo com a especificidade de cada situação.<sup>29</sup>

28. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 628. “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR - A reparação justa do dano moral é matéria das mais complexas e de difícil quantificação, devendo o julgador se pautar em dois vértices, o primeiro pedagógico, a fim de que o agressor não reitere a prática e o segundo satisfativo, para minimizar o sofrimento da vítima”. (TRT-2 - RO: 00011527220145020435 SP 00011527220145020435 A28, Relator: ROSANA DE ALMEIDA BUONO, Data de Julgamento: 25/08/2015, 3ª TURMA, Data de Publicação: 01/09/2015)

29. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE VALOR. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Não existe na legislação pátria delineamento do quantum a ser fixado a título de indenização por danos morais. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. É oportuno registrar que a jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos, o que não se verifica na presente hipótese. Com efeito, na hipótese dos presentes autos, o valor fixado pelo TRT (R\$ 15.000,00) pautou-se em parâmetros razoáveis, como a intensidade do sofrimento, a gravidade do dano (dispensa discriminatória, em razão de o Reclamante ter se candidatado a cargo sindical), o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida. Desse modo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória que, assim, subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (TST - AIRR: 797020135100017, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23/04/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/04/2014)

26. “RECURSO DE REVISTA. TRANSPORTE DE VALORES REALIZADO POR BANCÁ RIO SEM QUALQUER PROTEÇÃO OU SEGURANÇA. DANO MORAL. Devida a indenização por danos morais, quando configurados os requisitos essenciais para a responsabilização empresarial: a) o dano - sofrimento psicológico advindo do alto nível de estresse a que era submetido o Reclamante ao transportar valores sem proteção, com risco à vida e exposto a perigo real de assalto; b) o nexa causal - ordens do Reclamado para que o Reclamante realizasse o transporte de valores; c) a culpa - negligência do Reclamado em adotar as medidas de segurança exigidas pela Lei 7.102/83. Recurso de revista parcialmente provido” (TST-RR-207/2004-103-03-00.7, Ac. 6ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. DEJT 11.12.2009)

27. Código Civil. Artigo 927. “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

**OBRAS CITADAS**

- BARROS, ALICE MONTEIRO DE. *PROTEÇÃO À INTIMIDADE DO EMPREGADO*. SÃO PAULO: LTR, 1997.
- BITTAR, CARLOS ALBERTO. *REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS*. 2ª ED., SÃO PAULO: ED. REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO, 1994.
- \_\_\_\_\_. DO DANO MORAL COLETIVO NO ATUAL CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO. IN REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. VOL. 12. SÃO PAULO: RT, OUT-DEZ, DE 1994, P. 44/61.
- CAHALI, YUSSEF SAID. *DANO MORAL*. 3ª ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2005.
- FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA. *NOVO AURÉLIO SÉCULO XXI: O DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA*. RIO DE JANEIRO: NOVA FRONTEIRA, 1990.
- FIÚZA, RICARDO. *NOVO CÓDIGO CIVIL COMENTADO*: SÃO PAULO: SARAIVA, 2003.
- GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. *RESPONSABILIDADE CIVIL*. 10ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007.
- HIRIGOYEN, MARIE-FRANCE. *MAL-ESTAR NO TRABALHO: REDEFININDO O ASSÉDIO MORAL*. TRAD. REJANE JANOWITZER. 7ª ED. SÃO PAULO: BERTRAND BRASIL, 2012.
- MORAES, GARDÊNIA BORGES. *DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO*. SÃO PAULO, LTR, 2003.
- NETO, XISTO TIAGO DE MEDEIROS. *DANO MORAL COLETIVO*. SÃO PAULO: LTR, 2004.
- NEVES, MÁRCIA NOVAES. *TERROR PSICOLÓGICO NO TRABALHO*. SÃO PAULO: LTR, 2003.
- OLIVEIRA, PAULO EDUARDO VIEIRA. *O DANO PESSOAL NO DIREITO DO TRABALHO*. SÃO PAULO: LTR, 2002.
- SANTOS, ENOQUE RIBEIRO DOS. *O DANO MORAL NA DISPENSA DO EMPREGADO*. 2ª ED., LTR, 2000.
- \_\_\_\_\_. CONTRIBUIÇÕES À FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA. A TESE DA APLICAÇÃO DOS EXEMPLARY OU PUNITIVE DAMAGES. *SUPLEMENTO TRABALHISTA*, LTR, N. 090/04, JULHO, 2004, P. 397 A 402
- SIMÓN, SANDRA LIA. *A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA DO EMPREGADO*. SÃO PAULO: LTR, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *DANO MORAL*. 5ª ED. SÃO PAULO: EDITORA JUAREZ DE OLIVEIRA, 2007.

XERXES GUSMÃO

Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2  
Mestre e Doutor pela Université de Paris 1 – Panthéon-Sorbonne  
Professor  
Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 2ª Região

## A JORNADA DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO

### 1. INTRODUÇÃO

O labor diário do trabalhador assalariado, após um primeiro momento de desregulamentação, decorrente do cenário político liberal do mundo após as revoluções (industrial e francesa) do fim do século XVIII, passou a ensinar uma preocupação crescente por parte do legislador.

Há uma infinidade de normas que podem ser citadas para comprovar esta preocupação, mas algumas se destacam dentre elas, a saber: a lei Peel, da Inglaterra, de 1802, impondo jornada de 12 horas para menores; ainda na Inglaterra, a imposição da jornada de 10 horas para maiores, em 1847; a limitação da jornada ao limite das forças do trabalhador, pela Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII; a limitação da jornada a 8 horas diárias diurnas, ou 7 horas diárias noturnas, pela Constituição do México de 1917.

Tal tendência de limitar a jornada do trabalhador, crescente no caso do empregado, possui interessante evolução no setor específico do trabalho portuário, até a presente data ensejando alguma cizânia acerca da sua eventual aplicação ao trabalhador portuário avulso, como será examinado a seguir.

### 2. A JORNADA NOS PORTOS ANTES DA CF/88 E DA LEI 8.630/93

Há uma distinção essencial a ser realizada, antes do exame pormenorizado da jornada nos portos, válida antes ou após a Constituição Federal de 1998 e a Lei 8.630/93: entre os trabalhadores portuários avulsos, sem vínculo direto com qualquer empregador, e os trabalhadores portuários das Companhias Docas, com vínculo direto com estas.

No que concerne aos trabalhadores portuários avulsos, antes da Lei 8.630/93, a jornada era regulada pela própria CLT, cujos artigos 278 e 291 previam que a Delegacia do Trabalho Marítimo fixaria o horário de trabalho, tendo os portuários avulsos uma jornada de 8 horas, dividida em 2 turnos de 4 horas – se fosse trabalho noturno na estiva, a jornada era de 6 horas, dividida em 2 turnos de 3 horas cada -, com intervalo entre 1 hora e 1 hora e 30 minutos.

Havia, ainda, previsão, para os trabalhadores portuários avulsos, de 2 horas extras diárias, além do trabalho urgente poder ser executado no intervalo intrajornada, com o respectivo pagamento dobrado.

No que atine aos trabalhadores vinculados às Companhias Docas, a jornada não era regulada pela CLT, mas sim pela Lei 4.860/65, a qual previa, na capatazia, 2 turnos de 4 horas cada, com intervalo intrajornada de até 2 horas<sup>1</sup>.

Nos demais serviços, a jornada era fixada pela Administra-

ção do Porto, respeitando-se o limite de 8 horas diárias e 48 horas semanais<sup>2</sup>.

Quanto ao trabalho noturno, o mesmo era o empreendido entre as 19 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte, com a hora de 60 minutos<sup>3</sup> – e não de 52 minutos e 30 segundos, como a do trabalhador ordinário.

O intervalo interjornada era de 11 horas, assim como o descanso semanal remunerado, de 1 dia por semana<sup>4</sup>.

Há, ademais, uma previsão peculiar na Lei 4.860/65: de trabalho no intervalo intrajornada, quando determinado pela autoridade portuária<sup>5</sup>, assim como no feriado, quando necessário, sempre a critério da Administração do Porto<sup>6</sup>, com remuneração em dobro ou folga compensatória.

Vale ressaltar, por derradeiro, a previsão do adicional de risco de 40% do salário-hora ordinário, substituindo os adicionais de insalubridade e de periculosidade, para o labor executado sob condições nocivas à saúde do trabalhador<sup>7</sup>.

### 3. A JORNADA NOS PORTOS APÓS A CF/88 E A LEI 8.630/93

#### 3.1. NOVO MARCO NORMATIVO

A Constituição Federal de 1988 representa um novo marco normativo para o trabalhador avulso: com a nova previsão do artigo 7º, XXXIV do texto constitucional, passa a ser equiparado ao empregado, no tocante aos seus direitos.

Continuam existindo, todavia, na nova lei do trabalho portuário, a Lei 8.630/93<sup>8</sup>, dois tipos principais de trabalhadores portuários: os avulsos, sem vínculo de emprego direto com qualquer empregador, ainda que passando a ter direitos de empregado, pela previsão constitucional; o trabalhador com vínculo empregatício, seja com as Companhias Docas, seja com os operadores portuários.

Entretanto, esta nova lei reduz o número de trabalhadores com vínculo direto com as Companhias Docas, pois retira a tradicional função destas companhias na capatazia, limitando os seus empregados às atividades administrativas do porto.

Para estes trabalhadores portuários remanescentes, com vínculo com as Companhias Docas, aplica-se o regime anterior: a Lei 4.860/65.

2. Conforme previsão dos artigos 6º e 7º da Lei 4.860/65.

3. Nos termos do artigo 4º, §1º da Lei 4.860/65.

4. Na forma do artigo 7º, §§4º e 6º da Lei 4.860/65.

5. Como previsto pelo artigo 7º, §2º da Lei 4.860/65.

6. Conforme previsão do artigo 7º, §7º da Lei 4.860/65.

7. Nos termos do artigo 14 da Lei 4.860/65.

8. De acordo com o artigo 26 da Lei 8.630/93.

1. Trata-se da previsão do artigo 5º, *caput* da Lei 4.860/65.

### 3.2. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO: VAZIO NORMATIVO

Se, por um lado, a nova regulação, inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 8.630/93, nada alterou com relação à situação jurídica dos trabalhadores das Companhias Docas, o mesmo não ocorreu com os trabalhadores portuários avulsos, que deixaram de possuir a anterior regulação pela CLT, cujo capítulo foi revogado pela Lei 8.630/93, sem que esta lei tenha criado uma nova regulamentação satisfatória, surgindo um vazio normativo relevante com relação a diversos pontos.

Um destes pontos sem regulação específica foi, justamente, a jornada de trabalho, que tampouco veio a ser regulada pela lei posterior à Lei 8.630/93, a Lei 12.815/13, novo marco regulatório dos portuários, que revogou a lei anterior, meramente atribuindo à Autoridade Portuária o poder de estabelecer a jornada de trabalho no cais de uso público<sup>9</sup>. O vazio normativo permaneceu, portanto.

Nem mesmo as normas internacionais podem ser utilizadas como fonte para suprir esta lacuna, pois a Convenção 137 da OIT, referente aos trabalhadores portuários<sup>10</sup>, tampouco regulou a sua jornada de trabalho.

Surge, então, a dúvida: diante deste vazio normativo, aplica-se a Lei 4.860/65 ou a CLT para regular a jornada do trabalhador portuário avulso?

A Lei 4.860/65 é, segundo a jurisprudência dominante, aplicável a algumas situações pontuais do trabalhador portuário avulso, a saber: a jornada noturna<sup>11</sup> e o adicional de risco<sup>12</sup>.

Para as demais situações, a CLT se aplica, em conformidade com a expressa previsão constitucional da equiparação de direitos entre empregados e trabalhadores avulsos, contida no artigo 7º, XXXIV da CF/88.

Nesse sentido, o intervalo interjornada do trabalhador portuário avulso é o ordinário, de 11 horas, respeitando-se, ainda, o repouso semanal remunerado de 24 horas<sup>13</sup>.

Apesar de parecer singelo, este é um tema bastante polêmico no setor portuário. Isto porque não é raro encontrar-se no porto normas coletivas que preveem a redução do intervalo interjornada de 11 horas, com base em um costume do setor<sup>14</sup> de dobras ou de jornadas com intervalos mais curtos, especialmente pela previsão de jornada de 6 horas seguidas de 6 horas de repouso, com retomada de nova jornada de 6 horas.

Sucedem que existe um problema adicional, além da regra celetista, para a admissão de tal redução do intervalo interjornada: a previsão do artigo 8º da Lei 9.719/98<sup>15</sup>, que exige o intervalo de 11 horas, salvo situações excepcionais, previstas em normas coletivas. Ora, situações excepcionais não se confundem com uma previsão ordinária e geral de tal intervalo inferior a 11 horas.

Cumpra salientar, aliás, que a jurisprudência é majoritariamente contrária a tal redução do intervalo interjornada pelas normas coletivas, podendo-se afirmar que, apesar de persistir alguma resistência<sup>16</sup>, vigora a regra geral do intervalo de 11 horas, como previsto no texto celetista.

Na mesma linha, o intervalo intrajornada do trabalhador portuário avulso segue a regra celetista, de 1 hora, para jornadas superiores a 6 horas, ou de 15 minutos, para jornadas superiores a 4 horas indo até 6 horas<sup>17</sup>.

Em resumo, a jornada do trabalhador portuário avulso é regulada, essencialmente, pela CLT e pela Constituição Federal de 1988, complementadas pelas normas coletivas<sup>18</sup>, como no caso do empregado.

Vale observar, outrossim, que as jornadas dos trabalhadores portuários avulsos costumam ser de 6 horas, em 4 turnos diários: das 7h às 13h, das 13h às 19h, das 19h à 1h ou da 1h às 7h, um grupo de trabalhadores sendo escalado pelo OGMO para cada turno.

Uma vez desrespeitada esta jornada legal, seja pela dobra, seja pela retomada do labor após 6 horas de intervalo ou, ainda, pela jornada contínua, sem intervalo intrajornada, surge o direito às horas extras, pela dobra ou pela supressão ou redução do intervalo intrajornada ou interjornada, a serem remunerados com o adicional de horas extras, conforme jurisprudência sedimentada sobre o tema<sup>19</sup>.

9. Na forma do artigo 17, §1º, XIV da Lei 12.815/13.

10. Promulgada pelo Brasil por meio do Decreto Presidencial 1.574/95.

11. Das 19h às 7h, sem a hora ficta noturna, nos termos da OJ 60 da SDI-1 do TST, que prevê jornada noturna nos mesmos moldes do artigo 4º, §1º da Lei 4.860/65.

12. Tema não diretamente relacionado à jornada de trabalho, mas que demonstra esta regulação híbrida do trabalhador portuário avulso, na forma da OJ 402 da SDI-1 do TST.

13. Diversamente da previsão da Lei 4.860/65, cujo artigo 7º, §4º prevê somente as 11 horas, sem o acréscimo das 24 horas do DSR.

14. Baseado, em grande parte, no próprio desejo de muitos trabalhadores portuários avulsos, que assim podem obter maior ganho com intervalos mais curtos.

15. Outra lei específica do setor portuário, ainda em vigor, pois não revogada pela Lei 12.815/13.

16. A título informativo acerca desta cizânia, vale mencionar a existência de um Termo de Ajustamento de Conduta, celebrado em 2006, entre o Ministério Público do Trabalho e o OGMO de Santos, prevendo o respeito ao intervalo interjornada de 11 horas, salvo em situações excepcionais, como na falta de trabalhador portuário avulso registrado e sucessivamente de cadastrado, que tenha respeitado o intervalo mínimo entre duas jornadas de trabalho de 11 horas, estando, então, autorizada a escalção de TPA registrado e sucessivamente de cadastrado, que tenha observado o intervalo mínimo de 6 horas consecutivas entre duas jornadas de trabalho; ou, ainda, na impossibilidade de aplicação do disposto no item anterior e na falta de trabalhador portuário avulso registrado e sucessivamente cadastrado, que tenha respeitado o intervalo mínimo de 6 horas, estará autorizada a escalção dobrada de TPA registrado e sucessivamente de cadastrado.

17. Uma vez mais com regulação mais benéfica do que a da Lei 4.860/65, cujo artigo 7º, §2º prevê o trabalho obrigatório, desde que requisitado, no intervalo intrajornada.

18. Com a ressalva de que estas normas coletivas não se confundem com as dos empregados das Companhias Docas, pois cada categoria possui as suas próprias normas.

19. Dentre diversos outros julgados nesse sentido, podem ser citados os seguintes do C. TST: RR 897-41.2012.5.09.0322, 29/10/2014, Relatora Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 31/10/2014; RR

No tocante à responsabilidade por tal pagamento do labor extraordinário, existe solidariedade entre o OGMO, que escala os trabalhadores portuários avulsos<sup>20</sup>, e os operadores portuários, que utilizam os seus serviços<sup>21</sup>, ressaltando-se o dever destes operadores, juntamente com o OGMO, de fiscalizar a presença dos trabalhadores no local de trabalho<sup>22</sup>, podendo checar e evitar eventual labor extraordinário ou em desrespeito aos intervalos legais.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame da situação jurídica da jornada dos trabalhadores portuários avulsos indica um vazio normativo, suprido somente pela construção jurisprudencial, com fundamento na previsão constitucional de equiparação de direitos entre empregados e trabalhadores avulsos, garantindo-se, assim, a aplicação das disposições celetistas e constitucionais.

Nesse sentido, a duração do labor dos trabalhadores portuários avulsos segue a regra geral, com jornadas de 6 ou 8 horas, intervalo intrajornada de 15 minutos ou 1 hora e intervalo interjornada de 11 horas, o desrespeito a tais parâmetros ensejando o direito ao pagamento de horas extras, com responsabilidade solidária entre o OGMO e os operadores portuários por tal pagamento.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

CARVALHO, FRANCISCO EDIVAR E COSTA, SILVIA PIRES BASTOS. **ABORDAGEM PRÁTICA DO TRABALHO PORTUÁRIO E AVULSO**. SÃO PAULO: LTR, 2015, 134 P.

MEIRINHO, AUGUSTO GRIECO SANT'ANNA E MELO, MAURÍCIO COENTRO PAIS DE (ORGANIZADORES). **TRABALHO PORTUÁRIO E AQUAVIÁRIO. HOMENAGEM AOS 10 ANOS DA COORDENADORIA NACIONAL DO TRABALHO PORTUÁRIO E AQUAVIÁRIO**. SÃO PAULO: LTR, 2014, 255 P.

PINTO, CRISTIANO PAIXÃO ARAÚJO E FLEURY, RONALDO CURADO. **A MODERNIZAÇÃO DOS PORTOS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL. DOCTRINA, LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**. PORTO ALEGRE: SÍNTESE, 2004, 344 P.

RAMONIGA, MIRIAM. **DIREITO PORTUÁRIO. OGMO. ÓRGÃO GESTOR DE MÃO DE OBRA DO TRABALHO PORTUÁRIO AVULSO**. CURITIBA: JURUÁ, 2011, 176 P.

---

1501-13.2012.5.02.0446, 29/10/2014, Relator Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 31/10/2014; RR 932-63.2010.5.01.0008, 01/10/2014, Relatora Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 10/10/2014; ARR 501-64.2012.5.09.0322, 24/09/2014, Relator Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 03/10/2014.

20. Nos termos do artigo 5º Lei 9.719/98.

21. Conforme previsão dos artigos 33, §2º da Lei 12.815/13 e 2º, §4º da Lei 9.719/98.

22. Na forma do artigo 6º da Lei 9.719/98.

LORENZO M. BUJOSA VADELL

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca

## MEDIACIÓN ELECTRÓNICA: PERSPECTIVA EUROPEA

**SUMARIO: 1.- Introducción sobre los ADR.- 2.- La utilización de medios electrónicos para la resolución de controversias en Europa. 3.- La mediación electrónica en Europa.- 3.1.- Elementos subjetivos.- 3.2.- Elementos objetivos.- 3.3.- Procedimiento.- 3.4.- Efectos.- 3.5.- Protección de datos.- 3.6.- Costes.- 3.7.- Mediaciones colectivas.**

### RESUMEN:

Las formas complementarias o alternativas de resolución de conflictos presentan nuevas cuestiones cuando se les aplican medios electrónicos para facilitar su aplicación. En el estudio que sigue se hace una exposición de los pasos que se han dado tanto en la Unión Europea como en la regulación interna española para la implementación de la mediación electrónica, con un análisis sistemático de sus diversos aspectos subjetivos, objetivos, procedimentales y en general de las garantías necesarias, así como de las cuestiones relativas a la eficacia de estas vías de acceso a la justicia en sentido amplio. Al final se plantea la posibilidad de regular la posibilidad de admitir mediaciones colectivas también por vía electrónica.

**PALABRAS CLAVES:** Mediación, ODR, TICs

### SUMMARY:

The complementary or alternative forms of resolution of conflicts display some new questions when electronic means are applied to them to facilitate their implementation. In the study that follows I make an explanation of the steps that have occurred last years in the European Union as in the Spanish internal regulation for the legal development of the electronic mediation, with a systematic analysis of their diverse subjective, objective aspects, procedural and in general of the necessary guarantees, as well as of the questions relative to the effectiveness of these ways for access to justice in an large sense. Finally I consider the possibility of regulating also collective mediations by electronic means.

**KEY WORDS:** Mediation, ODR, TICs

### 1. INTRODUCCIÓN SOBRE LOS ADR

A diferencia de lo que comúnmente pueda parecer, los sistemas de ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) o métodos de resolución alternativos<sup>1</sup> distan de ser una solución nueva. Es

1. De manera justificada, algunos autores han propugnado sustituir el término "alternativo" por "complementario". Así F. MARTÍN DÍZ, titula su premiada monografía de la siguiente manera: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010,

más, es muy probable que antes de la existencia de unos sistemas de justicia institucionalizados y organizados a través de los cuales el Estado ejerce una potestad derivada del núcleo de la soberanía, la forma de resolver las controversias siguiera unos cauces parecidos a la esencia de lo que hoy incluimos entre estas vías alternativas o complementarias: negociaciones más o menos amigables, intervención de terceros que ayudaran a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo y también la intervención de personas con *auctoritas*, aun en sociedades en que el poder no estuviera estructurado, que vertieran su opinión vinculante acerca de cuál de los contrincentes tenía la razón.

No hay duda, sin embargo, que hoy en día hay un elevado componente de moda en el auge de las negociaciones, las conciliaciones o las mediaciones. En la crisis de abundancia de abogados<sup>2</sup> que, por ejemplo, ha invadido en los últimos decenios la sociedad española, se han defendido estos cauces diversos como tabla de salvación ante la reñida competencia para sobrevivir y ganarse el pan, y debo añadir que a ello han contribuido las Universidades. Obviamente convalidar esta idea me resulta peligroso, porque puede suponer caer en la trampa de desviar el problema de la administración de justicia. Dicho de otro modo, y adelantando una de las conclusiones de este estudio: la negociación, la conciliación y la mediación, ni siquiera el arbitraje, pueden servir de coartadas para evitar afrontar seriamente los problemas de la jurisdicción.

El proceso como instrumento público<sup>3</sup>, sometido a las exigencias de lo que la Constitución federal de los Estados Unidos de América llama *Due Process of Law*, y que podríamos traducir como "proceso justo" –más que con el anglicismo "proceso debido"- o, en términos constitucionales españoles, "proceso con todas las garantías", es un logro de la civilización; sometido, bien es verdad, a continuas amenazas y aminoraciones de garantías con el fin dudoso de aumentar su eficacia sin mayores miramientos.

que obtuvo el Premio "Rafael Martínez Emperador" del año 2009 concedido por el Consejo General del Poder Judicial español.

2. Paradójicamente tampoco este es un fenómeno nuevo: no hay más que recordar la famosa obra del maestro P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati*, Firenze, 1921.

3. Me opongo respetuosamente, aunque con firmeza, a hablar de la administración de la justicia (en minúsculas) como un servicio público, por lo que de Administrativización de la jurisdicción conlleva, o intromisión del Poder Ejecutivo en un ámbito cuya razón de ser se basa en la independencia de los Jueces y Magistrados. Una cosa es ser un servicio público –sujeto a las normas de Derecho Administrativo y a los criterios de oportunidad del Ejecutivo- y otra ejercer un poder del Estado que responde al ejercicio de un derecho fundamental por parte de "todas las personas" (y aún más allá: "de todos los sujetos jurídicos"). Vendría a ser la diferencia entre un servicio público y estar al servicio del público, que no es ni mucho menos lo mismo.

Se trata, por tanto, de no dejar de perfeccionar el viejo proceso, y por tanto la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero apreciar que junto a él caben otros cauces de acceso a la justicia que pueden ser más adecuados para cierto tipo de conflictos, por su propia naturaleza y sus específicas características. Así, tal y como se ha hecho desde la propia Unión Europea, se amplía el concepto de tutela judicial efectiva –que no deja de tener su sustantividad esencial– hacia una idea más amplia de “acceso a la justicia” en la que se promueven también estas otras vías de resolución de controversias.

Si limitamos nuestro examen a estos otros cauces, nos encontramos con una amplia variedad de modalidades, que puede ser positiva, justamente por poder adaptarse cada una de ella al problema que se pretender resolver. De ahí la extraordinaria ventaja de los llamados “tribunales multipuertas” (*Multidoor Court-Houses*), en los que al llegar una reclamación determinada es analizada de manera primaria, pero suficiente, para determinar la vía más adecuada para intentar su resolución<sup>4</sup>.

Desde la perspectiva conceptual, no obstante, se existen confusiones y logomaquias, que nos parecen innecesarias si se trata de priorizar la pacificación social y la superación de la confrontación específica del caso<sup>5</sup>. En realidad considero que diferenciaciones entre la conciliación y la mediación basadas en si se permite o no al tercero la aportación de sugerencias, o incluso de soluciones, a tomar en cuenta o no por las partes en conflicto, aportan poco a la realidad práctica: el sujeto que ayuda a la resolución del conflicto debe acercar las posiciones y estar atento a la oportunidad de sugerir, cuando lo vea prudente, posibilidades de acuerdo que lleven a la autocomposición. Que lo haga o no, no debe depender de etiquetas, sino de las circunstancias concretas y, en especial, de la disposición de las partes hacia un eventual acuerdo.

Más delicados pueden ser los intentos de acuerdos integrados en vías heterocompositivas: como la tentativa de conciliación que se prevé en la audiencia previa del juicio ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, o la mediación que deberán buscar los árbitros, en los casos propicios, en el sistema arbitral de consumo. El riesgo en estos casos, por supuesto, se centra en la contaminación del juez o árbitro que intenta el acuerdo de las partes, si en caso de no ser al-

canzado debe decidir sobre la pretensión y su resistencia en la sentencia definitiva. Es claro que cualquier medidor debe ser neutral, pero podría discutirse si alguien que ha intervenido de manera en el activo favoreciendo de manera activa la composición, puede luego mantener la imparcial frialdad de ánimo para resolver de manera justa y adecuada, por vía heterocompositiva. Por ello, entiendo que son más adecuados los sistemas que derivan el intento de acuerdo, desde el proceso, a instancias externas de resolución complementaria, suspendiendo mientras tanto la tramitación del procedimiento por un tiempo determinado.

## 2. LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EUROPA

Ante todas estas cuestiones, en los últimos tiempos se ha añadido otra más, por la adecuación y la facilitación que permite la utilización de medios electrónicos en la resolución de controversias. La llamada desde instancias de la Unión Europea *E-Justice* tiene realmente un alcance amplio<sup>6</sup>, referido también al proceso jurisdiccional –valga la redundancia–. Es razonable aplicar de manera prudente al proceso las ventajas de la red de redes, y así se están produciendo importantes reformas en diversos países de manera amplia, entre los que cabe destacar Brasil, Finlandia, España o Chile<sup>7</sup>. El peligro en estos casos está en la obnubilación que con frecuencia producen las llamadas nuevas tecnologías aplicadas a la justicia: parece que van a ser la solución a todos los males<sup>8</sup>.

4. BARONA VILAR, S., “‘Justicia integral’ y ‘Access to Justice’. Crisis y evolución del ‘paradigma’”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Madrid, 2016, pp. 31-56, para partir de la conocida construcción conceptual de Thomas KUHN, para analizar los cambios que se han producido con la evolución en la justicia.

5. CEBOLA, C.M., *La mediación*, Madrid, 2013, pp. 147 y ss: “Resulta curioso advertir que la diferencia entre negociación y mediación es una cuestión fundamentalmente debatida en los sistemas anglosajones, mientras que la distinción entre conciliación y mediación es una preocupación europea (continental) pudiendo estar relacionada con razones históricas del surgimiento del propio movimiento de los ADR y, además, por la pertenencia a diferentes sistemas jurídicos como es el *Common Law* de los países anglosajones y a los sistemas germánicos o románicos europeos”.

6. De manera general *vid.* BUENO DE MATA, F., “E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* ([www.riedpa.com](http://www.riedpa.com)), núm.1, 2010.

7. En España fue importante la *Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*; y no lo ha sido menos la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española por la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*, en la que se afirma que “Los avances en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación constituyen un valioso instrumento para el desarrollo de las actuaciones de la Administración de Justicia, así como en su relación con los profesionales y ciudadanos”. A ello cabe añadir el *Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET*.

8. Con su proverbial sentido crítico, el Prof. DE LA OLIVA SANTOS, tituló la columna de su *blog Por Derecho. III época*, del domingo 30 de octubre de 2011: “Propaganda de una falsa panacea, arrinconamiento de los jueces y medio de control de la justicia por el Ejecutivo” y entre otras importantes consideraciones afirma: “El impulso de informatización de la Justicia no debe presentarse a la ciudadanía como una panacea que, milagrosamente, resolverá los más importantes problemas de la Justicia y logrará que los procesos judiciales sean tramitados y resueltos con más acierto y en mucho menos tiempo. Esta presentación puede deberse a una desmedida ambición política, pero he comprobado muchas veces que se apoya también en una extrema ignorancia sobre la informática, lo que, claro está, facilita, no ya la propaganda más lamentable, sino también la promoción o aceptación de proyectos imprudentes y desenfocados desde su origen, como puede haber sido el de compatibilizar sistemas diversos o el de desdeñar las dificulta-

Sin embargo, son indudables las ventajas de una informatización bien hecha, plenamente aplicable también a esas otras vías que nos interesan especialmente en este artículo. Y así hace algunos años se empezó a hablar de “mediación electrónica” o de “resolución de disputas en línea (RDL)”, a sabiendas de la multiplicidad de posibilidades que ello conlleva<sup>9</sup>, pues el ciberespacio es lábil y flexible, permite desde la aplicación de las conocidas videoconferencias a tres bandas, hasta la mera transmisión de la reclamación por escrito y, a su vez, de la misma forma obtener la contestación, pudiendo aplicar programas informáticos que también por escrito transmitan la solución ideal según los algoritmos que el programa contenga.

Más que un examen global de la problemática de la mediación por vía electrónica, que por otro lado, tiene ya sus interesantes textos representativos<sup>10</sup>, interesa en este texto examinar los pasos concretos que se han dado en el ámbito de la Unión Europea, y más específicamente en España para regular esta vía de solución de conflictos a través de internet, partiendo, como no podría ser de otra manera, de los proyectos más generales sobre la construcción europeo de una justicia en línea.

Así, el conocido como Programa de Estocolmo<sup>11</sup> se inscribió en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en Europa cuyas bases se asentaron en el Tratado de Amsterdam de 1997 y, en especial, en las conclusiones de la reunión extraordinaria de Tampere (Finlandia) de mitad de octubre de 1999. El mencionado programa fue uno más de los planes quinquenales para el desarrollo y profundización de ese espacio en el ámbito de la Unión Europea<sup>12</sup>. En este en concreto

---

des que entrañan las redes complejas. La experiencia muestra, además, que la introducción de la informática sin personal cualificado es desastrosa, lo mismo que los frecuentes cambios de personal auxiliar originados por su temporalidad e interinidad”.

9. Vid. ALZATE SÁENZ DE HEREDIA, R., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, 2013.

10. Así, por ejemplo, HÖRNLE, J., *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge, 2009; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Resolución extrajudicial de conflictos *on line*: Una nueva posibilidad para la defensa del consumidor”, *Práctica de Tribunales*, núm. 68, febrero 2010. CORTÉS, P., *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Oxon, 2011; GRAMATIKOV, M., *Costs and Quality of Online Dispute Resolution. A Handbook for Measuring the Costs and Quality of ODR*, Antwerpen/Apeldoorn/Portland, 2012; VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Cizur Menor, 2013; RICHARD GONZÁLEZ, M., “Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (*on-line dispute resolution*)”, *Diario La Ley*, núm 8360, 23 de julio de 2014; así como los ya citados ALZATE SÁENZ DE HEREDIA, R., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de disputas en línea... op. cit.*, y BARONA VILAR (Ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción... op cit.*

11. Programa de Estocolmo- Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. DOUE C 115, de 4 de mayo de 2010.

12. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF>

se alude en repetidas ocasiones a la utilización de medios electrónicos para ello. En el punto 3.2.5 el Consejo Europeo planteó a la Comisión “que deberían utilizarse en la mayor medida posible todos los medios modernos de comunicación electrónica, y que se debería proporcionar cuanto antes a las autoridades judiciales los medios necesarios para disponer de unas comunicaciones electrónicas seguras que permitan una correspondencia protegida. La Unión también debería insistir en el uso de la videoconferencia y en la ayuda al desarrollo de instrumentos de traducción para que sean lo más exactos posibles. Estos progresos deberían ir acompañados de la aplicación del Plan de acción relativo a la Justicia en red europea y formar parte de él”.

A finales de mayo de 2008 la Comisión presentó una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo con el significativo nombre: “Hacia una estrategia europea de e-Justicia (Justicia en línea)”<sup>13</sup> donde se define la “E-Justicia” como “el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta”. Al margen de algunas críticas conceptuales que merece esta definición y el documento en sí<sup>14</sup>, es claro que este documento se basa en la idea de que el desarrollo de la justicia electrónica “es un elemento clave para la modernización de los sistemas judiciales y la Comisión siempre ha fomentado el recurso a las TIC en la cooperación judicial”.

En esta línea se inscribe el Plan de acción plurianual 2014-2018 relativo a la Justicia en red europea<sup>15</sup>, integrado en la Estrategia del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior<sup>16</sup> y coherente con el marco general de la administración electrónica y el Marco de Interoperabilidad europeo, todo ello en función de los principios de acción voluntaria, la descentralización, la interoperabilidad<sup>17</sup> y la dimensión europea.

En este Plan se alude expresamente no solo al perfeccio-

---

13. Bruselas, 30 de mayo de 2008, documento COM(2008) 329 final.

14. Por ejemplo, hablar por un lado de “acción judicial”, pero por otro de “toda actividad consistente en resolver un litigio”, lo cual no precisa necesariamente siempre de actividad judicial. O la muy criticable inclusión de la “e-Justicia” en el marco más general de la Administración en línea (*e-Government*), sin tener en cuenta que el concepto anglosajón de *Government* es mucho más amplio que el de Gobierno y Administración de nuestras constituciones -sería sinónimo de poder público-, con lo cual con la errónea traducción se cuela de rondón una preocupante confusión de poderes.

15. DOUE C 182, de 14 de junio de 2014, pp. 2-13.

16. DOUE C 376, de 21 de diciembre de 2013, pp. 7-11.

17. Se entiende la interoperabilidad como la capacidad de los sistemas de tecnologías de la información y la comunicación, y de los procesos empresariales en que estas se apoyan para intercambiar datos y permitir compartir información y conocimientos. Debe apuntarse de inmediato que este loable propósito ha tenido dificultades en el propio ámbito interior español, por la concurrencia de sistemas informáticos incompatibles entre Comunidades Autónomas con competencias para ello y aquellas otras regidas en este aspecto por el Ministerio de Justicia nacional.

namiento de la aplicación de las tecnologías de comunicación e información al proceso, sino también a las demás vías complementarias. De este modo, el párrafo 24 establece que “deberá facilitarse la presentación de demandas judiciales y el inicio de procedimientos extrajudiciales, en particular en situaciones transfronterizas, mediante la disponibilidad de la comunicación por medios electrónicos entre los órganos jurisdiccionales y las partes en el proceso, así como entre los testigos, peritos y otros participantes”.

Conviene aludir a dos textos más que añaden datos importantes para conocer el estado de la cuestión: En marzo de 2014 la Comisión Europea presentó al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones una nueva Comunicación con el título: “La agenda de justicia de la UE para 2020 - Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión”<sup>18</sup>, en la que se parte de la constatación de los avances sustanciales para la consecución de un área de libertad, seguridad y justicia sin fronteras internas, aumentando la confianza mutua, siendo conscientes de la importancia de la justicia para el crecimiento económico, así como de la necesidad de simplificar la justicia para los ciudadanos y de proteger los derechos fundamentales al mismo tiempo. Las necesidades inmediatas se identifican con el fortalecimiento de la confianza mutua en la que se basa la política de la Unión en materia de justicia, con la gran movilidad de personas entre los países europeos<sup>19</sup> y con la superación de los principales problemas económicos para consolidar la recuperación económica, el crecimiento y afrontar el problema grave del desempleo. A la hora de desmenuzar las acciones precisas para consolidar los progresos alcanzados, entre otros, se proclama la exigencia de asegurar la existencia de vías de protección efectivas: “Para facilitar aún más la resolución rápida de los litigios, los Estados miembros deben fomentar el uso de otro tipo de recursos extrajudiciales desarrollados en la UE que podrían ofrecer una solución rápida, eficaz y menos costosa a los conflictos. Entre estos instrumentos figuran, por ejemplo, la mediación, la resolución alternativa de litigios, la resolución de litigios en línea, SOLVIT, el proceso europeo de escasa cuantía y la recientemente acordada orden europea de retención de cuentas”.

El otro documento que complementa a este que se acaba de glosar es otra Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones que lleva por título “Una Europa

abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad”<sup>20</sup>. A pesar de lo utópico que resulta leer este título en unos momentos en que la amenaza terrorista y las tensiones intraeuropeas son protagonistas de primer nivel, sería un derroche inaceptable echar a perder todos los progresos que la Unión Europea ha conseguido en los últimos quince años en la construcción de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Que el concepto predominante hoy día sea el de la seguridad no debe ocultar la esencialidad de los otros dos que no pueden sino acompañarlo.

La seguridad también se manifiesta en el ámbito que más directamente nos interesa, pues precisamente una de las finalidades de esta comunicación es “aumentar los niveles de seguridad de los ciudadanos y de las empresas en el ciberespacio”. Así pues, “dado que nuestras sociedades dependen cada vez más de Internet, es necesario construir sistemas seguros y fiables para que las personas y las empresas puedan aprovechar plenamente el potencial de la red”. Entre otras preocupaciones, por ejemplo entorno a la ciberdelincuencia, se pone de manifiesto que “a nivel estratégico, la UE necesita una respuesta más coordinada. La primera estrategia de seguridad informática de la UE se ha adoptado con el objetivo de crear un entorno en línea más seguro a nivel mundial” y para ello se precisa que esta visión debe plasmarse en medidas concretas<sup>21</sup>.

### 3. LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN EUROPA

A partir de una concepción amplia del acceso a la justicia, ya el Consejo Europeo extraordinario de Tampere de 1999 instó a los Estados miembros de la Unión Europea a la creación de procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios. En abril de 2002 se presentó un documento consultivo, llamado Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de

18. Estrasburgo, 11 de marzo de 2014, documento COM(2014) 144 final.

19. En este sentido se afirma: “Incluso sin salir de casa, los consumidores compran bienes y servicios transfronterizos, en particular en línea. A pesar de los avances en el disfrute de sus derechos, los ciudadanos de la UE aún se enfrentan a algunos obstáculos. Siguen encontrando dificultades prácticas y jurídicas cuando intentan ejercer en otro Estado miembro los derechos que tienen reconocidos en su país. La UE tiene que remover con determinación estos obstáculos, a la vez que continúa luchando contra los abusos, especialmente en un momento en que el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE está siendo cuestionado en algunos casos”.

20. Estrasburgo, 11 de marzo de 2014, documento COM(2014) 154 final.

21. En este sentido, es importante mencionar el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) nº 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión [DOUE L 310, de 26 de noviembre de 2015, pp. 1-18], el cual tiene expresamente por objeto “establecer normas comunes destinadas a garantizar un trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y a salvaguardar los derechos de los usuarios finales. Su finalidad no es sólo proteger a los usuarios finales, sino garantizar simultáneamente el funcionamiento continuado del ecosistema de internet como motor de innovación. Es importante la aplicación del principio de neutralidad tecnológica, es decir, no se impone el uso de ningún tipo particular de tecnología ni se discrimina a su favor.

Por otro lado, la Decisión (UE) 2015/2240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la misma fecha -25 de noviembre de 2015-, establece un programa relativo a las soluciones de interoperabilidad y os marcos comunes para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (programa ISA) como medio de modernización del sector público. [DOUE L 318, de 4 de diciembre de 2015, pp. 1-16].

conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil en el que se examinaba la situación en los países de la Unión y se planteaban diversas cuestiones concretas para la elaboración de un texto articulado que sirviera para armonizar la legislación en esta materia en todo el Espacio judicial europeo.

Este es el contexto en que tuvo su origen la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>22</sup>. Esta norma que vincula a los legisladores nacionales de los Estados miembros a regular a través de los medios que consideren oportunos la materia que contiene, tiene una importante limitación: es verdad que promueve la aplicación de la mediación para obtener una resolución económica y rápida de los conflictos en el área del Derecho privado –en ámbitos de libre disposición de los derechos-, pero se limita a los litigios transfronterizos, es decir, a aquellos que tengan un elemento correspondiente a otro Estado miembro distinto. No es de aplicación obligatoria a la regulación interna de la mediación en los Estados que forman parte del Espacio judicial europeo.

Esta es la base normativa de la vigencia en España de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que se entiende que “la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible”<sup>23</sup>. Esta ley excluye, sin embargo, entre algunas otras mediaciones con mayor lógica (mediación penal, mediación con las Administraciones públicas, mediación laboral), otra que no estaría tan claramente justificada: la mediación en materia de consumo. Es muy probable que la exclusión se deba únicamente a la importancia específica de la materia de consumo en el Derecho europeo, y a la subsiguiente conclusión de que necesitaría una normativa específica, a la que me referiré más adelante.

En esta Ley hay sólo una pequeña referencia a la mediación electrónica, cuando se regulan las instituciones de mediación (art. 5.2): “Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias”. En realidad, la regulación más detallada ha sido

22. DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008, pp. 3-8.

23. Añade, a su vez, que “como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”. Me parece completamente plausible entender que los tribunales deben intervenir sólo en los casos en que sea estrictamente necesario, sin embargo ya he expuesto mis reticencias hacia la idea de que uno de los fines de la mediación sea la reducción de la carga de trabajo de los tribunales, mientras que me parece una obviedad innecesaria el último inciso del párrafo transcrito: si se llega a un acuerdo por otra vía, por supuesto que nadie tendrá interés alguno en llevar la reclamación ante la Jurisdicción.

introducida por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues dedica el capítulo V a la instauración de un “procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos” que se destina “preferentemente” para reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros o de otro interés que no supere esa cantidad, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes o cuando éstas acuerden un procedimiento distinto y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de derecho”. Se trata de una tramitación simple con formularios o impresos electrónicos normalizados con una duración máxima de un mes.

Por lo que se refiere a litigios en materia de consumo son dos las disposiciones europeas a las que nos tenemos que referirnos<sup>24</sup>, ambas de la misma fecha, 21 de mayo de 2013: Por un lado, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (“Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo”)<sup>25</sup>, por la que se constata la insatisfactoria aplicación de mecanismos de resolución alternativa de litigios en bastantes áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión porque estas forma de composición de conflictos no están desarrolladas “todavía de manera suficiente y coherente en toda la Unión”<sup>26</sup>. Debe destacarse que, de nuevo, es una norma de aplicación indirecta, es decir, dirigida a los legisladores de los Estados miembros para que en un tiempo determinado regulen la materia del modo indicado en esta Directiva a través de los medios internos que cada cual elija.

24. Debe tenerse en cuenta también la Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo [DOUE L109, de 19 de abril de 2001, pp. 56-61], aplicable “a los órganos responsables de procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo”. Por tanto, a métodos que tienden a la autocomposición. Y no se aplicará a mecanismos internos de reclamación, gestionados por una empresa y en los que interviene directamente el consumidor, o aquellos en que una tercera parte los gestiona o aplica en nombre de una empresa. En concreto, se habla de imparcialidad, de transparencia, de eficacia y de equidad.

25. DOUE L 165, de 18 de junio de 2013, pp. 63-79.

26. Como se afirma en los considerandos introductorios (5): “... Los consumidores y los comerciantes siguen sin conocer las vías de recurso (*sic*) extrajudicial, ya que solo un pequeño porcentaje de ciudadanos sabe cómo presentar una reclamación ante una entidad de resolución alternativa de litigios (“entidad de resolución alternativa”). En los casos en que existen procedimientos de resolución alternativa de litigios (“procedimientos de resolución alternativa”), sus niveles de calidad varían de forma considerable entre los Estados miembros, y con frecuencia las entidades de resolución alternativa no tramitan de forma eficaz los litigios transfronterizos”.

En cambio, el segundo de los textos de 21 de mayo de 2013 tiene una aplicación directa en todo el ámbito de la Unión Europea: es el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Aquí tenemos, por tanto, una primera regulación específica para el ámbito de toda la Unión Europea en la que se plantea derechamente la aplicación de cauces electrónicos para resolver los litigios que tengan los consumidores residentes en la Unión Europea y los comerciantes establecidos en la Unión respecto a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea<sup>27</sup>.

La materia de consumo es especialmente adecuada para el desarrollo inicial de estos mecanismos, tanto por la habitual cuantía limitada de estas reclamaciones, lo cual estimula la confianza en vías nuevas para la resolución del conflicto, como por su importancia para la fluidez del mercado interior europeo. Precisamente la confianza en la dimensión digital del mercado interior es la razón principal para que el legislador europeo haya tratado de establecer formas “sencillas, eficientes, rápidas y asequibles” de resolución de conflictos<sup>28</sup>.

27. Es esta última una disposición criticable, porque una vez articuladas las normas, entidades, trámites y plataforma, no veo el inconveniente para que también pudiera servir este cauce para la resolución de controversias surgidas fuera del ámbito del comercio electrónico. Esta es precisamente la idea que subyace en la regulación del “arbitraje de consumo electrónico” en España, conforme al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (arts. 51 a 56): “El arbitraje de consumo electrónico es aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud del arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende, sin perjuicio de la utilización por las Juntas Arbitrales de Consumo o los órganos arbitrales de medios electrónicos para facilitar las comunicaciones o para la realización de actuaciones arbitrales concretas” (art. 51.1). Una cosa es el origen del litigio y otra obviamente distinta es la vía para la resolución del conflicto. La primera no debería determinar necesariamente la segunda. Sin embargo el texto del Reglamento es muy claro, especialmente en el considerando 15º: “El presente reglamento no debe aplicarse a los litigios entre consumidores y comerciantes que se deriven de contratos de compraventa o de prestación de servicios no celebrados en línea ni a los litigios entre comerciantes”.

28. Es muy ilustrativo el considerando 6 del Reglamento mencionado: “El mercado interior es una realidad en la vida diaria de los consumidores cuando viajan, compran y pagan. Los consumidores son los protagonistas del mercado interior y, por lo tanto, deben estar en el centro de todas las consideraciones al respecto. La dimensión digital del mercado interior se está convirtiendo en algo esencial tanto para los consumidores como para los comerciantes. Cada vez son más los consumidores que compran en línea, y el número de comerciantes que venden en línea va en aumento. Es importante que los consumidores y los comerciantes puedan realizar transacciones en línea, por lo que resulta indispensable dismantelar los obstáculos existentes y potenciar la confianza de los consumidores. La disponibilidad de un sistema de resolución de litigios en línea fiable y eficiente podría contribuir en

En las páginas que siguen examinaré los pormenores de esta regulación específica, sus posibilidades y algunas de sus ambigüedades. Es importante señalar, antes de ello, que si no se emprenden campañas amplias de información tanto a los empresarios como a los consumidores estos cauces estarán condenadas a una subutilización permanente, a pesar de sus virtudes y de las inversiones que se están haciendo para su correcto funcionamiento

### 3.1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Se parte de la constatación de que la existencia de procedimientos de resolución de litigios sencillos y asequibles para impulsar a confianza en el mercado único digital. En primer lugar, por tanto, desde el punto de vista subjetivo, el Reglamento se refiere a los consumidores y a los comerciantes que serán las partes del litigio<sup>29</sup>. Las definiciones aplicables se encuentran en el artículo 4 de la Directiva 2013/11/UE: “consumidor” será toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o profesión; mientras que se entenderá por “comerciante” toda persona física, o toda persona jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o a su cargo, con fines relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión. Cabe subrayar que, a diferencia del sistema arbitral de consumo español, se trata de un cauce susceptible de ser iniciado tanto por los consumidores como por los comerciantes, siempre que la reclamación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de esta vía.

Pero, por definición, cuando hablamos de mediación interviene además un tercero o varios, que actuarán como mediadores<sup>30</sup>. Es más, como ocurre en la actualidad con el arbitraje, lo normal es que actúe en la gestión y organización de la

grado importante al logro de este objetivo”.

29. No veo inconveniente en utilizar la palabra parte respecto a un litigio. Precisamente la existencia de una controversia que pretende llevarse a un mecanismo de resolución implica que hay una dualidad de posiciones enfrentadas que tratará de ser resuelta en el que caso que nos interesa a través de la autocomposición. No debemos caer en el error, no tan extraño para los procesalistas tradicionales, de pensar que el concepto de parte es exclusivo del proceso. Así, de manera adecuada el artículo 4 del Reglamento en sus apartados j) y k) define respectivamente “parte reclamante” como consumidor o comerciante que haya presentado una reclamación a través de la plataforma de resolución de litigios en línea, y “parte reclamada” como cualquier consumidor o comerciante contra quien se ha presentado una reclamación a través de la plataforma de resolución de litigios en línea.

30. *Vid.* el *Código de Conducta Europeo para Mediadores* en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm)  
El título III de la Ley española de mediación establece el estatuto del mediador, pero recordemos que no es aplicable a los litigios de consumo al que se refiere el Reglamento, que por otra parte es de aplicación directa en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. *Vid.* más ampliamente PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, M.P., “El mediador civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español: una propuesta de *lege ferenda*”, *Diario La ley*, núm. 8621, 8 de octubre de 2015.

mediación una institución<sup>31</sup>. El artículo 5 de la Ley española de mediación las define como aquellas entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en esa designación. Se establece que podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

La Directiva 2013/11/UE se refiere en su artículo al acceso a entidades y procedimientos de resolución alternativa, debiendo garantizar los estados el acceso sencillo a la información correspondiente y que permita a los consumidores presentar en línea una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios; que se facilite a tal información en soporte duradero a las partes que la soliciten; que, cuando proceda permitan presentar una reclamación fuera de la línea; hagan posible el intercambio de información entre las partes por vía electrónica, o si procede, por correo, acepten litigios tanto nacionales como transfronterizos y aseguren el tratamiento de datos personales conforme a la legislación vigente en la Unión Europea.

Cuando se trata de mediación electrónica todavía encontramos mayor complejidad porque existirá lo que el Reglamento denomina el “mercado en línea”, es decir, un prestador de servicios de la sociedad de la información que permite a los consumidores y comerciantes celebrar contratos de compraventa y prestación de servicios en línea en el sitio de internet correspondiente. Habrá una entidad de resolución alternativa, es decir, una entidad establecida de manera duradera, que ofrece la resolución alternativa de litigios y que está prevista en una lista (art. 20.2 Directiva 2013/11/UE) que elaborará cada autoridad competente, designada por cada Estado miembro, con una abundante información relativa al nombre, señas y direcciones del sitio web de las entidades de resolución de conflictos; sus tarifas, si procede; el idioma o idiomas en que se pueden presentar las reclamaciones y desarrollarse el procedimiento; los tipos de litigios que pueden plantearse; los sectores y categorías cubiertos por cada entidad; la exigencia de presencia física de las partes o de sus representantes, si procede, incluyendo si el procedimiento va a ser oral o escrito; el carácter vinculante o no del resultado del procedimiento y los motivos por los que puede negarse la tramitación de determinado litigio.

Caracteriza estos supuestos la existencia de un medio electrónico de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos en el que todas las operaciones de transmisión, envío y recepción se hagan por medios alámbricos, radiofónicos, ópticos u otros medios electromagnéticos. Pero en principio no hay mayor concreción. El Reglamento prevé

31. Vid. OROMÍ i VALL-LLOVERA, S., “Institucionalización de la resolución alternativa de litigios de consumo en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2006, con una referencia específica a la necesidad de unas normas de calidad institucionales relativas a la independencia y la imparcialidad; a la transparencia; a la formación especializada y confidencialidad; así como al intercambio de experiencias.

el establecimiento de una plataforma de resolución de litigios en línea de cuyo funcionamiento es responsable la Comisión europea, incluidas las funciones de traducción necesarias, el mantenimiento, la financiación y la seguridad de los datos. Se exige la facilidad de la utilización por los ciudadanos, y en especial los usuarios vulnerables. Se contempla como “una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”. Se trata, en definitiva, de un sitio de internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea<sup>32</sup>.

Las funciones de esta plataforma<sup>33</sup> son facilitar un formulario electrónico de reclamación; informar de la reclamación a la parte reclamada; determinar la entidad o entidades competentes y transmitir la reclamación a la entidad de resolución alternativa que las partes hayan acordado utilizar; ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita tramitar en línea el procedimiento; proporcionar a las partes y a la entidad la traducción de la información que sea necesaria y que se intercambie a través de la plataforma; facilitar un formulario electrónico para que las entidades puedan tramitar el procedimiento; proporcionar un sistema de comentarios para que las partes puedan expresar su opinión sobre el funcionamiento de la plataforma y sobre la entidad que haya conocido del litigio y poner a disposición pública información general sobre resolución alternativa de litigios, sobre las entidades incluidas en la lista, un manual en línea sobre el modo de presentar las reclamaciones, información sobre los puntos de contacto y datos estadísticos del resultado de los procedimientos.

Justamente estos puntos de contacto de resolución de litigios en línea serán nombrados por cada Estado y su nombre y datos de contacto deben ser comunicados a la Comisión europea. A elección de los Estados puede conferirse esta responsabilidad a los centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor, a las asociaciones de consumidores o a cualquier otro organismo. Los puntos de contacto son una muestra más de los abundantes órganos facilitadores de la cooperación en el Espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa. Deberán facilitar la comunicación entre las partes y la entidad de resolución alternativa y presentar cada dos años un informe de actividad.

### 3.2. ELEMENTOS OBJETIVOS

Cuando hablo de elementos objetivos de la mediación electrónica pretendo hacer referencia a los tipos de reclamaciones que pueden ejercitarse por esta vía, es decir, al ámbi-

32. Vid. <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.home.show>

33. El Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

to de aplicación de este método de resolución de conflictos. En ello hay que distinguir los dos cauces que ya hemos ido apuntando: lo previsto para los litigios de consumo en el Reglamento y lo establecido en el Real Decreto que desarrolla en el ámbito interno español el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para asuntos civiles y mercantiles, salvo los de consumo.

La previsión de la plataforma europea de resolución de litigios en línea, conforme al artículo 2 del Reglamento se aplica a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la Unión Europea y un comerciante establecido en la Unión. Caben también las reclamaciones de un comerciante frente a un consumidor en la medida que la legislación del Estado miembro de residencia habitual del consumidor admita que tales litigios se resuelvan a través de la intervención de una entidad de resolución alternativa<sup>34</sup>.

Por lo que se refiere a la regulación española del resto de asuntos disponibles se aplica a reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad, salvo que el empleo de estos medios electrónicos no sea posible para alguna de las partes o cuando éstas inicien un procedimiento distinto al simplificado electrónico y siempre que las diferencias entre las partes no se refieran únicamente a argumentaciones meramente jurídicas<sup>35</sup>.

### 3.3. PROCEDIMIENTO

Es fundamental en estos procedimientos la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y los sistemas informáticos utilizados, así como la intimidad y el secreto de las comunicaciones. La confidencialidad, como característica específica de la mediación, tiene sus propias modulaciones cuando se trata de mediación electrónica. Un paso importante en la certeza del procedimiento está en la necesidad de asegurar la identidad de los usuarios del servicio electrónico<sup>36</sup>.

34. En opinión de RICHARD GONZÁLEZ, M., "Los procedimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (*on-line dispute resolution*)", *Diario La Ley*, núm. 8360, 23 de julio de 2014: "esta posibilidad no será tan habitual, sencillamente porque los vendedores están provistos de mecanismos de abono de las mercancías que aseguran el pago del producto antes de que éste llegue a manos del comprador. De modo que los problemas que puedan existir en esa dirección (reclamaciones comprador-vendedor) se suscitarán, en su caso, en el ámbito del sistema de medios de pago, que suele ser el de tarjeta de crédito. Es decir que, con carácter general, el vendedor se asegura el pago de la mercancía mediante el sistema de pago que es el que deberá afrontar los problemas de fraude u otras circunstancias relativas al pago".

35. La expresión literal es técnicamente muy discutible: "y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación en derecho".

36. En España la regulación aplicable se remite a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica, por tanto, la acreditación de la entidad debe hacerse mediante un sistema de firma electrónica que garantice la identificación de los firmantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos, en todas las actuaciones que el procedimiento requiera. Como mínimo la identidad de las

Para la efectividad del sistema de mediación electrónica es importante la implementación de un adecuado sistema de información a los eventuales reclamantes. No tendría sentido armar un complejo sistema de alcance europeo de mediación electrónica si luego las potenciales no conocen la existencia o/y el funcionamiento de este procedimiento, sus implicaciones, sus responsabilidades, sus efectos y sus costes.

Si suponemos que lo que se acaba de decir se aplica adecuadamente, lo cual es mucho suponer, el procedimiento se iniciará con la presentación de la reclamación a través de un formulario electrónico, que debe ser de fácil utilización y fácilmente accesible<sup>37</sup>. Con él debe suministrarse suficiente información para determinar la entidad de resolución alternativa que pueda resolver el conflicto. Debe ser posible adjuntar documentos de apoyo de la reclamación.

Si el formulario está cumplimentado de manera correcta la reclamación se tramitará. Si no fuera así se dará lugar a la subsanación de lo que falte. En caso de estar todas las secciones cumplimentadas, la plataforma de resolución de litigios en línea transmite la reclamación de forma fácilmente comprensible<sup>38</sup> y sin demora a la parte reclamada. En esa transmisión deberá informarse de toda una serie de datos importantes:

- a) La información de que las partes deben ponerse de acuerdo sobre una entidad de resolución a la que habrá que remitirse la reclamación, y que en caso de no llegar a ese acuerdo no se podrá continuar la tramitación.
- b) La información sobre la entidad o entidades que sean competentes para la resolución del litigio.
- c) Si el reclamado es un comerciante, se le requerirá para que en diez días diga si se compromete o está obligado a recurrir a una entidad concreta, o en caso contrario, si está dispuesto a que resuelva alguna de las entidades competentes.
- d) Si el reclamado es un consumidor y el comerciante está obligado a recurrir a una entidad concreta, se le requerirá para que acepte la participación de dicha entidad, o en caso de que no esté obligado, un requerimiento para que la seleccione de entre las competentes.
- e) El nombre y los datos del punto de contacto del Estado miembro en que esté establecida o resida habitualmente la parte reclamada.

Cuando la parte reclamada recibe la información, la plataforma comunicará a la parte reclamante de modo comprensivo

partes debe acreditarse en la presentación de la solicitud de inicio y en la contestación, en el momento de la aportación de la documentación, en el establecimiento de comunicaciones, en la firma de las actas y del acuerdo de mediación.

37. Es rotundo el Reglamento en el artículo 8.5 cuando establece que "mediante el formulario electrónico de reclamación y sus documentos adjuntos se procesarán únicamente datos que sean exactos, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se reciben".

38. Téngase en cuenta que al tratarse de litigios transfronterizos lo más probable será que la lengua del reclamado sea distinta.

ble y sin demora también la información correlativa, de modo que pueda quedar clara la voluntariedad de acceso a esta vía de resolución de conflictos.

Es importante que la información sobre la entidad de resolución alternativa incluya una serie de datos que se consideran determinantes para la aceptación de la mediación: la denominación, datos de contacto y dirección del sitio de internet de la entidad; las tarifas vigentes; el idioma o idiomas en que podrá tramitarse el procedimiento; la duración media del procedimiento; el carácter vinculante o no del resultado del procedimiento; los motivos por los que la entidad podría negarse a conocer de un litigio determinado.

La plataforma de resolución de conflictos en línea, conforme al Reglamento europeo, transmitirá la reclamación automáticamente y sin demora a la entidad a la que las partes hayan elegido<sup>39</sup>. También la entidad tendrá libertad para aceptar o no la tramitación de litigio. En caso de aceptar, deberá informar a las partes sobre sus propias normas de procedimiento y sobre las costas. Aunque entendemos que esta información tiene que haber sido previa, pues de ella puede depender que alguna de las partes esté o no conforme con acudir a tal entidad para que les encamine a la resolución del litigio.

El procedimiento es menos breve de lo que debiera, pues aún si en treinta días desde la presentación del formulario de reclamación, no se ha llegado a un acuerdo sobre una entidad o si la entidad elegida no acepta la tramitación se informará a la parte reclamante para ponerse en contacto con un asesor de resolución de litigios para obtener información sobre otras vías para obtener su satisfacción.

En caso de que la entidad de resolución alternativa acepte la tramitación de la reclamación deberá concluir el procedimiento en noventa días naturales desde la fecha en que haya recibido el expediente completo (art. 8.e Directiva 2013/11/UE), aunque si lo considera oportuno podrá ampliar el plazo, informando a las partes.

En un principio el Reglamento establece que no se requerirá la comparecencia de las partes o de sus representantes. De lo contrario perderíamos muchas de las ventajas de la mediación electrónica. Pero recordemos que una de las características de los procedimientos de los medios alternativos de resolución de controversias es la flexibilidad, por lo tanto las normas concretas pueden contemplar esa posibilidad y las partes aceptarla si lo estiman necesario.

La entidad deberá transmitir a la plataforma sin demora información sobre la fecha de recepción del expediente, el objeto del litigio, la fecha de conclusión del procedimiento, así como el resultado obtenido. Pero no está obligada a tramitar el procedimiento a través de la plataforma de resolución de litigios en línea<sup>40</sup>.

39. Entiendo que no es correcta la literalidad del artículo 9.6 del Reglamento, cuando dice: “a la entidad de resolución alternativa a la que las partes hayan acordado someter el litigio ...”. Cuando se trata de métodos autocompositivos de resolución de la controversia no se somete el litigio a nadie, quienes van a resolver son las partes mismas del conflicto, la entidad solamente tiene la función de encauzar a las partes para que encuentren ellas mismas la clave del acuerdo.

40. La tramitación que se ha esquematizado es la genérica que contem-

En realidad, como ya vimos, el medio electrónico utilizado puede ser de diversos tipos (a través de “medios alámbricos, radiofónicos, ópticos u otros medios electromagnéticos”). En teoría el medio debería adaptarse al tipo de conflicto. Pero parece un mero intercambio de formularios de manera prácticamente automatizada no es en realidad mediación. ¿Lo sería si el mediador sólo se comunica a través de medios escritos? Parece que sí, aunque seguramente su intervención sería bastante limitada<sup>41</sup>. Podría caber la aplicación de medios de confrontación visual, tanto sincrónicos como asincrónicos, aunque tal vez no sea el objetivo concreto del Reglamento europeo<sup>42</sup>.

### 3.4. EFECTOS

Por supuesto, acudir a cualquier modalidad autocompositiva asegura la consecución del acuerdo, tampoco cuando intervienen terceros, ni siquiera si han utilizado vías electrónicas que puedan superar distancias, resquemores, enfados, actitudes negativas. La verdad es que habiendo llegado a ciertos acuerdos iniciales, por ejemplo respecto a la tentativa de llegar a una solución por estos medios, parece que pueda haber ya una cierta predisposición a llegar al acuerdo. La utilización de medios electrónicos no debería suponer una barrera en la importante función que puede cumplir el mediador de concienciación de las partes, de una en una o de ambas conjuntamente, de acercamiento y de pacificación en general.

Una cuestión importante en la mediación, pero no exclusiva de la mediación electrónica se refiere al valor y efectos del acuerdo obtenido, en su caso, mediante esta vía de resolución de conflictos. No hay por tanto especialidad alguna ni en el Reglamento Europeo ni en la regulación española del procedimiento simplificado de mediación. En la Directiva 2008/52/CE sí se contiene una previsión amplia al respecto en el artículo 6 al afirmar que los Estados miembros garan-

---

pla el Reglamento para la resolución de conflictos en línea. Por cuanto se refiere a la regulación del procedimiento simplificado español se contienen de un modo bastante simple en los artículos 31 al 38 del ya citado Real Decreto 980/2013. Destaca de cara a la consecución del acuerdo la previsión de una eventual sesión informativa y la claridad con que se refiere a la necesidad de una adecuada comunicación entre las partes y el mediador, sea separada o conjuntamente, posibilitando el diálogo y el acercamiento de posturas, y además, la posibilidad de que las partes en cualquier momento decidan la conversión del procedimiento a cualquier otro de mediación.

41. ANDREWS, N., “Capítulo III. Mediación en la era electrónica”, en *Mediación, arbitraje y jurisdicción... op. cit.*, p. 99: “... los dispositivos electrónicos no son completos sustitutos para las técnicas tradicionales: en determinados casos, una mediación cara a cara puede generar oportunidades especiales para negociar y puede ofrecer soluciones permanentes, incluyendo la reconciliación entre las partes; esta clase de encuentros directos conllevan una confrontación física, bajo la protección o supervisión del mediador”.

42. Seguramente dependerá de la naturaleza y características del litigio de que se trate. Es necesario sopesar las ventajas e inconvenientes por cada tipo de conflictos para determinar el medio electrónico adecuado. *Vid.* al respecto CORTÉS, P., *Online Dispute Resolution... op. cit.*, pp. 151-152.

tizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación<sup>43</sup>.

La apariencia inicial de que se está creando por esta vía un título ejecutivo, no sólo queda difuminada por la continuación del mismo apartado primero del artículo 6, que en definitiva deja la opción a cada Estado miembro. Sino que esta impresión queda plenamente corroborada cuando vemos en el apartado segundo que “El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud”.

En concreto, es clara la Ley española 5/2012, de 6 de julio, cuando se refiere en su artículo 25 a la “Formalización del título ejecutivo”: “1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador”. Esta solución ha sido muy discutida, sobre todo por los mayores partidarios de la mediación. Me parecería, sin embargo, excesivo que un acuerdo obtenido por un procedimiento meramente autocompositivo, por mucho que haya intervenido un tercero, pueda equipararse en su valor a una sentencia firme. Todo ello no obsta para apreciar el beneficioso efecto objetivo que produce el procedimiento mismo, conforme nos enseña la conocida como “Procedural Justice”<sup>44</sup>.

Con respecto a los efectos del laudo se plantea todavía otra cuestión de interés práctico. Puede resultar que del procedimiento de mediación no haya resultado acuerdo alguno, y que una de las partes del conflicto decida iniciar un proceso con el mismo objeto. El problema puede estar en que durante la mediación ya sean expuestas cuestiones que resultan arriesgadas en un medio de mayor confrontación como es la jurisdicción, de ahí que es importante que opere la confidencialidad y que puedan, por tanto, utilizarse sólo fuentes de prueba externas a la mediación misma<sup>45</sup>. Lo con-

43. Se añade que “El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”.

44. Como explica KLAMING, L., “Quality of ODR procedures”, en *Costs and Quality of Online Dispute Resolution. A Handbook for Measuring the Costs and Quality of ODR... op. cit.*, p. 143: “The quality of a dispute resolution procedure can be measured by asking the users of a path to justice to report their experiences”.

45. Así, el artículo 7 de la Directiva 2008/52/CE dispone: “1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas

trario llevaría a una desconfianza letal para los participantes en la mediación.

### 3.5. PROTECCIÓN DE DATOS

Una de las cuestiones específicas que conlleva la mediación electrónica tal como la he expuesto es la acumulación de datos personales que pueden afectar a la privacidad por el ello el propio Reglamento europeo dedica tres artículos a esta materia.

En el artículo 11 prevé que la Comisión tomará las medidas necesarias para crear y mantener una base de datos electrónica en la que se almacenará la información tratada respecto a la plataforma de resolución de litigios en línea y a los aspectos esenciales de la tramitación del litigio.

Por otro lado, el siguiente artículo se dedica más extensamente al tratamiento específico de los datos personales. En este sentido se dispone que se concederá acceso a la información relacionada con un litigio y almacenada en la base de datos únicamente a la entidad de resolución alternativa a la que se haya remitido el litigio y para los fines concretos de la transmisión y tramitación de las reclamaciones. También se concederá acceso a esa misma información, en la medida que sea necesario a los puntos de contacto.

Con el fin del seguimiento del uso y funcionamiento de la plataforma y para redactar los preceptivos informes, la Comisión europea tendrá acceso a los datos sobre la resolución del litigio en el ámbito de la entidad de resolución alternativa (art. 10 del Reglamento). Los datos personales de los usuarios de la plataforma únicamente serán tratados en la medida necesaria para la utilización y el mantenimiento de dicha plataforma.

El almacenamiento de los datos personales únicamente tendrá lugar durante el tiempo necesario para alcanzar los fines para los que fueron recogidos y para garantizar que los interesados puedan ejercer sus derechos respecto a esos mismos datos. Tras seis meses como máximo desde la fecha en que concluya el procedimiento<sup>46</sup>, deberán ser borrados automáticamente dichos datos.

Todo asesor de resolución de conflictos en línea será considerado responsable del tratamiento respecto de sus propias actividades de tratamiento de datos y garantizará que dichas actividades respeten la normativa nacional. Por su parte, toda entidad de resolución alternativa será considerada responsable del tratamiento respecto a sus propias actividades de tratamiento de datos.

También los puntos de contacto estarán sometidos también

de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

46. De manera notoriamente errónea se afirma “en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que concluya el litigio...”, pues el litigio puede continuar después de que haya concluido el procedimiento simplemente por no haberse llegado a ningún acuerdo.

a las normas de secreto profesional y de confidencialidad que disponga cada Estado miembro. La Comisión está obligada a adoptar las medidas de carácter técnico y organizativo para garantizar la seguridad de la información tratada.

### 3.6. COSTES

Otra cuestión que no es nimia en la aplicación de los medios complementarios de resolución de conflictos es la de quién asume su coste<sup>47</sup>. Toda la infraestructura de medios personales y materiales necesarios para el funcionamiento de este cauce de resolución de controversias conlleva unos gastos importantes. Este es un inconveniente importante que se suele obviar cuando se habla de la mediación en general. Téngase en cuenta, sin embargo, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 980/2013, texto que como se ha repetido es el que regula el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. Esa disposición establece de manera terminante que “las medidas incluidas en este real decreto no supondrán incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”.

Respecto a las mediaciones electrónicas en materia de consumo el Reglamento europeo, ya en su cuarto considerando destaca que “la desigualdad en la disponibilidad, calidad y conocimiento de medios sencillos, eficientes, rápidos y asequibles para solucionar litigios derivados de la compraventa de mercancías o de la prestación de servicios en toda la Unión constituye una barrera dentro del mercado interior que socava la confianza de los consumidores y los comerciantes en las compraventas transfronterizas”. Por tanto, los costes influyen directamente en la fluidez del mercado interior. De ahí que el propio Reglamento propugne la gratuidad respecto a la utilización de la plataforma<sup>48</sup>.

### 3.7. MEDIACIONES COLECTIVAS

Cuando se trata de litigios masivos, el proceso en diversos ordenamientos jurídicos ha tenido que adaptarse a nuevas técnicas representativas, por las que algunos sujetos afectados acuden a obtener la protección de sus derechos e intereses de sí mismos, pero también de aquellos otros que se encuentran en su misma situación jurídica. De ahí la regulación propuesta, por ejemplo, por el Código Modelo de Procesos Colectivos, aprobado en Caracas en 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

La cuestión es si también este tipo de conflictos son susceptibles de ser tramitados por vías complementarias o alternativas. La respuesta no puede más que afirmativa habida cuenta que nuestra propia regulación del Sistema Arbitral de Consumo prevé el arbitraje colectivo en el que unos entes representativos son quienes actúan en interés de todo el grupo

de afectados. Parece que nada impediría tampoco la utilización de vías autocompositivas como la mediación electrónica para resolver estos conflictos, sabiendo siempre que la clave se encuentra en que quien actúa es un adecuado representante de todo el colectivo.

De hecho la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013<sup>49</sup>, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión<sup>50</sup>, prevé en su apartado 26 que “Los Estados miembros deberían garantizar que los mecanismos judiciales de recurso colectivo incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio, puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos...” Por supuesto también a las electrónicas.

47. Vid. GRAMATIKOV, M. (Ed.), *Costs and Quality of Online Dispute Resolution... op.cit.*

48. Considerando 18: “... La plataforma debe ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las entidades de resolución alternativa tramitar el procedimiento e resolución del litigio con las partes a través de la plataforma de resolución de litigios en línea”.

49. DOUE L 201, de 26 de julio de 2013, pp. 60-65.

50. Vid. COROMMINAS BACH, S., “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014.



AMATRA · 2