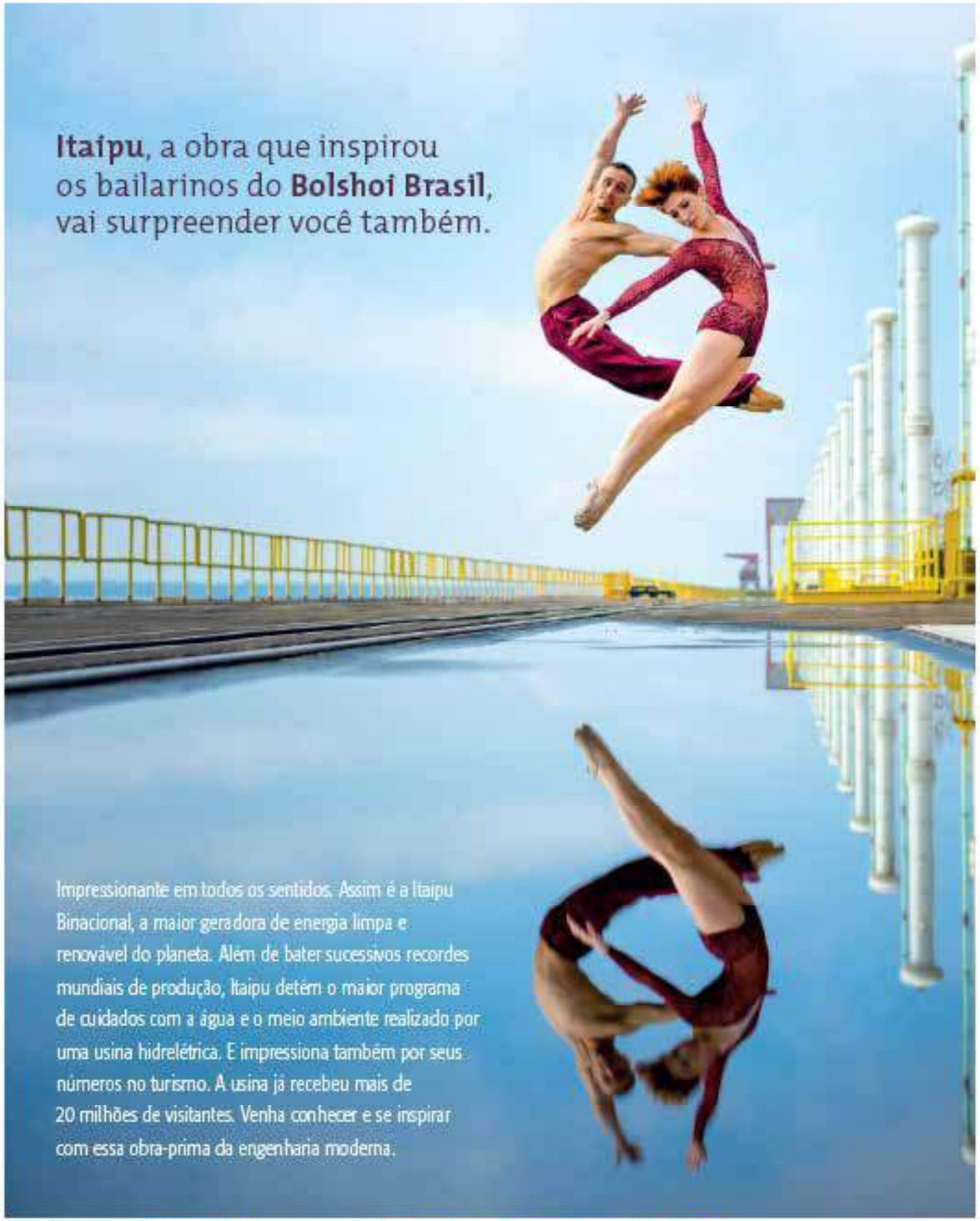
JUSTIÇA & CIDADANIA®

ISSN 1807-770X
Edição 197 - Janeiro de 2017
R$ 16,90

MINISTRO GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS

RECURSOS REPETITIVOS NO TST

Editorial: Os legisladores que não legislam



(1921 - 2016 • *Orpheu Santos Salles*)

editora JC

Av. Rio Branco, 14 / 18º andar
Rio de Janeiro – RJ CEP: 20090-000
Tel./Fax (21) 2240-0429
editorajc@editorajc.com.br
www.editorajc.com.br

ISSN 1807-779X

Tiago Salles
Editor-Executivo

Erika Branco
Diretora de Redação

Diogo Tomaz
Coordenador de Produção

Ada Caperuto
Jornalista colaboradora

Correspondentes:

Brasília
Arnaldo Gomes
SCN, Q.1 – Bl. E / Sl. 715
Edifício Central Park
Brasília – DF CEP: 70711-903
Tel.: (61) 3710-6466
Cel.: (61) 9981-1229

Manaus
Julio Antonio Lopes
Av. André Araújo, 1924-A – Aleixo
Manaus – AM CEP: 69060-001
Tel.: (92) 3643-1200

CTP, Impressão e Acabamento
Edigráfica

Edição 197 • Janeiro de 2017 • Capa: ASCOM/TST

Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Adilson Vieira Macabu
Alexandre Agra Belmonte
André Fontes
Antônio Augusto de Souza Coelho
Antônio Souza Prudente
Aurélio Wander Bastos
Benedito Gonçalves
Carlos Antônio Navega
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário Velloso
Cláudio dell'Orto
Dalmo de Abreu Dallari
Darci Norte Rebelo
Enrique Ricardo Lewandowski
Erika Siebler Branco
Ernane Galvêas
Fábio de Salles Meirelles
Gilmar Ferreira Mendes
Guilherme Augusto Caputo Bastos
Henrique Nelson Calandra
Humberto Martins
Ives Gandra Martins
João Otávio de Noronha
José Geraldo da Fonseca
José Renato Nalini
Julio Antonio Lopes
Lélis Marcos Teixeira
Luis Felipe Salomão
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Luís Inácio Lucena Adams
Luís Roberto Barroso
Luiz Fux
Marco Aurélio Mello
Marcus Faver
Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Massami Uyeda
Maurício Dinepi
Mauro Campbell
Maximino Gonçalves Fontes
Nelson Tomaz Braga
Ney Prado
Paulo de Tarso Sanseverino
Paulo Dias de Moura Ribeiro
Peter Messetti
Ricardo Villas Bôas Cueva
Roberto Rosas
Sergio Cavalieri Filho
Sidnei Beneti
Siro Darlan
Sylvio Capanema de Souza
Thiers Montebello
Tiago Salles

facebook.com/editorajc

twitter.com/editorajc

Para acessar o site da Editora, baixe o leitor de QR code em seu celular e aproxime o aparelho do código ao lado.

Apoio

ENFAM
ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Associação dos Magistrados Brasileiros

CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Instituto JUSTIÇA & CIDADANIA

Sumário

Foto: ASCOM/TST

8 *Capa – O julgamento de recursos repetitivos no TST*

6 *Editorial* - Os legisladores que não legislam

18 Cláusulas especiais do Contrato Individual de Trabalho

24 Um ano de desafios à democracia

26 "Juizeco"?!

28 O desacerto do novo CPC quanto ao cabimento do agravo de instrumento

30 Negociação coletiva e crise econômica no Brasil

34 Ameaça à segurança jurídica dos contratos

36 Competência para autorizar o trabalho do menor

44 Aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha

46 O desacerto do novo CPC quanto ao cabimento do agravo de instrumento

48 Mersault está aqui

NR NASCIMENTO & REZENDE ADVOGADOS

Inovar com primazia atuando em soluções jurídico-empresariais

Rua da Ajuda, nº 35, 17º andar, Centro - RJ | CEP: 20040-915
Tel (55 21) 2242-0447 / 2507-1271 | nraa.com.br

EDITORIAL

Os legisladores que não legislam

Aurélio Wander Bastos | Jurista e Cientista Político
Membro do Conselho Editorial

Atualmente, no cotidiano dos debates, e nas conversações dos ambientes judiciários, muito se discute sobre a questão dos Juízes que fazem as suas próprias normas. Este debate, que já está colocado na mídia, passa a impressão lingüística de que juízes (pelo menos alguns), principalmente dos tribunais superiores, sentenciam além dos limites de suas próprias competências. Montesquieu, quem sabe, ou mesmo John Locke, se estarreceriam diante de tão ostensivas convicções, ou os advogados mesmo no exercício quotidiano de suas funções, inclusive os cientistas políticos, quando reconhecem, que, afinal os poderes tem suas competências, e mesmo reconhecendo as competências cumulativas dos poderes somente devem(deveriam) ultrapassá-las para preservar, senão apenas o princípio da divisão dos poderes, o princípio de justiça.

Todavia, quando o Legislativo não se apercebe da dimensão emergente do drama humano, de situações quase sempre novas e dolorosas da vida existencial, não acolhe legislativamente o fato novo, retardando a produção legislativa, ou mesmo não encontra os parâmetros consensuais de encaminhamento do problema. Nestas situações, o direito brasileiro tem demonstrado que o STF, ou os tribunais superiores, em muitas circunstâncias até mesmo os tribunais e os juízes de direito comum, através dos instrumentos processuais de demandas, devem responder o problema, ou preencher (colmatar), a lacuna ou mesmo vazios legislativos impositivos, situações extensiva de um fato tradicional juridicamente relevante.

Estas aberturas hermenêuticas tem evoluído no contexto de princípios constitucionais com o objetivo de se aliviar o sofrimento existencial do peticionante ou mesmo situações social impositivas, porque o faz a partir da própria ordem jurídica, isto é da ordem posta, que pode estar (e quase sempre está) circunscrita por seus próprios limites. A hermenêutica constitucional, todavia, tem contribuído para se agilizar essas respostas em situações extremas quando estando a matéria no Legislativo, o Congresso não responde no tempo socialmente exigido

Por estas razões, muitas vezes, após a sucessão de casos semelhantes, não tendo o caso encontrado respaldo Legislativo, os tribunais, os juízes, mas muito especialmente o STF, é instado através de recursos próprios a agir, sem que contrarie a razão simples, na forma dos sentimentos humanos. A fundamentação desta orientação judicial apóia-se principalmente nos princípios jurídicos disponíveis que, pela sua extensão, ou pela compreensão da complexidade da vida moderna, justificam que a pessoa humana deve-se ser protegida na iminência de seu sofrimento existencial interior, e não, propriamente em função do eventual desinteresse ou desencontro corporativo.

Estas situações existenciais, não estamos tratando de questões políticas, porque as políticas públicas são da competência exclusiva do Legislativo, tem sido cada vez mais comuns nas sociedades modernas, porque os nossos juízes, possivelmente pela convivência intelectual com as dimensões da vida moderna, muitas vezes obrigatória, devem acompanhar vivamente a conversão complexa das relações simples, que a representação popular(lista) tem dificuldades de apreender, reconhecer ou transformar em normas (ou leis). Os pensadores que mais tratam destas questões as tem denominado de "*hard cases*" (ou casos difíceis), que aliás muitas vezes são casos tradicionalmente comuns, mas o Direito legislado não se lhes reconheceu(cia), no tempo devido, no contexto da ordem escrita, embora a exegese, para os juízes, modernamente, nem sempre seja hermética.

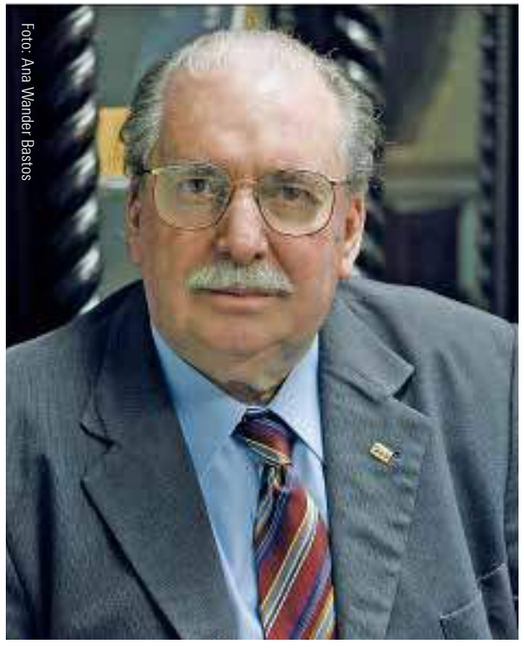


Foto: Ana Wander Bastos

Aurélio Wander Bastos

O julgamento de recursos repetitivos no TST

Conflito funcional: algumas reflexões

Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro do TST
Membro do Conselho Editorial

"Todo conceito que o homem não modifica com sua evolução torna-se preconceito, e os preconceitos acorrentam as almas à rocha da inércia mental e espiritual." (Raumsol)

Com o julgamento do primeiro Incidente de Recurso Repetitivo de nº IRR – 849-83.2013.5.03.0138 (apesar de ser o tema de nº 02, na Tabela de Recursos de Revista Repetitivos[1]), cuja relatoria coube ao e. Ministro Cláudio Brandão e a revisão ao e. Ministro João Oreste Dalazen, inaugurou-se no Tribunal Superior do Trabalho, o novel processamento para criação de precedentes nos termos previstos na Lei 13.015, de 21 de julho de 1994.

Correm juntos, como Recursos de revista representativos da controvérsia examinada, os RR 82111-07.2014.5.22.0004, RR-144700-24.2013.5.13.0003 e RR-24216-77.2013.5.24.0001.

Justamente em razão dos efeitos persuasivos dos precedentes, afigura-se necessário, desde já, tecer brevíssimas considerações acerca do julgamento inaugural, uma vez que, em razão do polêmico tema examinado, levantaram-se vozes contrárias nas discussões em plenário acerca de qual seria, em tal modelo de julgamento, a repercussão de uma decisão da Subseção de Dissídios Individuais 1 frente a uma questão que já fora objeto de Súmula por parte do Tribunal Pleno (como, por exemplo, a Súmula TST 124, I).

Haveria, pois, conflito funcional entre os órgãos internos do Tribunal Superior do Trabalho? A decisão em recursos repetitivos, quando tomada pelo órgão fracionário, deveria ser submetida à chancela do Tribunal Pleno?

Para facilitar a compreensão da controvérsia e parametrizar o pensamento das correntes contrárias, todas altamente respeitáveis, destaco a opinião exarada em julgamento do e. Ministro Freire Pimenta:

> "...parece muito mais uma regra geral de bom senso e de razoabilidade é que, qualquer órgão fracionário por mais importante que seja – e não deixo de reconhecer, evidentemente, a importância da SDI-1 como Órgão Uniformizador de Jurisprudência – não pode, logicamente, razoavelmente, decidir algo que o Tribunal Pleno já tenha assentado, consagrado como expressão verbal um enunciado da jurisprudência predominante deste Tribunal. O todo deve ter a palavra final sobre a parte.

Foto: ASCOM/TST

É uma lógica elementar, parece-me, e que prevalece no novo sistema, só por si, mas não basta isso…"

Vejamos, inicialmente, o que dispõe a lei sobre o tema atinente ao incidente de recurso repetitivo, e também a sua normatização interna ao processo do trabalho.

Com a edição da Lei nº 13.015/14, a alteração perpetrada na CLT – e que convém aqui realçar – deu-se mediante a inclusão dos artigos 896-B e 896-C, *caput* e § 1º:

"Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos."

"Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõe a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

§ 1º O Presidente da Turma ou da Seção Especializada por indicação dos relatores, afetará um ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos. [...]" (grifo do autor)

Tais alterações também foram objeto da Instrução Normativa TST nº 38, de 10 de novembro de 2015, que cuidou, como não poderia deixar de ser, de estabelecer, de forma clara e precisa, como este novel incidente processual teria seu tratamento no processo do trabalho, sem se descurar, todavia, dos princípios maiores fixados pelo legislador ordinário.

Numa leitura atenta, sem emprestar-lhe nenhum dos métodos de hermenêutica, podemos verificar que o legislador ordinário conferiu, desde logo, uma competência concorrente entre o Tribunal Pleno e a SBDI-1 para processar e julgar o Incidente de Recurso Repetitivo quando, repito, cunhou a expressão no sentido de que "...a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno…". (grifo do autor)

Aliás, no que se refere à competência alternativa ou concorrente entre órgãos internos dos Tribunais e juízos, ela nem é um critério atual, vez que, como afirma Estevão Mallet:

"...Não há nada de extraordinário na competência alternativa, claramente posta pelo legislador. Não poucas vezes criam-se mesmo hipóteses de competência concorrente, como se vê, entre tantos exemplos, nos arts. 651, § 3º, da CLT, e 46, §§ 1º, 4º e 5º, 47, § 1º, 48, parágrafo único, incisos II e III, todos do CPC. E não apenas a competência territorial pode ser estruturada de forma alternativa. Também a competência funcional pode assim ser estabelecida, como é exatamente o caso do art. 896-C, *caput*, da CLT…".

Ora, a opção foi do legislador, que já veio expressa em texto próprio da Lei nº 13.015/15. Segundo Jorge Pinheiro Castelo, isto significa dizer que:

"... o *caput* e o § 1º do art. 896-C da CLT são expressos ao estabelecer o concurso de foros, igualmente, competentes entre o Pleno e a SBDI do TST, para o julgamento de questão afetada para ser resolvida pelo incidente de julgamento de recursos repetitivos, sem qualquer preferência pelo legislador. Admitida, porém, a afetação ou a competência por um, o outro que também tinha competência para a demanda deixa de tê-la, concentra-se a competência em um só..."

Partindo-se dessa determinação da lei (art. 896-C, CLT), tem-se que, em havendo multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, decidirão os Ministros da SBDI-1, pelo *voto da maioria simples dos seus membros*, se o incidente processual (de aplicação, repita-se: também, incontestе no processo do trabalho) será submetido a julgamento no órgão fracionário ou no Tribunal Pleno.

Feitas essas considerações preliminares, e em havendo os Ministros da SBDI-1 fixado a competência para processar e julgar o incidente processual no órgão fracionário e não no Tribunal Pleno, renova-se o questionamento: poderia advir algum conflito de competência entre órgãos do Tribunal Superior do Trabalho? A decisão, se tomada pelo órgão fracionário, teria que ser (ou poderia vir a ser), também e em seguida, submetida ao Tribunal Pleno?

A resposta é inexoravelmente "não" para ambos os questionamentos, sem nenhum receio de que estejamos frustrando a hierarquia sempre celebrada nos Regimentos Internos das variadas Cortes de Justiça e que têm no Tribunal Pleno o seu órgão maior, até pela composição completa dos seus membros.

Como é de sabença curial, no Tribunal Superior do Trabalho quem uniformiza a jurisprudência é a Subseção de Dissídios Individuais 1, por expressa autorização regimental e, ao Tribunal Pleno, sempre caberá – com a perpetuação de julgamentos num mesmo sentido, e ouvida a competente Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos –, o papel de editar as Súmulas de jurisprudência. Quanto a isso, nunca houve nenhum problema.

Frise-se que jamais o Tribunal Pleno, em qualquer oportunidade, reclamou a competência funcional para uniformizar a jurisprudência pátria; tampouco a Subseção de Dissídios Individuais 1 chamou para si a incumbência de editar Súmulas de jurisprudência. Foram convivências sempre harmônicas e incomparáveis no estilo de decidir e que sobrelevasse qualquer discussão de grau de importância ou de autoridade de suas decisões.

E a opção por um órgão fracionário ou pelo Tribunal Pleno, através de competência funcional concorrente, não desmerece o "maior" nem supervaloriza a decisão do "menor", sem que isso se concretize em mera opção legislativa para a solução de um intrincado problema de repetição de ações envolvendo a mesma questão de direito.

Por oportuno, Estevão Mallet indica o acerto com que se houve o Parlamento quando fixou também entre as opções de exame e decisão dos incidentes de recurso repetitivo a Subseção de Dissídios Individuais 1 exatamente porque:

"... o órgão responsável pela uniformização da jurisprudência, nos dissídios individuais, é exatamente a Seção Especializada em Dissídios Individuais. Daí que a regra deve ser a do julgamento pela própria Seção Especializada em Dissídios Individuais. Quando, porém, a divergência envolver órgãos do próprio Tribunal, como, por exemplo, conflito interpretativo posto entre a Seção Especializada em Dissídios Individuais e a Seção Especializada em Dissídios Coletivos ou qualquer destas e o Órgão Especial, a matéria há de ser afetada ao Tribunal Pleno…".

Também Jorge Pinheiro Castelo não só ressaltou o acerto com que se houve o Parlamento como afirma ser impróprio levar-se ao Tribunal Pleno a decisão da Subseção de Dissídios Individuais 1 para eventual "chancela" quando assevera que:

"... caso a SBDI 01 do TST proceda a afetação para julgamento de determinada lide/questão sob o rito do incidente de recurso repetitivo, só ela terá essa competência ficando excluída a competência do Pleno, posto que fechado o ciclo da concretização da jurisdição…".

Nesse desiderato, expõe o e. Ministro Walmir Oliveira da Costa que:

"... Tribunal Pleno não tem mais competência para uniformizar a jurisprudência. O Tribunal Pleno pode aprovar, cancelar ou revisar súmula de jurisprudência persuasiva em situação que não seja em recurso repetitivo, porque a sistemática mudou. Por isso, hoje, o Regimento Interno, com todo o respeito – e já foi dito aqui –, está tacitamente revogado na questão relativa

à competência, porque não existe mais o incidente de uniformização. Não estamos tratando da legitimidade do Tribunal Pleno para aprovar súmula. Estamos falando de competência. Para a tese jurídica, como foi dito aqui, a competência é da SDI-1, porque foi a escolha do legislador. A única hipótese que a Lei nº 13.015/14 prevê para ir ao Pleno é quando houver reserva de plenário, §13 do art. 896, c. É só nessa hipótese. O órgão fracionário não tem competência para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei. Nesse caso, sim, o julgamento vai para o Tribunal Pleno por causa da reserva de plenário ...

Colho, também nesse contexto, a opinião do Juiz do Trabalho Kleber Waki, que faz o seguinte apontamento:

> ...quando se faz analogia entre *competências concorrentes* cotejando-se aquelas que sejam *territoriais* com as que sejam *funcionais*, a conclusão tende a ser bastante genérica. A partir daí, podemos citar até mesmo competências concorrentes para iniciativas legislativas (Constituição Federal: art. 24, *caput* e § 1º; art. 219-B, § 2º). Um outro paralelo, para cotejo, seria a competência funcional que detém o relator para a decisão monocrática, tanto para negar (art. 932, IV, alíneas a e c), como para dar provimento (art. 932, V e alíneas, CPC). Mas, note que, nestes exemplos, o relator, desde que apoiado no entendimento do tribunal (firmado observando-se a competência do colegiado), poderá exercer uma competência individual para evitar que seus órgãos deliberem nos termos de suas competências funcionais – e que não as exercerão, exceto se houver recurso contra a decisão monocrática e o apelo venha a ser acolhido. Também há situações como a admissibilidade de Recursos Ordinários, que se costuma levar para a sessão, ainda que o relator possa decidir sozinho. Acredito, no entanto, que a distinção entre as competências previstas no art. 896-C da CLT é bastante mais evidente quando passamos a analisar o objeto a ser decidido no recurso submetido ao rito dos Recursos Repetitivos. Afinal, para quais matérias o Tribunal Pleno do TST será o único órgão com autoridade jurisdicional para analisar e decidir? Respondo que será o único órgão competente quando houver matérias sujeitas ao controle de constitucionalidade (onde necessário observar-se a cláusula de reserva de plenário, art. 97 da CR), que exige o voto da maioria absoluta de seus membros. Veja que o art. 1.035, § 3º, III do CPC trata da hipótese em que há repercussão geral presumida por reconhecimento de inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. Portanto, apesar de haver uma concorrência prevista no art. 896-C da CLT, só há um

Foto: ASCOM/TST

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

> órgão competente para julgamento previsto naquele dispositivo: o Tribunal Pleno (o outro seria o Órgão Especial, mas ele não é nominado no texto da lei). Fora dessa hipótese (quorum qualificado), não vejo possibilidade de conflito...

Voltando, para contextualizar a afirmação de que não há conflito interno no Tribunal Superior do Trabalho, temo que estejamos exatamente na incompreensão da mudança, da radical alteração de funcionamento das Cortes Superiores, ao que Raumsol nos disse que "... Todo conceito que o homem não modifica com sua evolução torna-se preconceito, e os preconceitos acorrentam as almas à rocha da inércia mental e espiritual…".

O nobre Ministro do STF Edson Fachin, no julgamento do RE 655.265, já asseverou, numa interpretação lúcida, prudente e absolutamente jurídica do artigo 926 do CPC, e que alcança inexoravelmente o processo do trabalho, que:

> O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que 'densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico argumentativa da interpretação'. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que 'impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos'. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais 'é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.' (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado.

Ora, posso afirmar que, não fossem os princípios norteadores da estabilidade, confiabilidade e efetividade dos julgamentos das Cortes Judiciais, "... mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos...", tem-se também que "...é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões..."

Assim, sem pretender entrar em conflito com opiniões de doutrinadores que apontam para uma impropriedade do novo sistema que, segundo se pontua, foi trazido para corrigir, de certo modo, a avalanche de processos que chegam às Cortes Judiciais, trazendo uma efetividade quantitativa através dos precedentes, tenho que o sistema mudou e com ele também teremos que nos acostumar.

E com a mudança vieram os novos conceitos, as novas regras de conduta e de compreensão, e dentre esses novos ritmos processuais tem-se que uma decisão em incidente de recurso repetitivo terá caráter finalístico quando exarada quer seja pelo Tribunal Pleno, quer seja pela Subseção de Dissídios Individuais 1 pois assim o quis o legislador pátrio.

Com essa conclusão, não se há mesmo falar em submissão da decisão meritória tomada pela maioria dos membros da Subseção de Dissídios Individuais 1, ou imaginar-se uma remessa oficial ao Tribunal Pleno, mesmo que haja Súmula de jurisprudência regulando a matéria, porque essa exerceu, na forma autorizada pelo legislador, sua autoridade como órgão máximo delegado no que se refere aos incidentes de recurso repetitivo.

Como já se disse, essa máxima de autoridade no julgamento dos incidentes de recurso repetitivo não é derivada de opção do Tribunal Superior do Trabalho, ou de precipitação dos membros da Subseção de Dissídios Individuais 1, mas de mandamento legislativo, e na lição de Jorge Pinheiro Castelo "... o julgamento levado a efeito sob o regime do incidente de recurso repetitivos pela SBDI 01 do TST não se sujeita a remessa necessária (inciso II do §4º do art. 496 do CPC/2015) para o Pleno do TST …".

Como bem afirmou o e. Ministro Walmir Oliveira da Costa, "... Por isso devemos adotar um precedente. Em razão do precedente, porque já foi a tese jurídica aprovada, cancelar-se-ia a súmula, pura e simplesmente, o item I da Súmula nº 124. Parece-me que é essa a solução...".

O e. Ministro Freire Pimenta é categórico quando afirma que:

> ...Não me parece, com todas as vênias, que apenas por isso se possa ignorar as normas regimentais e a norma de bom senso de que o Pleno tem a palavra final quando se trata de matéria sumulada. Mas, quando se tratar de matéria sumulada, é perfeitamente possível entender que a SDI pode ainda achar que isso pode ser resolvido, em um primeiro momento, pela própria SDI, em casos em que talvez a súmula não seja tão polêmica, tão sujeita à discussão e, depois, configurada a situação que agora acabou de acontecer, aplique-se o Regimento, por prudência. Não se proclama o julgamento e remete-se para uma deliberação final e conclusiva do Tribunal Pleno, que fala pelo Órgão como um todo...

No que diz respeito, então, à aplicação das regras regimentais em vigor, acalentada por alguns, adianto-me a exarar mais uma vez posicionamento contrário ao que defenderam alguns respeitáveis Colegas por ocasião do julgamento do incidente pela Subseção de Dissídios Individuais 1.

A regra regimental em vigor (Art. 158, R.I./TST[2]) não se coaduna mais, com todo o respeito, com a nova realidade processual.

Foto: ASCOM/TST

Isso se verifica, sem qualquer esforço de interpretação ou de compreensão, tendo em vista que hoje, como já se viu, foi inserido na sistemática processual, dentre outros, o incidente de recurso repetitivo, e esse, também como já se demonstrou à saciedade, é regulado pela Lei nº 13.015/15 e pela IN nº 38 do TST e que delegam, de forma concorrente, ao Tribunal Pleno e à Subseção de Dissídios Individuais 1 a competência para processar e julgar tal incidente numa distribuição de competência, porque não dizer, frise-se, democrática, prudente e jurídica, considerando que o órgão fracionário é o efetivamente competente por norma regimental para uniformizar a jurisprudência pátria.

O referido dispositivo do RI/TST (art. 158) tinha sua aplicação voltada ao incidente de uniformização da jurisprudência que não subsiste mais e não se compatibiliza com o incidente de recurso repetitivo, que teve seu regramento trazido pela mencionada lei, com disciplinamento pela também já referida IN nº 38 do TST, não havendo que trazer à baila discussão que encerre compreensão no sentido de contestar o acatamento da autoridade da decisão exarada pela Subseção de Dissídios Individuais 1, pois é inerente ao novo sistema e derivada da lei, tendo força intrínseca inconteste, não havendo, d.v., o entendimento de que haja sobreposição ou que deva haver subordinação dessa decisão ao órgão superior do Tribunal Superior do Trabalho, no caso, o Tribunal Pleno.

O e. Ministro Freire Pimenta pondera, mais uma vez, que:

> ...Bem sei que essa súmula não é vinculante, não tem a mesma força do precedente porque ela foi editada antes, mas ela é a expressão da vontade soberana – digamos – do Pleno do Tribunal. A súmula persuasiva tem força suficiente para atrair ao caso a incidência das regras do Regimento que acabei de invocar, respaldadas, repito, pelo próprio art. 926 do novo Código de Processo Civil. O processo deve ser remetido para o Pleno, e há possibilidade teórica – não sei se isso vai acontecer, a maioria aqui foi grande, sei disso – de o Pleno, por sua maioria, não confirmar o entendimento aqui tomado pela maioria, sempre sábia, da Subseção I. Há Possibilidade de já aplicarmos o novo entendimento e o Pleno não o corroborar. O que acontece com essas decisões, com esses processos? Parece-me um paradoxo muito perigoso, um paradoxo insolúvel. Eu diria, então, que a prudência, nesse início de aplicação do sistema, leva-nos a tomar cuidado e a aplicar as normas do Regimento...

Data venia, respeitosamente, reitero os comentários anteriores sobre a impossibilidade de se invocar a aplicação de regra regimental revogada porque diz respeito a incidente não mais existente no Tribunal Superior do Trabalho, repisa-se, por imperativo da lei, e aqui, os posicionamentos que corroboram a posição que ora adoto também não são menos contundentes, pois na expressão de Walmir Oliveira da Costa:

> ...É porque está na regra regimental, mas me convenci de que o Regimento está superado e não é mais compatível com a nova sistemática, porque iremos esvaziar a competência da SDI-1. Se quiséssemos que o Tribunal Pleno uniformizasse a jurisprudência, contrariamente, aliás, à Lei nº 7.701/88, que não foi revogada, então, o que estaríamos fazendo aqui? Qual é o sentido e utilidade desse julgamento? Com todo o respeito, parece-me que nenhum...

Como pontua Estevão Mallet:

> ...não há hierarquia entre tais órgãos do Tribunal Superior do Trabalho. O que há é mera distribuição de competência. E, no âmbito que lhe é próprio, cada órgão exerce, em sua plenitude, a competência que lhe foi conferida, sem que um possa invadir a que ao outro cabe. Tal qual no plano estatal, a distribuição de competência normativa entre União, Estados e Municípios não implica estabelecimento de hierarquia entre os componentes da Federação. A União não prepondera sobre o Município. Na sua área de competência normativa, ao Município é que cabe legislar, sem que as normas que venha a editar tenham de ser aprovadas pelos demais entes federativos... Como adverte Kelsen, '*tra la 'federazione' o il cosidetto 'stato centrale' e gli stati singoli o gli stati-membri no vi sia affatto un rapporto di sovraordinazione e di sottordinazione...ma, al contrario, un rapporto di coordinazione*'. *Mutatis mutandis*, é também o que se dá com os diferentes órgãos dos tribunais, entre os quais não há sobreposição ou subordinação, mas, tão-somente, coordenação ou distribuição de competências...

O e. Ministro Hugo Scheuermann afirmou, na oportunidade de seu sempre respeitado voto, que "...é certo que com essa decisão que tem efeito vinculativo horizontal e vertical, estamos dizendo que o divisor bancário é 180 para a jornada de seis horas e 220 para a jornada de oito horas ..." quando se discutia a relevância da natureza jurídica da cláusula normativa.

De fato, essa afirmação bem assevera e demonstra, ademais da verdadeira irrelevância naquele momento do julgamento da questão pertinente à natureza jurídica da cláusula normativa, a força vinculante que se quis emprestar à decisão da Subseção de Dissídios Individuais 1.

Esse é o espírito da lei, esse é o desejo do legislador e, com todo o respeito, dar efetividade plena à decisão do órgão fracionário, mesmo havendo súmula de jurisprudência na Corte, é o que mais se aproxima da razoabilidade e juridicidade interpretativa que se quer emprestar ao texto da lei.

Anoto que o e. Ministro Renato Lacerda de Paiva apontou, em sua manifestação, que:

> ...Com relação à questão da autoridade, preocupa-me a possibilidade de decidirmos em incidente de recurso repetitivo, a matéria referente à súmula ser examinada no Pleno e a decisão do Pleno vir a ser contrária à decisão da SDI. Isso é possível? A meu juízo, é possível porque o cancelamento da revisão de súmula tem previsão própria no art. 166 do Regimento Interno. Não há previsão no Regimento de que o julgamento de incidente de recursos repetitivos pela SDI, automaticamente, acarrete o cancelamento ou a revisão de súmula. Esse é um procedimento que tem especificidades previstas no Regimento Interno. Se isso ocorrer, ainda que se entenda que há de prevalecer decisão da SDI-1 porque é vinculativa, haverá uma perda de autoridade enorme dessa decisão em relação aos nossos jurisdicionados...

Com todo o respeito, e por oportuno, não se coloca nenhuma restrição à norma regimental contida no artigo 166[3] do RI/TST em vigor, que cuida das Súmulas de jurisprudência, tendo-se em conta que tal dispositivo encontra-se em pleno vigor, só cedendo em seus efeitos e consequências quando estivermos tratando do novel incidente de recurso repetitivo.

Nesse caso, por força do que determinou a legislação aplicável à espécie, a decisão de um dos órgãos internos do Tribunal Superior do Trabalho a quem coube por delegação o processamento e julgamento do incidente de recurso repetitivo (Art. 896-C da Lei nº 13.015/15 – Tribunal Pleno ou Subseção de Dissídios Individuais 1) será definitiva e não sujeita a nenhuma chancela interna, no caso de se fazer a opção pelo órgão fracionário, mesmo na hipótese de existir, como já dissemos, Súmula de jurisprudência que cuide da matéria.

Em existindo Súmula de jurisprudência que cuide de matéria que fora objeto de incidente de recurso repetitivo, e fixando o Tribunal Superior do Trabalho tese vinculativa em julgamento efetuado pela Subseção de Dissídios Individuais 1, criando o precedente, far-se-á, por óbvio, seguindo determinação regimental que assevera que ao Tribunal Pleno cabe com exclusividade a revisão ou cancelamento de Súmula, a provocação desse para seu ofício de adequação da Súmula de jurisprudência ao precedente..

Aqui, como bem afirmou o e. Ministro Walmir Oliveira da Costa, "... devemos adotar um precedente. Em razão do precedente, porque já foi a tese jurídica aprovada, cancelar-se-ia a súmula, pura e simplesmente, o item I da Súmula nº 124 ..."

Diga-se, essa foi a tônica do julgamento levado a efeito pela Subseção de Dissídios Individuais 1 quando, pelo voto majoritário, determinou-se o encaminhamento da decisão à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos para parecer e, após, ao Tribunal Pleno para exame.

Assim, repito, no mesmo momento em que se admite não haver conflito de competência entre órgãos internos do Tribunal Superior do Trabalho, no caso, Tribunal Pleno e Subseção de Dissídios Individuais 1, como se viu adredemente, também não deverá ser arguida oposição à decisão do órgão fracionário, que contém rigorosamente os limites e balizamentos necessários à formação do precedente.

O e. Ministro João Oreste Dalazen, na oportunidade de sua manifestação em julgamento, também asseverou que:

> ...pode ignorar ou opor-se a uma decisão dessa natureza, em incidente de recurso de revista repetitivo, decisão que, por lei, repito, ostenta tão ampla e gravíssima eficácia obrigatória a todos os Juízes e Tribunais? A meu sentir, não. A decisão que daqui emanar, com a devida vênia, e não vejo nada de desarrazoado nisso, data venia, mas de estrito cumprimento da lei, a decisão que daqui emanar vincula *ex lege* o Tribunal Pleno, seja porque proferida por Órgão a que a própria CLT atribuiu competência funcional para o julgamento, seja pela própria natureza em si da decisão e dos efeitos que lhe são inerentes, também assegurados por lei. De resto, convenhamos, seria paradoxal, senão surreal, um instituto como o incidente de recurso de revista repetitivo, concebido pelo legislador, notoriamente, para unificar a jurisprudência trabalhista nacional e para racionalizar os julgamentos de causas de massa, constituir-se, ironicamente, um fator de persistência de cizânia na jurisprudencial interna do Tribunal. É concebível de forma razoável isso? Mesmo que se entenda que a decisão emanada deste julgamento não vincula o Tribunal Pleno, é preciso lembrar que o Tribunal deve buscar sempre manter, como diz a lei, íntegra, estável e coerente a sua jurisprudência. Então, no mínimo, o Pleno do TST haverá de ajustar-se à decisão proferida neste julgamento. A competência, a meu sentir, do egrégio Tribunal Pleno, doravante, com todo o respeito, é a de adaptar-se, quando e se for o caso, às decisões desta Subseção que forem proferidas no julgamento de incidente de recurso de revista repetitivo...

E arremata S.Exa., de forma precisa e emblemática, que:

> ... Ademais, indago: o Tribunal Pleno pode sobrepor-se à decisão proferida pela Subseção I? Não me consta que esta Subseção, no instante em que está proferindo, como tende a proferir a decisão que equaciona esse incidente, esteja usurpando competência do Tribunal Pleno. Ao contrário, está no exercício legítimo de uma competência que lhe dá a lei. Se não for assim, pergunto: qual é o sentido dessa decisão, tão maturada, tão longamente pensada por todos nós, objeto de uma audiência pública, se se concebe, em tese, a possibilidade de o egrégio Tribunal Pleno simplesmente cassá-la ou torná-la absolutamente vã, inútil, fazer dela tábula rasa? Não sei o que estamos fazendo aqui. Acho que estaríamos, todos, perdendo tempo. Com todo o respeito, não se trata de usurpar uma competência do Tribunal Pleno. Claro que o Tribunal Pleno tem todo o nosso respeito e acatamento, mas é forçoso convir que, nos limites da competência funcional de cada um desses Órgãos, todos têm plenos poderes para decidir aquilo que a lei lhes assegura, a possibilidade de fazê-lo, que é o que se está promovendo aqui...

Efetuada a comunicação do julgamento que disciplina questão jurídica diferentemente do que a faz Súmula de jurisprudência à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, para parecer, e na sequência ao Tribunal Pleno, esse, com a autoridade de sua atuação, poderá revisar ou cancelar o verbete em vigor, ou poderá também não eleger nenhum desses caminhos, sem que, com isso, se coloque em cheque a decisão já tomada no incidente processual.

Tal desiderato vai ao encontro da opinião de Estevão Mallet, que atesta que:

> ...A decisão da Seção Especializada contrária a Súmula deve ser apenas comunicada ao Tribunal Pleno, para eventual cancelamento ou revisão do verbete. Cada órgão do Tribunal conserva a sua competência, respeitando a competência dos demais. O Tribunal Pleno, portanto, poderá decidir cancelar ou não a súmula. Não tem, como é óbvio, de seguir a decisão do órgão que resolveu o incidente. Ainda que o Tribunal Pleno, após a decisão da Seção Especializada, resolva não cancelar a súmula, isso não muda o resultado do julgamento tomado no incidente...

É prudente ir terminando essas considerações acerca desse julgamento emblemático por parte do Tribunal Superior do Trabalho, que demonstrou unidade e, com isso, trará efetividade e segurança jurídica às suas decisões, lembrando a observação sempre atenta do e. Ministro João Oreste Dalazen no sentido da "...observância dos procedimentos administrativos da Resolução nº 235 do CNJ, ou seja, para ficar bem claro que, independentemente do que decidir o egrégio Tribunal Pleno, há uma decisão que tem implicações, tem consequências jurídico-processuais derivantes do próprio julgamento levado a cabo nesta Subseção, com todas as observações de cunho administrativo e identificação dos temas ...",

Finalmente, devemos destacar a importância, na lavratura do acórdão, dos argumentos não acolhidos, para que fiquem especificadas, de forma clara, quais as teses que foram superadas e, lavrado o precedente, importante que ele seja estruturado como sugere a IN 38 do TST, porque é a partir dele que começam as discussões sobre a *ratio decidendi*, *o obiter dictum*, o *distinguishing*, o *overruling*, o *override*, dentre outros.

Por derradeiro, lembrar ainda da regra contida no artigo 17 da suso mencionada IN nº 38 que "... Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado …".

Assim, forçoso concluir que a decisão emanada da SDI1 em julgamento de recurso pelo rito previsto no art. 896-C tem plena eficácia na forma da lei, não se submetendo, em nenhuma hipótese, ao referendo do Tribunal Pleno, mesmo quando decida matéria eventualmente já sumulada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Notas

[1] Tema nº 2: Bancário. Horas extras. Divisor. Bancos públicos e privados. Questão submetida a julgamento: A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado, por norma coletiva da categoria dos bancários, mesmo que apenas para fins de reflexos das horas extras habituais, acarreta alteração no divisor utilizado para cálculo das horas extraordinárias, nos termos da Súmula 124 deste Tribunal? Disponível no seguinte link: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em 7.12.2016.

[2] R.I./TST: Art. 158. A revisão ou cancelamento da jurisprudência uniformizada do Tribunal, objeto de Súmula, de Orientação Jurisprudencial e de Precedente Normativo, será suscitada pela Seção Especializada, ao constatar que a decisão se inclina contrariamente a Súmula, a Orientação Jurisprudencial ou a Precedente Normativo, ou por proposta firmada por pelo menos dez Ministros da Corte, ou por projeto formulado pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos...

§ 2º A determinação de remessa à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos e ao Tribunal Pleno é irrecorrível, assegurada às partes a faculdade de sustentação oral por ocasião do julgamento...

[3] R.I./TST: Art. 166. A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros

Cláusulas especiais do Contrato Individual de Trabalho

José Geraldo da Fonseca | Desembargador Federal do Trabalho no Rio de Janeiro
Membro do Conselho Editorial

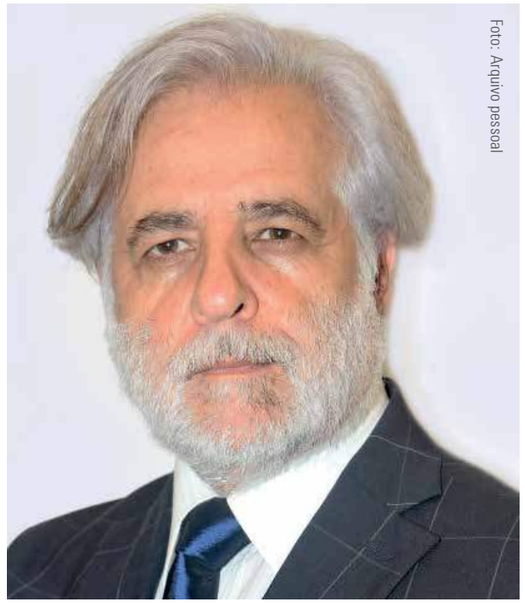


Foto: Arquivo pessoal

1. Introdução

Como todo contrato civil, o contrato individual de trabalho é um negócio jurídico bilateral, no qual, em tese, há simetria de direitos e deveres entre os contratantes. Para a CLT, se não houver cláusula restringindo esta ou aquela atividade, ou prova de que certa atividade não podia ser exigida do empregado, entende-se que o trabalhador se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal[1]. Uma das particularidades do contrato individual de trabalho é, portanto, esta: não ter conteúdo específico e resumir uma obrigação de fazer[2]. Essa obrigação de fazer é definida, de uma parte, por um punhado de cláusulas livremente estipuladas pelas partes[3] e, de outra, por leis que disciplinam as questões de ordem pública, estabelecendo um conteúdo mínimo abaixo do qual as partes não podem transigir[4].

No rol de regras gerais do contrato de trabalho, sobre as quais as partes podem dispor, certas empresas costumam embutir cláusulas que contêm alguma regulação especial e que restringem a atuação do empregado até mesmo após o fim da relação de emprego. Sua validade é discutível. O intuito dessas cláusulas quase sempre é preservar segredos do negócio, recuperar capital investido na capacitação de altos empregados ou simplesmente impedir que o concorrente coopte mão de obra qualificada. Dentre essas, as mais comuns estão aquelas que impedem o trabalhador de se reempregar em empresa congênere por um certo tempo após deixar o último emprego; as que obrigam o empregado a permanecer na empresa durante a execução de um projeto ou após a conclusão de curso de capacitação pago pela empresa; as de não cooptar colegas da antiga empresa caso se reempregue em empresa concorrente ou as de não revelar segredos de negócio ou não concorrer com os antigos patrões. Como sua discussão não é frequente no foro, a jurisprudência é escassa e a doutrina ainda controverte sobre muitos pontos relevantes.

2. Boa-fé objetiva

Em todos os momentos do contrato de trabalho exige-se que empregados e patrões se comportem com lealdade, ética e boa-fé. Boa-fé e ética são as duas faces de uma só moeda. O conceito de boa-fé se extrai do de dolo. Dolo é o oposto de boa-fé. Se a boa-fé, que é a consciência de não agir ilicitamente, exclui o dolo, segue-se que o dolo outra coisa não é senão o agir com a consciência da ilicitude da ação. Na boa-fé objetiva não se trata mais de estado anímico, de consciência, daquela sensação de que o simples fato de agir segundo o seu direito basta para confirmar a sua boa intenção. A boa-fé objetiva é uma conduta apartada das intenções íntimas do contratante, que exige comportamento comprometido com os princípios de lealdade, honestidade e colaboração a fim de que se alcancem os fins pretendidos. Numa palavra, para a boa-fé objetiva não basta a ausência da intenção de prejudicar. É preciso *correttezza* (lealdade), isto é, concurso de ambos os contratantes para que o contrato se perfaça sem que nenhum dos dois se prejudique ou se onere além do normalmente esperado. O que distingue a boa-fé subjetiva da objetiva é que, na primeira — subjetiva —, o agente se conforma com a suposição de que não está prejudicando a ninguém porque está no seu direito de agir, ao passo que, na outra — objetiva —, o agente se obriga não apenas a agir dentro do seu direito, mas agir de tal modo que o exercício do seu direto não prejudique ou impossibilite o cumprimento da obrigação contratada. Mais que isso: implica o dever de colaborar para que o direito do outro se consume.

O empregado que aceita a inclusão de uma cláusula restritiva de sua autonomia na execução do contrato de trabalho deve estar ciente de que deve respeitá-la e de que não basta agir no limite do seu direito, mas que deve concorrer para que o direito da empresa também seja satisfeito. A empresa, de sua vez, deve informar ao empregado a extensão das cláusulas especiais e os riscos de seu descumprimento[5], inclusive na esfera penal.

3.Venire contra Factum Proprium

A expressão latina "*nemo potest venire contra factum proprium*" significa "*ninguém pode contravir o próprio fato*", isto é, dizer uma coisa, combinar uma coisa a ponto de despertar na outra uma expectativa legítima e, sem razão justa, comportar-se de modo diferente. Isso se aplica a todas as situações da vida civil, em especial em matéria de contratos. Com a proibição do comportamento contraditório não se quer anular a liberdade de mudar de opinião, mas neutralizá-la, sempre que esse segundo comportamento puder causar prejuízo a quem tenha confiado na manutenção do comportamento inicial. Proibir o comportamento contraditório não é limitar o direito subjetivo que cada um tem de realizar o negócio jurídico como melhor lhe aprouver, mas tutelar a confiança e a boa-fé objetiva daquele que contratou com o outro e supôs que, no interesse de ambos, o comportamento inicial no qual depositou sua confiança legítima não seria alterado sem razão relevante. Quando uma parte celebra com outra determinado contrato, cria para ela uma expectativa legítima de que as coisas caminharão como combinado. Romper essa expectativa legítima sem razão justa é agir contra a boa-fé objetiva e comportar-se contraditoriamente.

O empregado não pode aceitar uma cláusula especial que limita a sua autonomia no contrato de trabalho e depois contravir o próprio fato descumprindo-a ou judicializando a questão alegando que não a conhecia, não a aceita ou não sabia o que estava contratando. Ao aderir ao pacto adjeto que contém essa cláusula acessória o empregado cria na empresa a expectativa legítima de que vai honrá-la e essa expectativa não pode ser quebrada sem razão justa.

4.Cláusulas especiais do Contrato Individual de Trabalho

A CLT reputa inválida qualquer cláusula que tenha por objetivo desvirtuar, impedir ou fraudar a sua aplicação[6]. Logo, desde que não agridam o caráter tuitivo da legislação trabalhista, patrões e empregados podem pactuar qualquer coisa no curso do contrato de trabalho[7]. Em princípio, toda cláusula restritiva do direito *ao* trabalho é nula porque o direito de trabalhar é uma das garantias constitucionais no direito brasileiro[8]. Na maioria dos casos, as regras especiais sobrepostas por vontade das partes ao contrato individual de trabalho procuram preservar a confidencialidade dos negócios dificultando o tráfico de informação depois que o empregado deixa a empresa. Quando esse é o objetivo, as cláusulas proíbem ou restringem a possibilidade de que o trabalhador se reempregue em empresas congêneres num determinado raio ou durante certo tempo, seja em função idêntica à ocupada no emprego anterior ou noutra em que o conhecimento adquirido possa ser utilizado, no todo ou em parte, nas novas funções. Pode ocorrer, ainda, que uma cláusula desse tipo tenha como finalidade obrigar o empregado a permanecer no emprego durante a execução de algum projeto de interesse estratégico do negócio. E, mais comumente, que o trabalhador permaneça na empresa durante

certo tempo após conclusão de curso de capacitação, como forma de indenizar o valor despendido.

Essas cláusulas completam o conjunto normativo que disciplina a vida do trabalhador na empresa. Como são normas restritivas — e em geral voltadas para a proteção da empresa—, é preciso verificar em cada caso se a adesão do empregado ao seu conteúdo ético lhe é benéfica ou potencialmente danosa.

Vejamos algumas dessas cláusulas:

4.1.Cláusula de raio

Dentre as regras especiais das quais as partes podem lançar mão nos contratos individuais de trabalho, a "cláusula de raio" é, seguramente, a menos comum. Consiste na possibilidade — *em tese* — de que a empresa possa exigir, por contrato, que determinado empregado se abstenha de se empregar em empresa concorrente numa distância determinada, chamada "raio", evitando, com isso, que o seu talento particular, expertise ou carisma possam influenciar no fluxo de vendas ou no nível de competitividade do antigo empregador. Embora seja um tipo de cláusula muito comum entre lojistas de shopping centers para evitar a concorrência direta no mesmo espaço físico, boa parte da doutrina entende que fere o direito de livre concorrência[9]. Aplicada às relações de trabalho, essa cláusula é inconstitucional porque agride o trabalho como um valor social[10] e o direito ao trabalho como garantia da dignidade da pessoa humana[11].

4.2. Cláusula de permanência ou fidelização compulsória

O capital humano é a parte mais valiosa do ativo de uma empresa. Embora o patrão não seja obrigado a investir na capacitação do empregado, é compreensível que, se o fizer, terá todo interesse em mantê-lo a seu serviço pelo maior tempo possível. É admissível que possa se cercar de cuidados mínimos para evitar que a saída de um alto empregado facilite o tráfico de informação ao concorrente. Em contrapartida, é razoável supor que o investimento feito pela empresa na formação de um empregado deve ser ressarcido se esse empregado se desliga do emprego tão logo concluída a capacitação e passa a trabalhar no concorrente. Um dos modos pelos quais as empresas procuram preservar o investimento nos empregados ou dificultar o tráfico de informação para a concorrência é a *cláusula de permanência* ou *fidelização compulsória*. Essa cláusula permite que a empresa exija do empregado permanência no emprego enquanto se executa um projeto de excepcional interesse do negócio ou por determinado tempo após a conclusão de um curso de capacitação, a fim de que o investimento feito possa, teoricamente, ser devolvido em forma de trabalho mais qualificado. A esse tempo de permanência compulsória dá-se o nome de "pedágio" ou "carência". A CLT não contém regra específica disciplinando essa questão. É preciso recorrer à legislação comparada[12].

> "O Brasil não tem lei específica proibindo o empregado de trabalhar em empresa concorrente após desfeito o vínculo de emprego anterior, mas a lei estrangeira pode ser aplicada por analogia."

O art.21 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, diz:

> **Artículo 21.** *Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa.--*
>
> 1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.
>
> 2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:
>
> *a)* que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y
>
> *b)* que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.
>
> 3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de 30 días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.
>
> 4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Por sua vez, o art.137 do Código do Trabalho de Portugal[13], diz:

> Artigo 137 — Pacto de permanência:
>
> 1 – As partes podem convencionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional.
>
> 2 – O trabalhador pode desobrigar-se do cumprimento do acordo previsto no número anterior mediante pagamento do montante correspondente às despesas nele referidas.

A cláusula de permanência é válida desde que o "pedágio" ou "carência" seja razoável. Como não há lei no Brasil disciplinando esses pontos, a duração razoável de um período de "carência" ou "pedágio" após a conclusão de um curso de capacitação poderia ser, por exemplo, o tempo de duração do curso de reciclagem ou capacitação, isto é, a cláusula poderia exigir a permanência do empregado na empresa por um tempo equivalente ao da duração do próprio curso de aperfeiçoamento ou especialização.

4.3. Cláusula de não-concorrência

O Brasil não tem lei específica proibindo o empregado de trabalhar em empresa concorrente após desfeito o vínculo de emprego anterior, mas a lei estrangeira pode ser aplicada por analogia[14]. O art. 146 do Código de Trabalho português admite cláusula de não-concorrência se a proibição não exceder dois anos, prorrogável por um ano se a função for de confiança. Exige, ainda, que a cláusula seja contratada por escrito e que preveja uma compensação financeira para o empregado ao término do contrato de trabalho. O art.21.2 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha também admite esse tipo de cláusula se houver prova de um interesse comercial do patrão a ser protegido. O período de abstenção não pode exceder 2 anos (para trabalhadores técnicos) e 6 meses (para os trabalhadores em geral). Exige-se pagamento de uma compensação econômica adequada ao trabalhador, que pode ser fixada livremente entre as partes.

A doutrina brasileira aceita a cláusula de não-concorrência se o tempo de abstenção do trabalhador for "razoável" e expressamente delimitado. Os limites desse "tempo razoável" variam. A doutrina também recomenda que a proibição seja circunscrita a certo espaço geográfico para não inviabilizar o reemprego do trabalhador ou obrigá-lo a se deslocar para lugar distante de sua residência.

Todas as legislações estrangeiras que admitem a cláusula proibitiva de trabalho em empresa concorrente querem evitar a *concorrência desleal*. No Brasil, sempre que se discute a validade da cláusula de não-concorrência fala-se no art.482, "c", da CLT, o que é um erro. O art.482, "c", da CLT, não trata de não-concorrência. Ali está dito que a *negociação habitual* constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, por falta grave do empregado, sempre que (1º) não tiver sido autorizada pelo patrão; (2º) houver prejuízo ao serviço; ou (3º) caracterizar *concorrência desleal* para com a empresa do patrão. A fidúcia (confiança) entre patrão e empregado é a base ética do contrato de trabalho. Quando qualquer das partes quebra essa confiança, o contrato de trabalho se desfaz. É claro que o empregado não pode concorrer com o seu empregador *enquanto o contrato de trabalho está em vigor* porque isso quebra a confiança entre as partes. Na letra "c", do art.482, da CLT, normalmente invocada quando se examina a licitude da cláusula de não-concorrência, a falta estudada é a *negociação habitual* que não foi autorizada pelo patrão e prejudica o serviço ou concorre de modo desleal com a empresa onde o empregado trabalha. Ou seja: uma falta cometida *enquanto o contrato de trabalho está em vigor.* Mesmo assim, não é qualquer negociação habitual, mas somente aquela que constitua *concorrência com a empresa* do patrão ou seja prejudicial ao serviço. Se a negociação habitual não prejudica o serviço ou não concorre com atividade do patrão, não há falta grave. A expressão "*negociação habitual*" está na lei em sentido amplo. Refere-se a *qualquer* atividade do empregado, e não apenas àquela ligada ao comércio. Pode ser praticada no local do serviço ou fora dele. É o caso, por exemplo, da empregada que, além do serviço habitual na empresa, faz manicura na vizinhança, revende produtos de limpeza ou de toucador. Mesmo aquela atividade caritativa ou religiosa pode vir a caracterizar um tipo de "*negociação habitual*" se provados (1º) a falta de autorização do patrão e (2º) o prejuízo ao serviço. Se uma empregada presta serviço comunitário ou participa de atividades religiosas e usa o telefone da empresa do patrão para estabelecer os vínculos entre outros partícipes dessas

atividades ou marcar reuniões, discutir projetos, arrecadar alimentos, programar cultos, seminários ou retiros, por exemplo, e isso vier a comprometer a regularidade do serviço, pode configurar negociação habitual se não tiver sido autorizada pelo patrão. O intuito de lucro não é elemento determinante.

Quem admite a validade da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho deve considerar que é imprescindível fixar um prazo máximo para a proibição de que o empregado se reempregue na empresa concorrente, que pode ser de até dois anos, como está na lei estrangeira. A cláusula de não-concorrência deve ser obrigatoriamente escrita. A área geográfica em que o reemprego na concorrência é proibido deve ser expressamente definida e não pode inviabilizar totalmente a recolocação do empregado nem lhe impor custo excessivo com mudança de domicílio ou viagens. Por fim, deve ser assegurada ao trabalhador uma indenização compensatória nunca inferior a 24 vezes o valor da maior remuneração recebida na empresa, acrescida de juros de mora e de correção monetária do período de inatividade compulsória.

4.4. Não-recrutamento

Por meio da cláusula de não-recrutamento a empresa proíbe ao empregado recrutar seus clientes ou empregados após o fim do contrato de trabalho. O objetivo é evitar desvio de clientela ou cooptação de *staff* treinado e com amplo conhecimento do segmento de mercado. Em princípio, não há ilegalidade porque se trata de imposição de obrigação de não-fazer que em nada prejudica o ex-empregado e preserva os interesses da empresa. Assim como as outras cláusulas que impõem inação do empregado, é preciso que essa proibição de recrutar seja delimitada no tempo.

4.5. Cláusula de exclusividade

Exclusividade não é pressuposto do contrato de trabalho. Desde que haja compatibilidade de horários, o empregado pode estabelecer tantas relações de emprego quantos forem os horários disponíveis. Pode ocorrer, contudo, que em razão do tipo de trabalho desenvolvido na empresa seja do interesse do empregador que o empregado não estabeleça outra relação de emprego durante o contrato, ainda que haja disponibilidade de tempo. Em tese, a cláusula de exclusividade será válida se se limitar a proibir uma segunda relação de emprego na constância do contrato de trabalho apenas com empresa concorrente ou com outra que, embora não concorrente, possa se aproveitar de informações confidenciais que esse empregado possa ter obtido em razão do seu trabalho. Não será lícita se proibir, genericamente, o exercício de qualquer trabalho.

4.6. Cláusula de sigilo ou confidencialidade

Embora *sigilo* e *confidencialidade* sejam comportamentos exigíveis em qualquer relação entre pessoas porque decorrem normalmente da eticidade e da boa-fé que permeiam os contratos, especialmente os de trabalho, é possível que esse comportamento conste de cláusulas específicas dos contratos de trabalho, especialmente se objeto social da sociedade empresária os exige como regra de mercado. Não se proíbe o emprego em outra empresa, ainda que concorrente, mas a revelação dos segredos que o empregado eventualmente detenha em razão do ofício[15]. Por analogia[16], o juiz do trabalho poderá dar aos casos de quebra do dever de sigilo por parte dos empregados o mesmo tratamento que o art.27-D da Lei nº 6.385/76, com as alterações da Lei nº 10.303/2001, dá aos casos de *insider trading*, isto é, uso de "informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários" por administradores[17]; conselheiros e diretores; integrantes de órgãos técnicos e consultivos[18] e subordinados ou terceiros de confiança dos administradores[19]; membros do conselho fiscal, acionistas controladores e minoritários[20]; prestadores de serviços jurídicos ou contábeis à companhia; agentes privados atuantes no mercado de valores mobiliários e agentes públicos encarregados da fiscalização do setor, além das pessoas referidas na Instrução CVM 358/02[21].

5. Cláusula penal

Agir de boa-fé é agir sem dolo, sem intenção de prejudicar. Boa-fé objetiva é uma regra ética que permeia qualquer contrato. Não se trata mais da boa-fé subjetiva como um estado anímico, de consciência. O empregado que adere a um contrato de trabalho contendo uma cláusula especial aceita essa *capitis deminutio* na liberdade de contratar e implicitamente admite que o seu descumprimento poderá lhe acarretar alguma sanção. A CLT não prevê nenhuma sanção para essas possíveis infrações, mas permite a aplicação subsidiária da legislação extravagante[22]. Assim, são aplicáveis os arts.408 e 409, do Código Civil. A quebra do dever de sigilo de empresa pode ir além de uma simples infração contratual e constituir crime. Nos casos de fidelização compulsória, a cláusula penal mais corriqueira é a que prevê a possibilidade de a empresa exigir do empregado, no ato da rescisão do contrato de trabalho, a restituição de todo o valor investido na sua preparação. Essa retenção somente será possível quando a iniciativa de romper o contrato nesse "período de carência" tiver partido do empregado ou quando este tiver dado causa para o rompimento da relação de emprego, por falta grave[23]. Nos casos em que a decisão de romper o contrato de trabalho é da empresa, ou nos casos em que o empregador comete falta grave para a rescisão do contrato de trabalho[24], o desconto não é lícito. Quanto aos limites desses descontos, a doutrina é dividida. Para uns, todo o valor investido na preparação do empregado pode ser compensado no recibo de rescisão. Para outros, somente será possível reter até o equivalente a um mês de remuneração do empregado na empresa[25]porque o restante é considerado dívida civil que deve ser cobrada em reconvenção ou mesmo em ação de repetição de indébito, na jurisdição comum. Não há base legal em se exigir do empregado a devolução em dobro da quantia despendida na sua capacitação porque se trata de uma cláusula penal e o Código Civil brasileiro diz que o valor da cláusula penal não pode exceder o valor da obrigação principal[26]. O juiz pode reduzir o valor da *astreinte* se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida pelo empregado ou se a penalidade for manifestamente excessiva[27]. Se houver culpa recíproca para a terminação do contrato de trabalho, o juiz reduzirá a indenização à metade[28].

6. Conclusão

Em princípio, patrões e empregados são livres para definir as cláusulas que regerão direitos e deveres de um e de outro num contrato de trabalho, desde que respeitem o caráter tuitivo da CLT e da legislação extravagante. Para a CLT, se os contratantes não estabelecerem restrições de trabalho, entende-se que o trabalhador se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal. De acordo com a atividade da empresa ou da função a ser ocupada pelo empregado pode haver necessidade de cláusulas especiais que restrinjam a liberdade de contratar, na constância do contrato de trabalho ou mesmo após cessada a relação de emprego. Em geral, essas cláusulas especiais que criam uma *capitis deminutio* na vida do trabalhador têm como objetivo reter o empregado até a execução de certo projeto ou mantê-lo fora do mercado por um certo tempo após a extinção do contrato de trabalho para evitar que o conhecimento técnico obtido na empresa da qual está se desligando seja transferido para a nova empresa, ou para obrigá-lo a indenizá-la pelos custos dos cursos de capacitação ou especialização. Como a discussão dessas cláusulas não é frequente nos processos que tramitam na Justiça do Trabalho, a jurisprudência é pouca e a doutrina ainda insegura e insipiente.

O direito brasileiro não disciplina essas cláusulas e é preciso sempre estar atento ao que diz a doutrina estrangeira. Toda cláusula que impeça o trabalhador de se reempregar numa empresa concorrente deve definir o tempo em que isso pode ser exigido e fixar uma indenização compensatória para esse período de carência. Em regra, admite-se o prazo de até dois anos, como está nas legislações espanhola e portuguesa. Para os casos em que a empresa exige a permanência do empregado no emprego pós a conclusão de curso de capacitação o período de carência poderia ser o da duração do curso.

Na inserção de uma cláusula com esse conteúdo as partes devem agir com lealdade, *corretezza*, transparência e boa-fé. O empregado não pode aceitar a imposição da cláusula, gerar na empresa uma expectativa legítima e depois desdizê-la sem razão justa, contravindo o próprio fato. Assim como a empresa é obrigada a indenizar o empregado que não cumpre o combinado, o empregado deve indenizá-la se se demitir do emprego na constância dessas cláusulas de permanência ou der motivo para a rescisão do contrato. As partes são livres para estabelecer as *astreintes*, mas o juiz pode reduzi-las se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida pelo empregado ou se a penalidade for manifestamente excessiva. Se houver culpa recíproca para a terminação do contrato de trabalho, o juiz reduzirá a indenização à metade.

Notas

[1] CLT, art.456.
[2] A expressão é do jurista italiano Gino Giugni.
[3] CLT, art.444.
[4] Assim, por exemplo, o valor do salário mínimo, a duração das férias, os adicionais de horas extras, noturno, de periculosidade e insalubridade, as condições gerais do trabalho da mulher e do menor, o valor do 13º salário, a prescrição, a renúncia etc.
[5] CLT, art.462,§1º.
[6] CLT, art.9º.
[7] CLT, art.444 c/c arts. 122 e 424 do Código Civil.
[8] CF/88, ar ts. 5º, XIII e 153.
[9] L.nº 12.529/2011 (CADE) c/c CF/88, art.170, IV.
[10] CF/88, art.1º, VI.
[11] CF/arts.5º, XIII e 170,VIII
[12] CLT, art.8º.
[13] Lei nº 7, de 12/2/2009(Código do Trabalho de Portugal).
[14] CLT, art.8º.
[15] CLT, art.482, "g".
[16] CLT, art.8º,§1º.
[17] L. nº 6.404/76, art.155.
[18] L.nº 6.404/76, art.160.
[19] L.nº 6.404/76, art.152,§2°.
[20] L.nº 6.385/76, art.22, V.
[21] Art. 13, §§ 1° e 2°.
[22] CLT, art.8º, parágrafo único.
[23] CLT, art.462.
[24] CLT, art.483.
[25] CLT, art.477, §5º c/c art.462.
[26] Código Civil, art.412.
[27] Código Civil, art.413
[28] CLT, art.484.

Um ano de desafios à democracia

Claudio Lamachia | Presidente nacional da OAB

Os rumos e os valores da democracia no Brasil foram debatidos e questionados em 2016 de um modo como não acontecia desde a década de 1980. Naquela época, o motivo era a retomada democrática. Agora, o desafio é o da continuidade das instituições, das garantias e dos direitos individuais obtidos após o fim da ditadura militar e consolidados na Constituição de 1988.

Desde as manifestações de 2013, ficou evidente que a sociedade brasileira exige readequação na forma como a classe política interpreta a democracia e conduz a máquina pública. Apesar disso, as autoridades da República e os dirigentes partidários agiram, por meses, como se a insatisfação social estivesse novamente reprimida. Ou seja: não souberam lidar com uma panela de pressão que explodiu em 2016, quando novos protestos tomaram conta das ruas. Parcela substancial da sociedade pediu o afastamento da então presidente da República, Dilma Rousseff, como reação à enxurrada de denúncias contra integrantes de seu governo e contra ela própria. Havia provas do cometimento de crimes de responsabilidade – o que, de acordo com a Constituição, pune-se com impeachment.

Um dos mais ferrenhos adversários de Dilma, Eduardo Cunha, protagonizou outras cenas tristes para a democracia. Envolvido em diversos escândalos, ele fragilizou a instituição que presidia, a Câmara dos Deputados. Além disso, usou o cargo para atrapalhar investigações do Conselho de Ética e até mesmo da Operação Lava Jato. Em maio, foi afastado do mandato e, em outubro, preso. Agora, o ano termina com o Senado em situação semelhante – seu presidente, Renan Calheiros, tornou-se réu em ação criminal.

Não há perspectivas de que 2017 seja mais tranquilo do ponto de vista da tensão social. Melhorias na economia do país não revertem o quadro desastroso da política. Como presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a maior entidade da sociedade civil organizada do país, tenho clareza de que é preciso atuar ativamente em defesa da Constituição. Do contrário, é real o risco de retrocesso nas conquistas democráticas.

Já são expressivas as manifestações contra o governo de Michel Temer – uma administração que não ascendeu ao poder pelas urnas e, por isso, precisa conquistar legitimidade para suas ações. Ao propor a PEC dos Gastos, o governo decidiu cortar o investimento em áreas fundamentais como saúde e educação, que já estão sucateadas. Precisará, portanto, apresentar soluções a essas demandas sociais. Do mesmo modo, será preciso tornar mais justa a proposta da reforma da previdência. Da forma como está, o texto sugerido pelo governo federal extirpa as conquistas do sistema de seguridade e diminui as chances de os trabalhadores usufruírem do benefício pelo qual eles pagam ao longo da vida.

A lei deve valer para todos. Por isso, a OAB pediu a cassação de Eduardo Cunha e o impeachment de Dilma Rousseff, após constatar, em consulta técnica feita aos legítimos representantes da advocacia, que o crime de responsabilidade havia sido cometido. Também por isso a Ordem se manifestou em defesa da Polícia Federal e do Ministério Público quando foram especuladas possíveis tentativas de interferência política na Lava Jato. E a OAB se opõe à concessão de poderes imperiais para grupos de funcionários públicos destruírem a vida de cidadãs e cidadãos valendo-se de instrumentos não previstos no arcabouço legal – como o uso de provas ilegais, quebra de sigilo de jornalistas para expor as fontes que ajudam a população a estar bem informadas e violação das comunicações entre advogados e clientes, que é protegida constitucionalmente a fim de garantir o direito de defesa e o próprio Estado Democrático de Direito.

Entre os principais desafios de 2017 está a superação da crise ética que abate o país sem que as conquistas democráticas sejam sacrificadas.

www.editorajc.com.br

QUALIDADE. PRATICIDADE. INOVAÇÃO.

Acesse o site da Editora JC e após um cadastro simples e rápido, você terá acesso a conteúdos exclusivos, além de outras vantagens que só os assinantes e usuários cadastrados da Revista Justiça & Cidadania possuem

Siga-nos:

editora JC

“Juizeco”?!

Jessé Torres Pereira Junior | Desembargador do TJRJ

acervo pessoal

O uso do diminutivo traduz, na linguagem coloquial, um de dois tratamentos: carinhoso ou pejorativo. Se utilizado com o fim de menosprezar, é pejorativo. Convém, então, verificar se há razões objetivas que justifiquem o uso ou se este revela ignorância. Chamar juiz de primeiro grau de “juizeco” revela ignorância.

A função judiciária ordinária é exercida em dois níveis – primeiro grau e segundo grau. No primeiro, atuam juízes; no segundo, desembargadores. Há um terceiro nível, exercido pelos tribunais superiores, integrados por ministros. Todos são juízes, no sentido de agentes políticos nomeados pelo Estado para a função de julgar conflitos de interesses em face da ordem jurídica vigente.

Os três graus são necessários para que as pessoas em conflito tenham assegurado o direito à revisão do julgamento por graus superiores sucessivos, o que almeja reduzir a margem de erro na aplicação do direito, seus princípios e normas. Papel, portanto, civilizatório, que impede a prática da justiça pelas próprias mãos e garante a todos a ampla defesa e o contraditório em cada processo judicial.

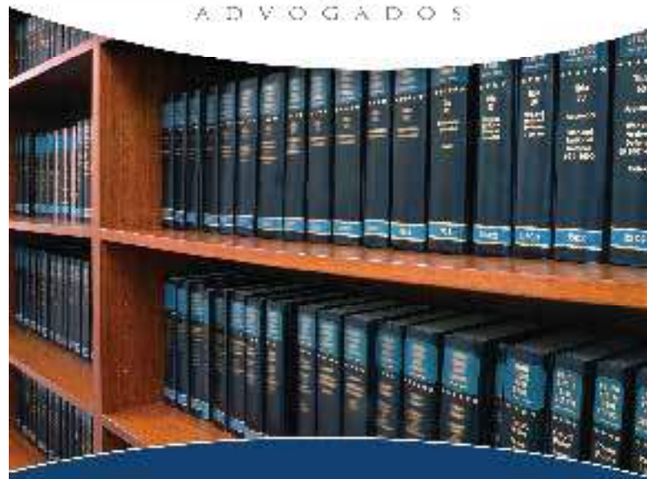
Ministério Público (promotores e procuradores), Defensoria Pública (advocacia estatal gratuita) e Polícia Civil (estadual e federal) não integram o Poder Judiciário. Os pleitos que pretendam propor e as providências que queiram requerer também devem ser submetidos ao juiz, que, observada a respectiva competência funcional, é juiz de todos: ricos e pobres, humildes e poderosos, empresas públicas e privadas, governantes e governados, homens e mulheres, crianças e idosos.

Os juízes de primeiro grau são os que recebem as demandas da sociedade e de outros agentes do Estado e as resolvem em primeiro lugar. Se a resposta não for considerada satisfatória pelos interessados, a estes cabe recorrer aos graus superiores da jurisdição. Denota déficit civilizatório insurgir-se contra o juiz, ao invés de recorrer, pelo trâmite adequado, à instância superior da jurisdição.

Os juízes de primeiro grau analisam os mais variados conflitos de interesse levados à Justiça. Ilustrando: nas varas cíveis, são comuns antagonismos patrimoniais, possessórios, contratuais; nas varas de família, discutem-se a guarda de filhos, direito a pensões alimentícias e seus valores, culpas pela separação do casal ou termos de acordo entre cônjuges desavindos; nos juizados de crianças, adolescentes e idosos, examinam-se abandonos de filhos ou a conduta infratora destes; nos juizados de pequenas causas, apuram-se os danos materiais e morais decorrentes de relações de consumo, incluindo os gerados por concessionárias de serviços públicos; nas varas empresariais, encaminha-se a recuperação de empresas em vias de falência, salvando-se empregos, ou administra-se a massa falida para o pagamento dos credores; nas varas de fazenda pública tramitam os processos de interesse dos entes públicos, como autores ou réus em ações de responsabilidade por danos causados por seus agentes, ou de execução de tributos não pagos; nas varas criminais, correm as ações penais, de que podem resultar condenações ou absolvições diante da acusação da prática de crimes. Ao menos para os milhões de protagonistas desses processos aflitivos (há mais de cem milhões de processos judiciais em curso no Brasil), o que está em jogo em cada processo não pode ser chamado de “problemeco” ou “questãozeca”, independentemente da complexidade técnica jurídica que possa ter cada conflito ou de seu valor econômico. Para exemplificar, recente relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça aponta que, em 2015, cada um dos 800 juízes do Estado do Rio de Janeiro, cujo tribunal de justiça foi considerado como o mais produtivo do país, julgou, em média, mais de 3.600 processos.

A sobriedade com que se deve exercer a jurisdição dispensa diminutivos e superlativos. Superlativos são o volume e a diversidade do trabalho que diariamente o juiz cumpre na pacificação dos conflitos e na solução das demandas que a sociedade e outros órgãos do estado lhe trazem. Seria civilizado ao menos retribuir o cuidado e o empenho com que cada litígio deve ser composto, reconhecendo-se, respeitosamente, a relevância da função dos juízes em qualquer grau de jurisdição, desde o primeiro. Seria homenagear o direito que as pessoas têm de buscar solução judicial para suas desavenças e mostrar conhecimento sobre o grande mosaico do cotidiano social, político, econômico e ambiental que traumatiza o mundo contemporâneo.

BERGQVIST & ALVAREZ
ADVOGADOS



O escritório tem sede na cidade do Rio de Janeiro com filiais em São Paulo e Salvador, além de manter estreito relacionamento operacional com outros proeminentes escritórios de advocacia nas principais cidades do Brasil, tais como Brasília e Belo Horizonte.

Nossa equipe oferece soluções personalizadas, combinando técnica e experiência adquiridas em inúmeros casos, de modo a apresentar soluções para os mais diversos problemas trazidos pelos clientes.

O escritório atua tradicionalmente na área de Direito empresarial, com grande ênfase no contencioso cível e fiscal. Nossos profissionais também estão aptos a prestar assessoria jurídica a pessoas físicas e jurídicas nas áreas societária, fiscal, trabalhista, previdenciária, comercial, administrativa, ambiental, imobiliária e de seguros, contenciosa, civil e judicial.

ÁREAS DE ATUAÇÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO • DIREITO CIVIL
DIREITO COMERCIAL • DIREITO SOCIETÁRIO
DIREITO PREVIDENCIÁRIO • DIREITO DO TRABALHO

Rio de Janeiro: Rua Sete de Setembro, 99, 7º andar – Centro Tel: (21) 2222-2107

São Paulo: Rua Pedro João Vance, 755 – 5º andar, conj. 152 Cerqueira César • Tel: (11) 3886-1777

Bahia: Av. Tancredo Neves, 1.283 – Sala 2.018/24, Ed. Empresarial Omega – Caminho das Árvores • Tel: (71) 3341-3107

www.ba-advogados.com.br

O desacerto do novo CPC quanto ao cabimento do agravo de instrumento

Otávio de Abreu Portes | Desembargador do TJMG

É consabido que a sistemática de interposição e julgamento do agravo interno foi totalmente remodelada pelo CPC/15, com destaque para o disposto no artigo 1.021, § 3º que assim dispõe: "§ 3º **É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. [g.n.]"**

De se registrar que as possibilidades de julgamento monocrático pelo Relator foram tecnicamente corrigidas pelo CPC/15, considerando que atualmente existem hipóteses em que este juízo é de mera admissibilidade (falta de algum pressuposto formal – preparo, tempestividade, etc.), enquanto outras refletem autêntico julgamento de mérito do recurso, caso em que se nega ou se dá provimento ao mesmo.

Explicita-se que na regência do CPC/73 eventual dissonância da tese recursal com jurisprudência dominante do próprio Tribunal ou de instância superior, ou mesmo na hipótese de pretensão *manifestamente improcedente,* conduzia-se à negativa de *seguimento* monocrático do recurso (artigo 557, *caput* do Código revogado), termo que necessariamente nos remetia a um *juízo de negativo de admissibilidade puro*, muito embora nestes casos (de confronto com a jurisprudência ou evidente *improcedência* do recurso) referido juízo fosse genuína e evidentemente de *mérito recursal.*

Ou seja, na sistemática anterior, qualquer que fosse a hipótese de aplicação do julgamento monocrático pelo Relator – irregularidade formal do recurso ou confronto com jurisprudência iterativa do próprio tribunal ou tribunal superior/manifesta *improcedência* – atribuía-lhe o CPC/73 natureza

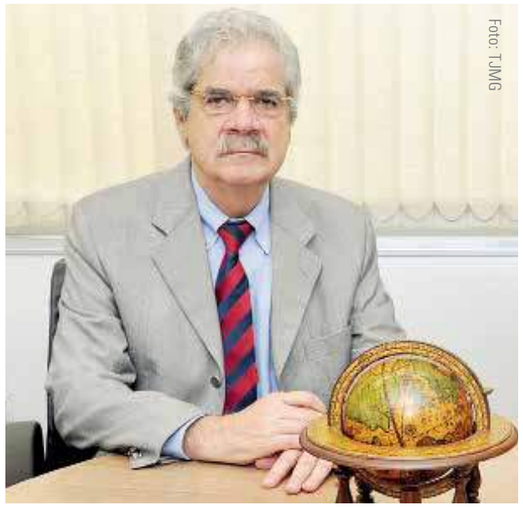


Foto: TJMG

jurídica de admissibilidade negativa porquanto estatuía que o Relator negaria ***seguimento*** ao recurso interposto nessas condições.

Repisa-se que o termo empregado ("seguimento") indistintamente tanto para uma quanto para outra hipótese fazia supor que ali se estava concretizando um julgamento de admissibilidade, fato que criava uma inconsistência evidente quando se tratava de recurso contrário a jurisprudência dominante ou manifesta *improcedência* do mesmo.

Em verdade, talvez por tal razão é que sob a batuta do CPC/73 era bastante comum que no agravo interno o agravante questionasse o próprio *mérito* do que havia sido decidido pela decisão monocrática (também de mérito, repise-se), forçando destarte o julgamento colegiado da questão controvertida.

O correto, sob o ponto de vista técnico, seria que, em sendo realizado juízo de mérito monocrático pelo Relator afirmando que o recurso era contrário à jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior, o agravante impugnasse a *técnica de julgamento*, e não o mérito da questão em si, vale dizer, demonstrando com seu agravo interno que não cabia naquele caso o julgamento monocrático, hipótese em que o recurso originário deveria ser apreciado por todo o colegiado recursal, em observância ao *princípio da dialeticidade.*

Mas talvez por uma política de instrumentalidade, o agravo interno interposto nestas condições costumava ser conhecido e, no voto do relator, caso fosse mantido seu entendimento, não lhe restava outro caminho senão reprisar os mesmíssimos fundamentos expendidos quando da prolação do decisório isolado, na maioria das vezes simplesmente reproduzindo *ipsis litteris* seus termos para efeito de contagem como voto colegiado.

Nada obstante veio o CPC/15 e trouxe a vedação decisória acima disposta, de tal sorte que não mais se afigura possível a reprodução ou remissão aos termos da decisão monocrática de mérito para fins de fundamentação do voto de manutenção no agravo interno daí interposto.

Ipso facto, concluímos que referida alteração legislativa também impôs por via reflexa importantes implicações argumentativas para as partes, porquanto se é defeso ao Relator reproduzir a própria decisão monocrática (de mérito) como voto colegiado, também há de se observar nas razões do agravo a mais estrita dialeticidade, ou seja, o que o recorrente deve impugnar é a técnica da decisão (monocrática de mérito), e não o teor do que foi decidido em si.

Do contrário, vale dizer, caso o agravo regimental impugne o próprio *mérito* do que foi decidido, o Relator não terá como admitir o recurso e fundamentar seu voto sem que faça, direta ou indiretamente, remissão aos termos sua decisão monocrática, violando destarte o dever judicial contido no artigo 1.021, § 3º do CPC/15, exceto se evidentemente alterar por qualquer motivo seu entendimento.

A exceção fica obviamente por conta das hipóteses em que a decisão monocrática do relator não é uma decisão de mérito, e sim de admissibilidade pura. Assim, por exemplo, se o recurso não é conhecido por intempestividade, o agravo daí interposto evidentemente terá de confrontar as balizas fáticas e temporais empregadas pelo julgador para reconhecer a extemporaneidade do recurso não conhecido. Mas perceba que, neste caso, existe uma correspondência entre o que foi decidido e o que é passível de discussão e decisão no recurso, de tal sorte há dialeticidade.

Ou seja, ao criar a restrição decisória acima disposta, por via reflexa exigiu o legislador que também o agravo interno seja adequadamente dialetizado com as razões que, de fato, impugnem objetivamente a técnica de julgamento monocrático de mérito aplicada pelo Relator no recurso originário, sob pena de não conhecimento do apelo regimental.

De forma bastante sintética é afirmar que, sob tais circunstâncias, o agravo interno deverá defender *o direito ao julgamento do recurso pelo colegiado*, e não o próprio *direito controvertido no recurso originário*, a partir do qual foi interposto.

Do contrário, a permissividade de julgamento monocrático atualmente contida no artigo 932 do CPC/15 se esvaziaria de sentido, porquanto bastaria ao agravante reproduzir a tese estampada no recurso desprovido monocraticamente para forçar o julgamento colegiado da matéria no mérito, o que não é evidentemente o escopo do apelo interno/regimental.

Com efeito, pois assim se entendendo restaria delegado ao puro alvitre do recorrente ter ou não julgado seu recurso por todo o colegiado, subtraindo a utilidade da norma permissiva do julgamento isolado do relator, voltada à celeridade processual. Se imporia concluir também, a reboque, a coexistência abstrata intolerável de dois recursos destinados à impugnação da *mesmíssima* matéria de mérito, violando de forma franca o princípio da *unirrecorribilidade.*

Nesse último quadrante, perceba que se hipoteticamente um determinado agravo de instrumento tiver seu provimento denegado monocraticamente pelo relator por contrariedade à jurisprudência de instância superior, e que se o agravo regimental porventura a partir daí interposto simplesmente reprisar-lhe as razões, ambos recursos estariam, no fundo, a impugnar materialmente a mesma decisão (o agravo interno de forma interposta, evidentemente).

Em linhas gerais, portanto, se não pode o Relator reproduzir a decisão monocrática de mérito, também não pode o agravante reproduzir as razões do recurso desprovido para fins de argumentação, sob pena de grave inconsistência na logicidade entre o que se decide e o que se julga (ou como se julga).

À guisa de fechamento, se impõe concluir destarte que a interpretação da norma de regência em enfoque, embora tenha como destinatário primário o julgador, tem importante efeito reflexo secundário na atividade argumentativa do advogado, que deve estar atento ao escopo correto do agravo regimental, sob pena vê-lo não conhecido por ausência de dialeticidade, indissociável da otimização da prestação jurisdicional colimada pelo CPC de 2015.

Negociação coletiva e crise econômica no Brasil

Júlio Bernardo do Carmo | Desembargador Federal do Trabalho em Minas Gerais
Presidente do TRT 3ª Região

A negociação coletiva é a resposta para resolvermos a crise econômica brasileira.

Em que pese exista resistência por parte de vários segmentos institucionalizados, dependendo do grau de flexibilização que nela se objetiva alcançar, não se divisa outro meio alternativo mais salutar para reaquecer a economia brasileira.

Vejam bem que houve um destaque, uma singularização propositada, pois referi-me à economia brasileira e não à economia globalizada.

O trabalhador brasileiro nao é responsável pela crise econômica mundial e por isso não pode sofrer qualquer tipo de reducão em seus direitos trabalhistas para que a empresa aqui sediada possa debela-lá ou minimizar seus efeitos aqui no Brasil.

O direito do trabalho como todas as outras ciências jurídicas estão sujeitas a adaptações sociológicas, econômicas e políticas, exatamente porque o que nutre o direito é o fato da vida cotidiana, em si instável e mutante.

O direito do trabalho em face de uma economia aquecida e próspera não pode ter a mesma fisionomia de um direito do trabalho que convive com uma crise econômica aguda da nação, porque enquanto o primeiro cenário é de garantia e de inovações favoráveis das condições de trabalho, o segundo cenário não tem outra saída senão a busca de uma flexibilização da legislação trabalhista que possa efetivamente contribuir para recolocar a nação nos trilhos do aquecimento econômico, através de uma política trabalhista essencialmente preservadora das fontes de emprego, mas flexivel o suficiente para ajudar as empresas a saírem de seus déficits financeiros e retomarem o equilíbrio de suas contas internas.

> **"Seja micro empresa ou multinacional, não importa, as cláusulas sindicais obrigam no mesmo nível umas e outras, daí porque a convenção coletiva não é o melhor instrumento para flexibilizar condições de trabalho e debelar crises econômicas setoriais."**

Foto: Arquivo pessoal

Ou seja, o que informa a necessidade de introduzir no país uma política mais severa de flexibilização das regras trabalhistas é o grau de degradação da economia nacional, de sua renda per capita, do crescimento desmesurado do desemprego, da persistente e crônica baixa de arrecadação tributária e outras situações semelhantes.

E surge a pergunta.

Alguém duvida que o Brasil não está vivenciando hodiernamente uma grave crise econômica comprometedora de todas as nossas metas constitucionais, seja na área da segurança, da saúde, do emprego, de investimentos públicos e privados e quejandos?

A origem da crise econômica brasileira tem múltiplos fatores de fundo político, econômico, sociológico e de degradação do caráter das autoridades que lidam com os recursos públicos.

A Lava jato está aí mostrando sua face mais insidiosa.

Só na Petrobras o rombo foi de mais de 22 bilhões de reais.

E o rombo que ocorreu em outras empresas estatais e que ainda não foram apurados?

O pior é que a corrupção é produto de uma institucionalização pensada e arquitetada maquiavelicamente para sugar o dinheiro do Estado e privar a população dos meios de que necessita para desfrutar de uma vida digna e decente.

Quem se apodera do dinheiro do Estado assalta o pobre, mata o doente e torna cada vez mais miserável o cenário nacional, pois todo o dinheiro que poderia ser canalizado para incrementar a infraestrutura de nossa economia e gerar melhorias nos mais diversos segmentos de prestação de serviços públicos para a Nação vai parar na conta de uma oligarquia corrupta que chega aos espaços do poder para espoliar o povo.

Deixemos de lado os rios de dinheiro que foram desviados pela corrupção.

Ainda não fosse essa mazela cruel, o Estado brasileiro atravessa crise difícil, melindrosa, porque não há recursos para atender às políticas públicas exigidas pela população brasileira.

Vamos nos focar todavia no campo das relações de trabalho.

Diante da crise econômica atual muitas empresas não têm meios de se manter e acabam cerrando suas portas e aumentando os alarmantes índices de desemprego.

Se nada for feito para que as empresas possam equilibrar suas contas o cenário tende a ficar mais sombrio.

O Direito do Trabalho clássico e unitário não contribui para melhorar o cenário nacional, porque reputa indisponíveis e irrenunciáveis todos os direitos trabalhistas, partindo do pressuposto de que a função do patronato é melhorar cada vez mais as condições de trabalho, pouco importando que uma crise econômica aguda venha a comprometer sua existência e o equilíbrio de suas contas.

Várias alterações legislativas têm sido introduzidas no direito positivo brasileiro do trabalho para tornar mais suportável o fardo econômico que recai sobre os ombros do patronato.

Há leis que autorizam a diminuição da jornada de trabalho, do salário, dos percentuais de recolhimento de contribuições patronais compulsórias, como as do FGTS, Cofins, ou mesmo que possibilitam a escolha de contratos de trabalho mais precários, de prazo determinado, a tempo parcial e muitas outras inovações.

Mas ao que parece, ao longo dos anos, tais medidas legalmente previstas não caíram no gosto do patronato.

As empresas continuam reivindicando alterações no cenário do Direito do Trabalho Unitário e Clássico.

A pretensão mais audaciosa é a de que o negociado prevaleça sobre o legislado.

O Brasil, de uma hora para outra, seria comparado às grandes nações econômicamente prósperas, como a Alemanha, os Estados Unidos e outras ainda mais ricas, como se nosso poder aquisitivo estivesse à altura daquele ostentado pelas nações mencionadas,

como se contássemos com uma estrutura sindical forte e não arraigada ao peleguismo, desatrelada do corporativismo estatal, sindicatos fortes que consigam suas receitas primárias com lastro em sua ampla representatividade e excelente atuação no cenário laboral, sem aterem-se à camisa de força da unicidade sindical e nem do recolhimento sindical compulsório retratado pelo imposto sindical.

O Brasil é outro mundo.

Ainda carece de uma reforma sindical que adote o pluralismo de sindicatos e a livre representatividade a ser mensurada pelo grau de atuação de lutas em prol da melhoria das condições de trabalho que cada um desses sindicatos possam travar com o empresariado nacional.

Na Alemanha e nos Estados Unidos as crises econômicas enfrentadas pelas empresas são carreadas para o âmbito da negociação coletiva setorial, e uma vez ajustadas as condições de trabalho que preservem o emprego e a dignidade de vida do trabalhador, mesmo havendo sacrifício de conquistas salariais anteriores, o Estado não intervém para revisar ou anular as cláusulas sindicais porque parte do pressuposto de que as mesmas foram negociadas dentro do princípio do posssível e da boa-fé, visando equilibrar as relações entre o capital e o trabalho, de forma que o trabalhador tenha uma justa remuneração e a empresa o esperado rendimento de seu capital.

Tudo isso é muito lógico porque não existe capitalismo beneficente, de viés caritativo e sim capitalismo clássico onde o lucro é a essência de sua sobrevivência.

A negociação coletiva no Brasil para enfrentar o atual momento de crise econômica deve pautar-se por dois princípios inarredáveis: o da sinceridade e o da boa-fé.

Se o objetivo é resolver a crise econômica nacional temos que adotar remédios jurídicos que se adequem à realidade de nossa economia.

Outro fator a ser considerado é o de que nem todas as empresas enfrentam os mesmos níveis de dificuldades financeiras.

Algumas sim podem enfrentar níveis de dificuldades financeiras desastrosos que venham a comprometer a sua própria existência.

Outras dependem de adoção de remédios jurídicos que as façam retomar o trilho do crescimento, deixando para trás os prejuízos contábeis.

Ou seja, para cada empresa há de existir um remédio jurídico específico.

Dentro desta real conjuntura econômica a nossa legislação sindical é cruel porque dependendo do instrumento coletivo que for adotado coloca no mesmo barco a micro empresa e a multinacional, como se ambas tivessem as mesmas condições de atender a tempo e modo as cláusulas econômicas ajustadas na negociação coletiva.

É o que acontece, e.g., com a convenção coletiva que sendo fruto de negociação entre sindicatos, que ostentam representatividade legal, acabam impondo suas cláusulas econômicas a toda e qualquer empresa que se enquadre no âmbito da categoria econômica do sindicato patronal que negociou a convenção coletiva e ainda beneficiando todos os trabalhadores que se enquadrem na categoria profissional do sindicato operário convenente, sem ser indagado se para determinadas empesas tais ajustes econômicos sejam oportunos, principalmente se vivem momentos de crise financeira.

Surge daí um grande impasse porque nem todas as empresas inseridas naquela categoria econômica tem o mesmo porte e nem todas podem suportar com igual desenvoltura os encargos econômicos ali previstos.

É esta uma situação deveras incômoda para o cenário nacional porque acaba incentivando a litigiosidade, na medida em que as empresas que descumprirem as cláusulas sindicais econômicas ficam sujeitas a serem acionadas por meio de ações de cumprimento, quando por força de determinação judicial serão compelidas a respeitar as cláusulas sindicais adversas à sua conjuntura econômica atual.

Parece que a lei trabalhista faculta ao empregador que demonstre sua inaptidão econômica excepcionar-se ao cumprimento da cláusula econômica desfavorável a seus interesses, mas esta é uma faculdade legal que não é bem aceita e analisada pelo Poder Judiciário.

Por todos esses entraves o caminho para retomar o aquecimento econômico nacional há de ser outro.

Enquanto não for reformada a nossa estrutura sindical, parece que o melhor caminho para o empregador atenuar determinada crise econômica é buscar a negociação através do acordo coletivo.

Este meio de negociação coletiva é mais salutar porque o instrumento que for celebrado entre o sindicato profissional e a empresa conterá cláusulas sindicais que se aplicam exclusivamente no âmbito da empresa acordante, não beneficiando e nem prejudicando terceiros como sói acontecer no âmbito da negociação coletiva.

Se a negociação coletiva não for abrigante de direitos trabalhistas e sim apenas aplicar o princípio do conglobamento, ou seja, houver supressão de direitos trabalhistas mas, em contrapartida, melhoria de condições de trabalho, a mesma pode ser concluída de forma mais cômoda, porque aqui não está em jogo analisar a situação econômica da empresa, já que ambos os atores da negociação coletiva saem ganhando alguma coisa.

Tome-se como exemplo a negociação coletiva que diminui a jornada de trabalho de trajeto, a chamada jornada de trabalho itinerante, que na prática dura 3 horas, ida e volta, ajustando-a em uma hora, por exemplo.

Em contrapartida, na negociação coletiva a classe trabalhadora sai ganhando em cláusulas sindicais obrigacionais, como aquelas que melhore o plano de saúde do trabalhador ou traga alguma outra vantagem ainda não incorporada ao contrato de trabalho.

Todavia, quando a empresa está em crise econômica mais aguda e precisa reduzir salários, jornada de trabalho, suprimir temporariamente a concessão de férias individuais, assegurando férias coletivas ou mesmo tendo a necessidade de suprimir direitos trabalhistas já conquistados e previstos na legislação trabalhista, como e.g., a jornada de trabalho itinerante, a remuneração do tempo de espera antes e depois do trabalho, e outras situações afins, a negociação coletiva exige seja cumprido à risca o princípio da boa-fé e da sinceridade. ou seja, nessas circunstâncias de supressão de direitos trabalhistas, deverá a empresa demonstrar, através de balanço patrimonial ou auditoria técnica específica, que realmente passa por momento de crise econômica aguda que compremete a própria manutenção da empresa.

Cumprido o princípio da sinceridade e demonstrada à saciedade a situação de penúria da empresa, a negociação coletiva poderá sim ser supressiva de direitos e de condições de trabalho, mas por tempo certo, previamente ajustado.

Quando há redução de salário, limitada ao máximo de 30% e redução de jornada de trabalho, ou mesmo outros meios supressivos de direitos trabalhistas, a lei determina que os dirigentes da empresa não poderão no período de vigência da negociação coletiva ser beneficiados com retiradas pro labore, circunstância que denota sacrifícios de ambas as partes, empenhados que estão em sanear a situação econômica da empresa e preservar os empregos.

Quando a negociação coletiva retratar uma convenção coletiva de trabalho e houver supressão de direitos trabalhistas, as mesmas regras deverão ser observadas, em face da aplicação irrestrita do princípio da sinceridade e da boa-fé, muito embora seja difícil e complicado resolver através de suas cláusulas sindicais a singularidade econômica de determinada empresa, já que o raio de atuação da convenção coletiva é de amplíssimo espectro, pois torna obrigatória a observância de suas cláusulas sindicais para toda e qualquer empresa que esteja no âmbito de representatividade da categoria econômica acordante.

Repita-se: a via da negociação via convenção coletiva não se mostra muito adequada para corrigir desequilíbrios econômicos setoriais de determinadas empresas, porque referindo-se a toda uma categoria econômica e profissional, torna-se difícil na prática separar o joio do trigo, ou seja, separar as empresas em situação de crise econômica das empresas em situação econômica saudável e, havendo disparidade de situação financeira entre as empresas que integram a categoria econômica, fica difícil, se não impossível, conciliar no mesmo instrumento coletivo os interesses econômicos de umas e de outras empresas.

A regra é a de que firmada a convenção coletiva todas as empresas que integrem a respectiva categoria econômica ficam automaticamente sujeitas às suas cláusulas sindicais, não havendo espaço para tratar de singularidades (pontos de crise) que envolvam uma ou outra empresa.

Seja micro empresa ou multinacional, não importa, as cláusulas sindicais obrigam no mesmo nível umas e outras, daí porque a convenção coletiva não é o melhor instrumento para flexibilizar condições de trabalho e debelar crises econômicas setoriais.

O melhor caminho, como dito, é o do acordo coletivo, porque o mesmo sendo ajustado entre o sindicato da categoria profissional e a empresa diretamente, tende a possibilitar a criação de cláusulas sindicais flexibilizadoras que possam retirar a empresa acordante de sua crise econômica, propiciando-lhe reafirmar-se no cenário da economia de mercado.

As regras até aqui mencionadas possibilitam aos atores sociais, patrões e empregados, encontrarem meios justos e equilibrados de resolver a situação de crise da empresa.

Mostra-se totalmente inviável a flexibilização ultra liberal de desmonte das garantias trabalhistas como tem sido apregoado no cenário nacional, onde se clama que o negociado prevaleça sobre o legislado.

Uma flexibilização desse jaez é incompatível com o Estado Democrático de Direito porque solapa pela raiz todas as garantias sociais dos trabalhadores alcançadas ao longo de árduos anos de lutas e de conquistas históricas, além de ferir o minimo ético social e fazer retroagir o direito do trabalho aos tempos do liberalismo econômico, onde prevaleciam condições indignas de trabalho que minavam a saúde dos trabalhadores porque, sejam homens ou mulheres ou mesmo crianças, todos eram obrigados a vender sua força de trabalho pelo preço de mercado que os detentores do capital estipulavam.

A negociação coletiva pode sim ser um instrumento de grande valia para superarmos a crise econômica brasileira, mas desde que idealizada de forma consciente e respeitosa do princípio da dignidade da pessoa humana e do não retrocesso de suas conquistas sociais mínimas.

Ameaça à segurança jurídica dos contratos

Cristiano Romero | Editor-executivo do Jornal Valor Econômico

As grandes manifestações de rua ocorridas no país em meados de 2013 mostraram que parcela expressiva dos brasileiros está insatisfeita com o óbvio: a baixa qualidade dos serviços públicos nas três esferas de poder (União, Estados e municípios). Os protestos começaram por causa de um reajuste de 6,7% na tarifa de ônibus de São Paulo, mas, nos dias seguintes, ganharam corpo, expandiram-se para outras capitais e passaram a tratar de outros temas - entre os quais, educação, segurança, saúde, a gestão do governo daquele momento (de Dilma Rousseff), reforma política, democracia, combate à corrupção.

As reações das autoridades aos protestos trouxeram mais riscos do que soluções aos anseios da população. Prefeitos e governadores, com medo de perder popularidade na mesma velocidade com que o então prefeito de São Paulo, Fernando Haddad, e a presidente Dilma perderam por causa das manifestações, adotaram uma série de medidas populistas. Cancelaram reajustes de pedágios previstos em contratos de concessão, suspenderam aumentos da passagem de ônibus e até proibiram a correção de tarifas de energia elétrica.

As decisões trouxeram algum alívio político no curto prazo, mas criaram distorções que, no fundo, só contribuíram para piorar a qualidade dos serviços públicos. Na prática, esse tipo de deliberação está longe de ser uma solução porque introduz um desnecessário risco político nas concessões. São deliberações que certamente desestimulam, nos vários segmentos do setor de serviços, investimentos tanto do setor privado quanto do setor público. Quem vai investir num negócio cuja remuneração não segue regras previamente estabelecidas?

Mais recentemente, a Justiça passou a fazer deliberações que ignoram a existência de contratos. Foi assim no caso do reajuste das tarifas de integração da região metropolitana de São Paulo. Nos contratos de concessão firmados entre o governo de São Paulo e empresas de transporte intermunicipal estão previstos reajustes anuais das tarifas. Funciona assim em qualquer contrato de concessão e a razão da existência dessas cláusulas é uma só: o Brasil ainda tem uma inflação muito alta.

Em países com inflação baixa - realidade atual tanto de nações em desenvolvimento quanto das emergentes -, os reajustes dos preços não obedecem a regras de indexação dos contratos à inflação. Se a correção não é automática, todos buscam eficiência para tirar lucro de algum lugar. Outro aspecto relevante é que preços que variam de acordo com o valor de commodities, como o petróleo, mudam de acordo com as cotações internacionais - por aqui, pelo menos isso já está melhorando: na atual gestão, a Petrobras está alterando os preços dos combustíveis com base nas cotações do petróleo.

As tarifas de integração são pagas por passageiros de trem e metrô que usam ônibus da capital paulista. Em São Paulo, um passageiro pode percorrer 340 Km, por meio de seis linhas de metrô e seis de trem, ao custo de R$ 3,80. Se, além disso, subir num ônibus, ele precisa pagar a tarifa de integração. Foi esse preço que subiu. Antes, a tarifa básica, que não foi reajustada, somada à de integração chegava a R$ 5,92; com o reajuste, foi para R$ 6,80, uma correção, portanto, de 14,8%.

Por razões políticas, a bancada do PT na Assembleia Legislativa entrou na Justiça com uma ação popular contra o reajuste. O curioso é que ação popular cabe em casos de prejuízo ao erário. O juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho decidiu conceder liminar a essa ação, suspendendo, na semana passada, o aumento da tarifa de integração entre ônibus e trilhos de São Paulo. Na última sexta-feira, o governo paulista recorreu para derrubar a liminar.

Nos últimos anos, e talvez o marco inicial desse fenômeno tenha sido o julgamento do escândalo do mensalão, o primeiro a colocar atrás das grades políticos e empresários envolvidos naquele caso de corrupção, a Justiça ganhou enorme protagonismo na cena nacional, bem como o Ministério Público. Para uma sociedade pouco acostumada ao cumprimento das leis, isso é bom, mas não pode ocorrer ao arrepio... das leis!

Empresas privadas se tornam concessionárias de serviço público por meio de licitações. A relação entre governo (União, Estado ou município) e empresas é regida por contratos. As condições do negócio estão estabelecidas em contratos plenos de direito. É legítimo contestar as condições de uma licitação, especialmente se forem constatados - o que infelizmente é comum no Brasil - vícios, suspeitas de fraude ou abuso do poder econômico.

É preciso, porém, olhar as coisas de perto para conhecer melhor a realidade. A maioria da população que vive em São Paulo usa apenas um tipo de transporte, segundo dados oficiais do governo paulista: 51% dos usuários usam apenas o metrô; 62%, somente os trens; e 2/3, os ônibus. Não se trata de afirmar, portanto, que a tarifa de integração não tem importância para a maioria dos passageiros, apenas que o reajuste não atingiu parcela expressiva dos usuários de transporte público na região metropolitana.

Com a suspensão do aumento, o governo paulista precisa arrecadar, em outra fonte, R$ 404 milhões para cumprir os contratos com as concessionárias. Os efeitos da liminar foram estendidos a todos os contratos de concessão de transporte intermunicipal administrados pelo Estado – além da região metropolitana da capital, o governo estadual cuida desse modal em Campinas, Santos, São José dos Campos e Sorocaba.

Esse tipo de decisão é ainda mais perigoso no momento em que o governo federal prepara um ambicioso programa de concessões à iniciativa privada em vários setores. O programa está sendo desenhado justamente para ampliar a infraestrutura do país e melhorar sua eficiência, o que no fim será bom para todos. Uma logística moderna e eficiente ajuda a reduzir custos de produção e a aumentar a produtividade da economia, o que, por sua vez, gera produtos e serviços mais baratos.

Suspender os efeitos de um contrato pleno de direito provoca insegurança jurídica, e o Poder Judiciário precisa levar isso em consideração, do contrário, afugentará investidores, principalmente estrangeiros, de setores vitais da economia nacional.

Publicado originalmente no Jornal Valor Econômico, no dia 18/1/17

Competência para autorizar o trabalho do menor

Justiça Comum Estadual ou Justiça do Trabalho?

Marcelo Antonio de Oliveira Alves de Moura | Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro

Dulcilene Simões Rosa Alves de Moura | Bacharel em Fisioterapia e em Ciências Jurídicas

1. Introdução

O movimento de proclamação da elevação de certos e determinados direitos a fundamentais é um fenômeno do nosso século. Contudo, antes mesmo de se qualificar como direito fundamental, o Direito do Trabalho surge como necessidade de proteção do trabalhador em razão da exploração do trabalho humano, fruto do regime capitalista.

A intervenção do Estado se fez sentir na elaboração de normas de proteção ao trabalho, em especial de regulação do trabalho do menor e da mulher, por serem os mais explorados na sociedade burguesa. Neste compasso, a Inglaterra, cujas conquistas sociais estavam à frente dos demais países da Europa, concebeu a primeira lei trabalhista de que se tem notícia: *Moral and Health Act*, de 1802, que fixava a jornada de 12 horas de trabalho para crianças e proibia-lhes o trabalho noturno[1].

As iniciativas de proteção ao trabalho do menor, sempre relacionadas à idade para trabalhar, se espalharam em experiências legislativas por toda a Europa até atingirem, finalmente, o Brasil.

Na Europa, merecem destaque os seguintes marcos: França, em 1874, jornada de 12 horas para o menor de 16 anos e de 6 horas para os menores entre 10 e 12 anos; Alemanha, em 1835 e 1839, jornada de 10 horas para os menores entre 9 e 16 anos; Itália, em 1886 e 1902, com destaque para esta última que, além de proibir o trabalho noturno para o menor de 15 anos, limitou o trabalho dos menores entre 12 e 15 anos a 11 horas[2].

O Brasil foi o primeiro país da América Latina a estabelecer limites ao trabalho do menor.

> Inicialmente com disposições meramente formais, descumpridas na prática, por falta de regulamentação e fiscalização, como são exemplos as de 1891, Decreto n. 1.313, e o Decreto Municipal do Rio de Janeiro, de n. 1.801, em 11 de agosto de 1917. O primeiro estatuto jurídico a realmente interferir neste quadro de exploração da mão de obra infantil no Brasil foi o Código de Menores, aprovado pelo Decreto n. 17.943-A/1927. Neste código o Capítulo IX, especificamente sobre o trabalho de menores, proibiu o trabalho noturno aos menores de 18 anos e qualquer trabalho para os menores de 12 anos, restrição esta que perdurou por muitos anos, até a redação da EC n. 20/1998, que fixou a idade mínima para o trabalho em 14 anos, mesmo assim na condição de aprendiz.[3]

Todas as Constituições Republicanas do Brasil, à exceção da de 1891, passaram a restringir o trabalho do menor, até a atual, de 1988, que proíbe seu trabalho no horário noturno, em condições de insalubridade e periculosidade e qualquer tipo de trabalho para o menor de 16 anos, salvo como aprendiz a partir de 14 anos (art. 7º, XXXIII, da CF)[4].

A legislação infraconstitucional seguiu o mesmo sentido da proteção constitucional. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1.5.1943, conta com um capítulo específico de proteção do trabalho do menor (Capítulo IV, artigo 402 a 441).

As proibições previstas na legislação estrangeira e nas Constituições do Brasil também aparecem na CLT.

Todavia, o texto da CLT, ainda que preveja uma série de proibições ao trabalho do menor com vistas a preservar sua higidez física, mental e psicológica (art. 405 da CLT), permite que a autoridade competente em matéria do trabalho autorize o trabalho do menor, mesmo nas circunstâncias vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme art. 406, da CLT.

A Consolidação das Leis do Trabalho representa o arcabouço mínimo de normas de proteção ao trabalho e seu Capítulo IV, em especial, cuida das normas de proteção ao trabalho do menor, nos artigos 402 a 441. Este capítulo já foi inúmeras vezes alterado, mas a redação dos artigos 405 e 406, que cuidam, respectivamente, da proibição do trabalho do menor, e da autorização para seu trabalho em circunstâncias excepcionais, são ainda da redação do Decreto-lei nº 229, de 28.3.1967.

Sendo assim, a autorização para o menor trabalhar deve ser concedida com base nas circunstâncias previstas na CLT, artigos 405 e 406, que foram escritos na vigência da Constituição de 1967? Tais artigos ainda preservam sua constitucionalidade diante da ordem constitucional vigente, de 1988? A autoridade que deve conceder a autorização deve se basear na CLT, ou na Constituição de 1988, como também no Estatuto da Criança e do Adolescente? O Juiz da Infância e da Juventude é a autoridade competente para conceder a autorização para o menor trabalhar, ou o Juiz do Trabalho tem tal competência?

Estas são as perguntas a serem respondidas.

O trabalho do menor em um país de dimensões continentais, como o Brasil, se reveste de características muito próprias em cada região do território nacional. A proibição para o trabalho noturno, insalubre, perigoso, prejudicial à saúde, física ou psicológica, do menor de 18 anos, deve ser respeitada e protegida por todas as autoridades e pela própria sociedade. São cláusulas legais de proteção do futuro de uma geração. Não é à toa que as proteções ao menor foram alçadas à categoria de

Foto: Arquivo pessoal

Marcelo Antonio de Oliveira Alves de Moura

Foto: Arquivo pessoal

Dulcilene Simões Rosa Alves de Moura

norma constitucional, conforme art. 7º, XXXIII, da CF.

Por essas razões, somente circunstâncias excepcionais podem permitir que se autorize o trabalho do menor.

Diversos tratados internacionais intencionam proteger o menor, em especial tratados internacionais em matéria trabalhista.

No âmbito nacional a CLT, a Constituição da República e o ECA convivem como fontes normativas nessa matéria, mas nem sempre de maneira harmônica.

O art. 406, caput, da CLT, diz, claramente, que o "O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405". Contudo, trata-se de norma que não pode ser interpretada isoladamente, e, tampouco, fora do contexto atual.

Na atualidade, a atribuição de julgar os conflitos em matéria trabalhista, de forma ampla, é da Justiça do Trabalho, por força do art. 114, I, da CF, com redação da EC nº 45/2004.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado pela Lei nº 8.069/90, prevê, em seus artigos 148 e 149, competência civil para assuntos alheios ao trabalho.

Sendo assim, a análise do órgão competente para apreciar o pedido de autorização para trabalho do menor deve levar em consideração todos esses aspectos.

2. Competência do Juiz da Infância e da Juventude: legislação infraconstitucional

O menor necessita requerer em juízo, em determinadas circunstâncias, autorização para trabalhar e, a nosso ver, sendo da Justiça do Trabalho a competência para julgar os conflitos decorrentes desta relação de trabalho, seja ou não de emprego, também deve ser deste órgão a competência para autorização do trabalho deste mesmo menor, como será demonstrado a seguir.

A legislação trabalhista contém algumas proibições quanto ao trabalho do menor de 18 anos, como se percebe da redação do art. 405 da CLT:

> Art. 405. Ao menor não será permitido o trabalho:
> I – nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pelo Diretor Geral do Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho;
> II – em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.
> § 1º – Revogado pela Lei 10.097, de 19.12.2000
> § 2º – **O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores**, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou a de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral. (Grifamos)
> § 3º – Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho:
> a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;
> b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;
> c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral;
> d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas.
> § 4º – Nas localidades em que existirem, oficialmente reconhecidas, instituições destinadas ao amparo dos menores jornaleiros, só aos que se encontrem sob o patrocínio dessas entidades será outorgada a autorização do trabalho a que alude o § 2º.
> § 5º – Aplica-se ao menor o disposto no art. 390 e seu Parágrafo único.

Quanto à autorização para o trabalho do menor, conforme texto acima grifado, o art. 406 da CLT possui disposição no mesmo sentido:

> Art. 406. **O Juiz de Menores** poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405:
> I – desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral;
> II – desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral. (Grifamos)

A proibição de trabalho em ambientes que prejudiquem a formação moral, física e psíquica do trabalhador menor, são as justificativas dos artigos acima transcritos.

A Lei nº 8.069/90, em seu artigo 67, também veda o trabalho do menor em locais que prejudiquem seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, bem como os horários e locais que impeçam a frequência escolar.

Não é propriamente o local que irá definir o grau de prejudicialidade à formação do menor, mas sim as atividades ali exercidas e o ambiente de trabalho. Como lembra Sergio Pinto Martins, em cinemas pode-se complementar a formação educacional do menor (Comentários, 2010, p. 344).

Parece-nos que não havendo qualquer prejuízo para a formação moral, psicológica ou física do menor, devem ser interpretadas de forma relativa as proibições acima referidas.

O Juiz de Menores referido no art. 405, § 2º, é o atual Juiz da Infância e da Juventude, denominação instituída pelo ECA. A autorização pode ser concedida para trabalho com vínculo de emprego ou não. Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, cuja competência atribuída ao Juiz da Infância e da Juventude tem a função de tutelar o interesse do menor.

A autorização para trabalho do menor (art. 406), nas condições deste artigo, não dependerá somente da necessidade de subsistência da família ou fim educativo da apresentação/espetáculo, como prevê a literalidade da norma referida. Tal autorização também poderá ser concedida se o trabalho em peças ou espetáculos tiver um fim profissional que não conflite com sua formação moral (artistas).

3. Competência do Juiz do Trabalho: previsão constitucional

A interpretação segundo a qual é o Juiz de Menores, atual Juiz da Infância e da Juventude, o competente para autorizar o trabalho do menor, decorre da literalidade das normas acima transcritas. Não é essa, contudo, a interpretação que deve prevalecer após a EC 45 de 2004, que alterou a competência da Justiça do Trabalho, pelo menos na nossa opinião.

Prevê o art. 114, I e IX, da CF:

> Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar
> I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Redação de acordo com EC nº 45/2004).
> IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O Juiz do Trabalho, órgão de primeiro grau de jurisdição trabalhista, é competente para dirimir os conflitos decorrentes do trabalho, conforme prevê o art. 652, IV, da CLT:

> Art. 652. Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:
> a) conciliar e julgar:
> IV – os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho.

Assim sendo, não é compatível com o sistema de fixação de competência previsto na Constituição da República que um juízo seja competente para autorizar o trabalho (Juízo da Infância e Juventude) e outro (Juiz do Trabalho) seja competente para apreciar os conflitos decorrentes deste mesmo trabalho.

A harmonização do sistema processual só pode se dar com a unificação da competência em um único órgão, qual seja, o Juiz do Trabalho. Neste sentido, inclusive, artigo doutrinário subscrito pelos Ministros do TST Lelio Bentes, Kátia Arruda, e pelo Juiz do Trabalho José Roberto Oliva, reconhecendo que se o Juiz do Trabalho tem competência para apreciar conflitos como: (*i*) pedido de reconhecimento do vínculo de emprego; (*ii*) dano moral decorrente da relação de trabalho (art. 114, VI, da CF); (*iii*) cobrança de multa por infração à ordem jurídico-trabalhista; (*iv*) cobrança de contribuições previdenciárias decorrentes deste trabalho do menor (art. 114, VIII, da CF), dentre outras, não faz sentido que esta mesma justiça não tenha competência para autorizar o trabalho do menor. Nas palavras dos autores:

> Ora, se em quaisquer destas hipóteses e até mesmo em outras não divisadas, será o Juiz do Trabalho o competente para instruir e julgar eventual ação ajuizada, não há explicação plausível para que as autorizações de trabalho que originaram tais efeitos tenham sido dadas por quem não poderá apreciá-las, não sendo razoável a competência do Juiz da Infância e da Juventude.[5]

Esta é a posição que defendemos.

4. Os atos normativos conferindo competência à Justiça do Trabalho

Em diversos Estados do País os Tribunais Regionais do Trabalho firmaram recomendações conjuntas com os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados atribuindo à Justiça do Trabalho e, especificamente ao Juiz do Trabalho, como órgão de primeiro grau de jurisdição, a competência para apreciar o pedido de autorização do trabalho do menor nas circunstâncias proibidas por lei, conforme art. 405 da CLT.

São exemplos destes atos conjuntos, também com a participação do Ministério Público, aqueles firmados nos Estados de São Paulo (Recomendação Conjunta nº 1 de 2014) e Mato Grosso (Recomendação Conjunta nº 1 de 2014).

Por ser a primeira, merece transcrição a recomendação de São Paulo, firmada nos seguintes termos:

> Dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Estadual da Infância e da Juventude no caso de pedido de autorização para trabalho, inclusive artístico e desportivo, de crianças e adolescentes.
> A Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Corregedoria Regional do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda

Região, a Corregedoria Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, a Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Trabalho da Segunda Região e o Ministério Público do Trabalho da Décima Quinta Região, no exercício de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO as reiteradas dúvidas surgidas sobre a competência para apreciação dos pedidos de autorização para trabalho infanto-juvenil, inclusive artístico e desportivo,

RESOLVEM:

RECOMENDAR aos Juízes de Direito da Infância e da Juventude, aos Juízes do Trabalho da Segunda e da Décima Quinta Região e aos Membros do Ministério Público Estadual e do Ministério Público do Trabalho da Segunda e da Décima Quinta Região, que tomem como diretriz, para efeito de competência:

I - As causas que tenham como fulcro os direitos fundamentais da criança e do adolescente e sua proteção integral, nos termos da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes de Direito da Infância e da Juventude;

II - As causas que tenham como fulcro a autorização para trabalho de crianças e adolescentes, inclusive artístico e desportivo, e outras questões conexas derivadas dessas relações de trabalho, debatidas em ações individuais e coletivas, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes do Trabalho, nos termos do art. 114, incisos I e IX, da Constituição da República.

São Paulo, 4 de dezembro de 2014.

Como se percebe do teor da recomendação acima, houve, de forma clara, acolhimento da tese que ora defendemos.

5. A posição do Superior Tribunal de Justiça

Não obstante a posição por nós defendida, somos forçados a concluir que a posição do STJ é conservadora e se posiciona favoravelmente à competência da Justiça Comum Estadual para apreciar o pedido de autorização do menor para o trabalho, como se percebe das ementas a seguir transcritas.

STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA CC 98033 MG 2008/0174696-9 (STJ)

Data de publicação: 24/11/2008

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E DO TRABALHO. ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR DE IDADE. 1. O pedido de alvará para autorização de trabalho a menor de idade é de conteúdo nitidamente civil e se enquadra no procedimento de jurisdição voluntária, inexistindo debate sobre qualquer controvérsia decorrente de relação de trabalho, até porque a relação de trabalho somente será instaurada após a autorização judicial pretendida. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito, suscitado.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR DE IDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Cuida-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Santos/SP, suscitante, e o Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude e do Idoso de Santos/SP, suscitado, nos autos de requerimento para autorização do trabalho de menor, como professor de dança, requerido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

O Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude e do Idoso de Santos declinou da competência para uma das Varas da Justiça do Trabalho, por entender que, "com a revogação do art. 402 e seguintes da CLT, pela Convenção 138/78, da OIT, a competência para autorização de trabalho de menor passou a ser da justiça obreira, ao Juiz da Infância cabe apenas alvará nos casos do art. 149, do ECA" (fl. 10). (6.4.2011).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E DO TRABALHO. ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR DE IDADE.

1. O pedido de alvará para autorização de trabalho a menor de idade é de conteúdo nitidamente civil e se enquadra no procedimento de jurisdição voluntária, inexistindo debate sobre qualquer controvérsia decorrente de relação de trabalho, até porque a relação de trabalho somente será instaurada após a autorização judicial pretendida.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito, suscitado.

(CC 98.033/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 24/11/2008).

6. A posição do Supremo Tribunal Federal

Diante das recomendações conjuntas atribuindo competência à Justiça do Trabalho, a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO – ABERT propôs ADI, autuada sob o nº 5326.

Na ação, a entidade questiona as Recomendações Conjuntas 01/2014-SP e 01/2014-MT, bem como o Ato GP 19/2013 e o Provimento GP/CR 07/2014, que, segundo a ABERT, atribuíram indevidamente nova competência à Justiça do Trabalho, em detrimento da Justiça Comum Estadual. Trata-se da competência para processar e julgar "causas que tenham como fulcro a autorização para trabalho de crianças e adolescentes, inclusive artístico".

Até o momento, votaram a favor da concessão da liminar requerida na ADI, com o intuito de suspender a eficácia das referidas recomendações, os Ministros Marco Aurélio, relator, e Edson Fachin.

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio concluiu que os atos normativos questionados padecem de inconstitucionalidade formal e material. Quanto à inconstitucionalidade formal, o relator ressaltou que os dispositivos tratam da distribuição de competência jurisdicional e da criação de juízo auxiliar da Infância e da Juventude no âmbito da Justiça do Trabalho, porém não foram produzidos mediante lei ordinária. Com base nos artigos 22, inciso I, 113 e 114, inciso IX, da Constituição Federal, o ministro Marco Aurélio observou que tais medidas estão sujeitas, inequivocamente, ao princípio da legalidade estrita.

O relator destacou a existência de inconstitucionalidade material em razão da circunstância de ter sido estabelecida competência da Justiça do Trabalho sem respaldo na Constituição Federal. "Não há dúvida quanto à obrigatoriedade dos pedidos de autorização para crianças e adolescentes atuarem em eventos artísticos serem submetidos a juízos da Infância e da Juventude. A questão é definir se devem ser juízos próprios da Justiça comum ou se podem ser os criados no âmbito da Justiça do Trabalho", observou.

Ao citar parecer da jurista Ada Pellegrini Grinover juntado aos autos, o ministro considerou que a competência para a matéria é da Justiça comum. Segundo o parecer, o legislador – quando estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – previu a Justiça da Infância e da Juventude e determinou que fosse o juiz da Infância e da Juventude a autoridade judiciária responsável pelos processos de tutela integral dos menores. "Trata-se, portanto, de ramo especializado da Justiça comum", acrescentou o relator.

Ainda com base no parecer, o ministro salientou que a participação de crianças e adolescentes em representações artísticas deve ser examinada harmonicamente com os direitos à saúde, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, liberdade e convivência familiar dos menores. O relator ressaltou que, no caso, "cuida-se de uma avaliação holística a ser realizada pelo juízo competente, considerados diversos aspectos da vida da criança e do adolescente. Deve o juiz investigar se a participação artística coloca em risco o adequado desenvolvimento do menor em especial os que compõem o núcleo concessão".

O ministro Marco Aurélio avaliou, ainda, que aspectos contratuais poderão gerar controvérsias de índole trabalhista a serem solucionadas no âmbito da Justiça do Trabalho. Contudo, explicou que o procedimento para autorização se trata de atividade de jurisdição voluntária, "de natureza eminentemente civil, envolvida tutela tão somente do adequado desenvolvimento social e cultural do menor".

O ministro Edson Fachin seguiu integralmente o voto do relator. A Ministra Rosa Weber pediu vista e o julgamento se encontra suspenso. (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297497, capturado em 15.11.2016). Ao menos até este momento, se pode afirmar que o STF é favorável a manter a competência da Justiça Estadual, até que lei própria trate do assunto.

Após a suspensão do julgamento e atendendo a requerimento do autor da ação, o Relator, Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática proferida em 14/8/2015 (DJE nº 165, divulgado em 21/8/2015), suspendeu os efeitos dos atos normativos questionados, mantendo com a Justiça Comum Estadual a competência para apreciar o pedido de autorização de trabalho artístico do menor, nos seguintes termos:

"Convencido da urgência da apreciação do tema, defiro a liminar pleiteada tal como o fiz no dispositivo do voto proferido: Diante do exposto, admito a ação direta de inconstitucionalidade e voto no sentido de implementar a medida acauteladora, para suspender, até o exame definitivo deste processo, a eficácia da expressão "inclusive artístico", constante do inciso II da Recomendação Conjunta nº 1/14 e do artigo 1º, inciso II, da Recomendação Conjunta nº 1/14, bem como para afastar a atribuição, definida no Ato GP nº 19/2013 e no Provimento GP/CR nº 07/2014, quanto à apreciação de pedidos de alvará visando a participação de crianças e adolescentes em representações artísticas e a criação do Juizado Especial na Justiça do Trabalho, ficando suspensos, por consequência, esses últimos preceitos. Ao fim, neste primeiro exame, assento ser da Justiça Comum a competência para analisar tais pedidos." (http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5326&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M, capturado em 20.11.2016).

Destaque-se o julgamento liminar que suspendeu, parcialmente, a eficácia dos atos normativos da Justiça do Trabalho o fez tão somente quanto ao "trabalho artístico", nos exatos limites do pedido formulado na ADI[6] e diante da legitimidade da autora da ação (ABERT), que só poderia ter formulado pedido que guardasse pertinência temática com seus Estatutos e com sua representação. O ministro Marco Aurélio poderia ter estendido os efeitos da liminar para todo o ato normativo, uma vez que não se observa

o princípio da congruência na ADI, mas não o fez. Consequentemente, continuam válidos e eficazes os atos normativos da Justiça do Trabalho quanto à autorização para o trabalho infanto-juvenil, com única exceção para o trabalho artístico.

7. Conclusões

a) Todas as Constituições Republicanas do Brasil, à exceção da de 1891, passaram a restringir o trabalho do menor, até a atual, de 1988, que proíbe seu trabalho no horário noturno, em condições de insalubridade e periculosidade e qualquer tipo de trabalho para o menor de 16 anos, salvo como aprendiz a partir de 14 anos (art. 7º, XXXIII, da CF).

b) A legislação infraconstitucional também protege o menor, privilegiando sua formação, proibindo qualquer trabalho que possa prejudicar sua formação física ou moral, como se observa da prescrição do art. 405 da CLT, como também do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 60 e seguintes).

c) Excepcionalmente, e para atender ao interesse exclusivo do menor, a legislação infraconstitucional autoriza seu trabalho mesmo nas condições proibidas, entregando ao Judiciário a competência para esta autorização.

d) O art. 406, caput, da CLT, diz, claramente, que o "O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405". Portanto, segundo o texto da CLT, o Juiz de Menores (atual Juiz da Infância e da Juventude) terá competência para apreciar o pedido de autorização de trabalho do menor nas circunstâncias que, em tese, possam ser prejudiciais à sua formação física, mental ou psicológica.

e) Após a EC nº 45/2004, com clara ampliação da competência da Justiça do Trabalho, parte considerável da doutrina e jurisprudência trabalhista passou a considerar se inserir na competência da Justiça do Trabalho o exame do pedido de autorização para trabalho do menor, diante da interpretação conferida ao art. 114, incisos I e IX, da CF.

f) Não obstante a posição em favor da Justiça do Trabalho, o E. STJ, mesmo em julgamentos posteriores à EC nº 45/2004, manteve o entendimento de que só a Justiça Comum Estadual, por intermédio do Juiz da Infância e da Juventude, pode autorizar o trabalho do menor nas circunstâncias proibidas por lei.

g) Considerando-se o viés interpretativo em favor da Justiça do Trabalho, alguns Tribunais de Justiça, em conjunto com Tribunais Regionais do Trabalho e com participação do Ministério Público, firmaram recomendações conjuntas para fixar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de autorização do trabalho do menor nas circunstâncias proibidas por lei.

h) A propagação de recomendações no Brasil, no sentido de atribuir competência à Justiça do Trabalho para autorizar o trabalho do menor, fez com que a ABERT propusesse ADI, autuada sob o nº 5.326, questionando a constitucionalidade das Recomendações Conjuntas 01/2014-SP e 01/2014-MT, bem como o Ato GP 19/2013 e o Provimento GP/CR 07/2014, Em favor da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos referidos já votaram o Relator, Ministro Marco Aurélio, e o Ministro Edson Fachin, pedindo vista a Ministra Rosa Weber, conforme julgamento de 12/8/2015.

i) Até o momento as recomendações referidas estão com suas eficácias suspensas parcialmente, no que concerne ao trabalho artístico, conforme decisão liminar do Ministro Marco Aurélio, relator da ADI nº 5.326, de 14/8/2015 (DJE nº 165, divulgado em 21/8/2015).

j) Não obstante o STF tenda a se inclinar pela inconstitucionalidade dos atos normativos que atribuem competência à Justiça do Trabalho, o tema ainda não foi decidido definitivamente. A posição do STF sobre o tema, em julgamento definitivo a ser proferido na ADI nº 5.326, poderá ou não abranger todas as circunstâncias do trabalho infanto-juvenil. Por ora, contudo, somente o trabalho artístico tem sua competência definida, diante da decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio nos autos do processo referido:

> "Quanto à apreciação de pedidos de alvará visando a participação de crianças e adolescentes em representações artísticas e a criação do Juizado Especial na Justiça do Trabalho, ficando suspensos, por consequência, esses últimos preceitos. Ao fim, neste primeiro exame, assento ser da Justiça Comum a competência para analisar tais pedidos. " (ADI nº 5.326, de 14/8/2015, DJE nº 165, divulgado em 21/8/2015).

k) Ainda que se possa apostar no resultado definitivo do julgamento da ADI nº 5.326 em favor da competência da Justiça Comum Estadual, continuamos a crer que a melhor forma de manter a uniformidade de entendimentos quanto ao tema seja atribuir a competência à Justiça do Trabalho, que, em última análise, será a competente para dirimir os conflitos decorrentes do trabalho infanto-juvenil, inclusive interrompendo a prestação de serviços que não favorecer a formação do menor.

l) O melhor caminho para a solução deste conflito, longe dos casuísmos típicos das decisões judiciais, será a definição da competência pela via legislativa, com aprovação, pelo procedimento próprio, de lei regulamentando o trabalho do menor e a competência do órgão para autorizá-lo.

m) A omissão do legislador vem cedendo espaço para interpretações como a objeto deste trabalho, causando enorme insegurança jurídica para aqueles que lidam com o dia a dia do trabalho do menor.

n) Qualquer que seja a decisão tomada, legislativa ou judicial, o interesse do menor deve ser preservado, tornando-se exceção a autorização para seu trabalho, diferentemente do que vem ocorrendo atualmente.

Notas

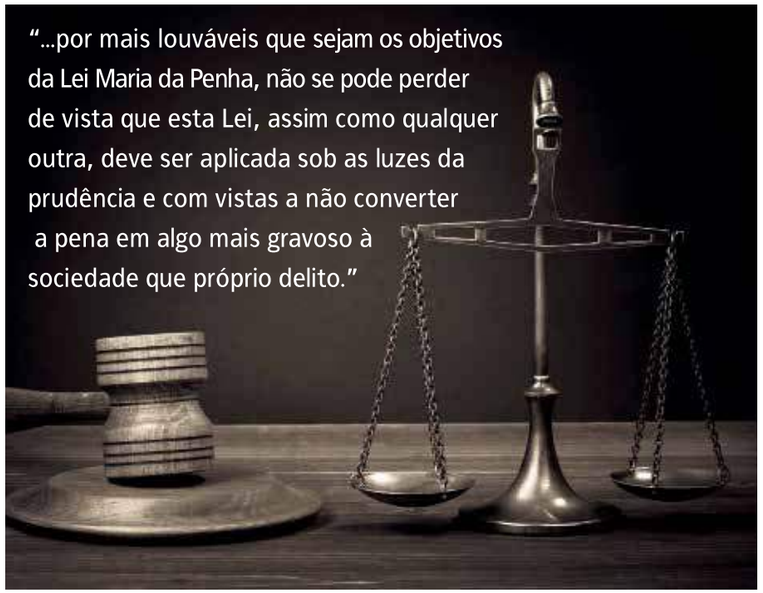
[1] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011, v. I., p.160.
[2] BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 305-307.
[3] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, v. II, p. 875-878, *apud* Marcelo Moura, cit., p. 687-688.
[4] A redação originária da Constituição de 1988, quando de sua promulgação em 5.10.1988, proibia qualquer trabalho do menor de 14 anos, salvo na condição e aprendiz aos 12 anos.
[5] O Juiz do Trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes, *in* Criança e Trabalho: da Exploração à Educação. Pastous Nocchi, Marcos Neves Fava, Lelio Bentes Correa, coordenação. São Paulo: LTr, 2015, p. 181.
[6] http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4781750, capturado em 20.11.2016.

Referências bibliográficas

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
_____ . *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.
CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010
CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.
DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.
_____ . Relações de trabalho e contrato de trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho*: estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo: LTr, 1994. v. I.
CORREA, Lelio Bentes; ARRUDA, Kátia Magalhães e OLIVA, José Roberto Dantas. *O Juiz do Trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes*. In: NOCCHI, Pastous, FAVA, Marcos Neves e CORREA, Lelio Bentes (Coord). *Criança e Trabalho: da Exploração à Educação*. São Paulo: LTr, 2015.
FAVA, Marcos Neves. Ações coletivas no processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2011.
MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
MINHARRO, Luciano; ZAINAGUI Domingos Sávio (Coords.) e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). *CLT interpretada*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.
MORAES FILHO, Evaristo de; FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.
MOURA, Marcelo. *Consolidação das Leis do Trabalho: para concursos. 5ª edição. Salvador: JusPo*divm, 2015.
_____. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2014.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
_____ . *Comentários às súmulas do TST*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
_____ . *Comentários aos precedentes normativos e às orientações jurisprudenciais do TST*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 42. ed. São Paulo: LTr, 2009.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. I.
SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
_____ . *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
_____ . *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
_____ . *CLT histórica*. Rio de Janeiro, 1993.
_____ ; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. II.
_____ ; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. II.
_____ . et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. I.
_____ . et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.
THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Aplicação da Lei dos Juizados Especiais às contravenções penais praticadas no âmbito da Lei Maria da Penha

Marina Cardoso Nascimento Monteiro de Castro | Delegada de Polícia lotada na Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher de Contagem/MG



"Doutora, por favor, não prende ele não, eu queria só que vocês dessem um susto nele pra ele não fazer mais isso. Sem ele em casa a família vai passar necessidade, como é que eu vou fazer pra sustentar meus filhos sozinha?"

Relatos como estes são ouvidos com frequência na Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher de Contagem/MG e demonstram que o rigor punitivo trazido pela Lei Maria da Penha precisa ser repensado. O relato como o em epígrafe, que evidencia o medo da mulher agredida de que o companheiro ou marido seja preso, desestimula as mulheres a denunciarem seus agressores e registrarem as ocorrências, o que acaba por aumentar a impunidade.

O histórico da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, tem origem em um fato criminoso ocorrido em 29 de maio de 1983, envolvendo a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica após ser atingida por um tiro de espingarda desferido por seu então marido, enquanto ela dormia.

Somente em setembro de 2002, transcorridos mais de 19 anos da prática do crime, o marido da Sra. Maria da Penha, após o trânsito em julgado da condenação judicial, foi preso. Fora condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade pelo período de 10 anos e seis meses, tendo cumprido, entretanto, apenas dois anos da pena total aplicada em regime fechado.

Em razão da morosidade do processo e de punição adequada, o fato foi levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), que solicitou informações sobre o caso ao Estado Brasileiro; porém, o Governo do Brasil não prestou os esclarecimentos solicitados pela Comissão.

Diante da ausência de resposta por parte do Governo Brasileiro, a CIDH, valendo-se do artigo 39 do seu Regulamento, presumiu verdadeiros os fatos alegados pela Sra. Maria da Penha. Ato contínuo, elaborou o Relatório nº 54/2001, em que realizava profunda análise do fato denunciado e fazia um diagnóstico da violência contra as mulheres em nosso país, ao tempo em que apontava diversas falhas cometidas pelo Estado brasileiro no cumprimento de Tratados Internacionais relacionados ao tema, todos eles ratificados pelo Brasil, e recomendava medidas que coibissem a violência doméstica e familiar contra as mulheres no País.

O Relatório nº 54/2001 culminou na criação da Lei nº 11.340/2006(Lei Maria da Penha), a qual, em seu artigo 41, estabelece que **aos crimes** praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.009/1995).

Observe-se que, apesar de o artigo 41 da Lei Maria da Penha mencionar apenas a palavra "crimes", a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) adota o entendimento de que, à luz da finalidade da norma, a vedação de aplicação da Lei dos Juizados Especiais também incide sobre as "contravenções" praticadas no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Data vênia, o art. 41 menciona apenas a palavra "crimes", conceito que não se confunde com o de contravenções, visto que a legislação brasileira adota a classificação bipartida ou dicotômica das infrações penais, segundo a qual as condutas puníveis dividem-se em crimes e contravenções, que são as espécies do gênero infrações penais, previstas, inclusive, em estatutos legais distintos.

As contravenções, conhecidas como infrações de ínfimo potencial ofensivo, tipificam condutas de menor gravidade, apenadas com pena de multa ou de prisão simples, cumpridas sem rigor penitenciário, em regime aberto ou semiaberto, não lhes sendo aplicável o regime fechado, como ocorre com as hipóteses de crimes, estes sim punidos com pena de reclusão ou detenção.

A título de exemplo, cabe lembrar que existem situações conflituosas, que acontecem no âmbito doméstico e familiar, em que a vítima sofre puxões de cabelo, é empurrada, sacudida, mas não chega a sofrer uma agressão capaz de configurar o crime de lesão corporal; no entanto, não se pode enquadrar a conduta do agressor no tipo contravenção. Na hipótese, se admitida a contravenção, a pena prevista seria a multa ou prisão simples de quinze dias a três meses; não admitida a contravenção, a conduta configura o crime de lesão corporal, que prevê a aplicação de pena de detenção que pode durar até três anos.

Verifica-se que enquadrar como crime a conduta de ínfimo potencial ofensivo mostra-se uma medida desproporcional, não condizente com a menor gravidade da infração. Fosse o agressor responsabilizado criminalmente perante o Juizado Especial Criminal, como contraventor, seria lavrado pela Autoridade Policial um Termo Circunstanciado de Ocorrência. Após a assinatura desse Termo, se o autor do fato assumisse o compromisso de comparecer em uma audiência no Juizado, não seria preso em flagrante, nem mesmo se lhe exigiria fiança.

Nesta audiência perante o Juizado poder-se-ia admitir transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo, medidas que visam solucionar o conflito de maneira menos drástica, o que é recomendável nestes casos de infrações que envolvem conflitos entre marido e mulher, mãe e filho, pai e filha, genro e sogra, etc., nos quais muitas vezes o que as partes mais querem é recuperar a família e restabelecer a paz no ambiente familiar.

Nos acordos feitos no Juizado o contraventor poderia ser condenado e obrigado a frequentar programas de recuperação de agressores ou a se submeter a tratamento médico, psicológico ou de desintoxicação contra o uso abusivo de álcool e drogas, sendo que este tipo de penalização tem um viés muito mais educativo e ressocializante que a condenação a uma pena de prisão de curta duração, cumprida em regime aberto, sobretudo nos casos em que o agressor volta a ter contato com a vítima.

Assim, conclui-se que, por mais louváveis que sejam os objetivos da Lei Maria da Penha, não se pode perder de vista que esta Lei, assim como qualquer outra, deve ser aplicada sob as luzes da prudência e com vistas a não converter a pena em algo mais gravoso à sociedade que próprio delito.

Parte de dissertação de mestrado escrita sob a orientação de Luís Carlos Balbino Gambogi, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

O desacerto do novo CPC quanto ao cabimento do agravo de instrumento

Thiago Nicolay | Advogado

O Código de Processo Civil revogado – Lei 5.869/73, com alteração dada pela Lei 11.187/05, a fim de garantir que as partes não viessem a suportar prejuízos em razão de decisões judiciais ilegais ou tecnicamente equivocadas, proferidas no curso do processo, previa a possibilidade de interposição de agravo de instrumento sempre que houvesse uma decisão capaz de causar a parte lesão grave e de difícil reparação. Assim, a parte descontente com uma decisão tomada em primeiro grau de jurisdição,independente do mérito desta decisão, podia se valer do recurso de agravo de instrumento para submeter a referida decisão à revisão pelo Tribunal de Justiça.

Ressalte-se que a possibilidade de interposição de agravo de instrumento era uma exceção, já que a regra geral para se recorrer de decisões interlocutórias era a interposição de agravo retido, recurso este que, em síntese, somente era apreciado, tempos depois de sua interposição, quando do julgamento do recurso de apelação, apenas sendo admitido o manejo de agravo de instrumento quando a decisão recorrida pudesse causar para uma das partes o risco iminente de lesão grave e de difícil reparação.

No entanto, o novel Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, conquanto tenha trazido significativos avanços, mormente no que diz respeito à celeridade do trâmite processual e aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, suprimiu a possibilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento nos casos em que a decisão recorrida possa causar a parte lesão grave e de difícil reparação, independentemente do mérito do agravo.

O novo CPC adota, como regra, a irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias que não estejam elencadas no já famigerado rol do seu artigo 1.015, ainda que estas possam causar danos irreparáveis às partes.

Vê-se que o legislador previu, em um rol composto por 12 incisos, algumas hipóteses nas quais é cabível a interposição de agravo de instrumento, sendo omisso, no entanto, quanto aos demais casos em que a decisão que se pretende recorrer cause fundado risco de dano irreparável.

Ou seja, na forma do disposto no artigo 1.015 do CPC/2015, só é possível recorrer, por meio do recurso de agravo de instrumento, das decisões que se amoldem às hipóteses previstas nos incisos do

Foto: Arquivo pessoal

> "O novo CPC adota, como regra, a irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias que não estejam elencadas no já famigerado rol do seu artigo 1.015, ainda que estas possam causar danos irreparáveis às partes."

supramencionado dispositivo, ainda que esta decisão seja ilegal e possa vir a causar danos irreversíveis às partes, sendo as demais decisões recorríveis quando da eventual interposição de recurso de apelação, como determina o artigo 1.009, §1º do novo código.

No entanto, ao contrário do CPC de 1973, o novo código ignora o fato de que durante o trâmite processual podem ser, e comumente são proferidas decisões que afrontam a legislação ou até mesmo à Constituição Federal e que, por isso, se não revisadas, podem ocasionar prejuízos graves de difícil ou impossível reparação às partes.

Não bastasse o equívoco legislativo, vem se firmando, ainda que de forma tímida, o entendimento jurisprudencial de que o rol do artigo 1.015 é taxativo, e não exemplificativo, não sendo admitida, portanto, a interposição de agravo de instrumento contra decisões que não estejam previstas nas hipóteses elencadas nos incisos do referido dispositivo.

A título de exemplo, veja-se o caso de uma decisão que impede que uma das partes participe, por meio de seus assistentes técnicos, da realização de uma prova pericial em uma mercadoria com exíguo prazo de validade, em flagrante afronta ao artigo 466, §2º do CPC/2015.

No caso apresentado, o equívoco judicial deve ser corrigido em grau recursal, a fim de que a parte participe da realização da prova pericial, sob pena de nulidade processual. Caso a referida decisão não seja revista, sofrerão as partes dano grave e de impossível reparação, já que, como dito no exemplo proposto, a mercadoria tem prazo de validade curto, sendo certo que quando da interposição futura de eventual recurso de apelação o referido produto já terá sido perdido, sendo impossível a realização de nova prova pericial.

Desse modo, espera-se que os Tribunais, enquanto não corrigida esta gravíssima falha legislativa, a depender das peculiaridades de cada caso concreto, passem a admitir a interposição de agravos de instrumento em face de decisões capazes de causar as partes danos graves de difícil ou impossível reparação, ainda que estas não se amoldem ao rol elencado no artigo 1.015 do CPC/2015, entendendo, assim, ser meramente exemplificativo o referido rol, a fim de garantir que, efetivamente, não haja danos irreversíveis decorrentes de decisões judiciais flagrantemente ilegais e teratológicas.

Mersault está aqui

Rômulo de Andrade Moreira | Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia

Aproveitei o recesso de final do ano para reler algumas obras literárias que forjaram o meu pensamento para sempre. O "Estrangeiro", por exemplo, foi uma delas (li, antes mesmo de entrar na Faculdade de Direito, há séculos, portanto). Este romance ("L`Étranger", título original francês), o primeiro de Albert Camus, publicado originalmente em 1942,

> constitui o livro no qual Camus consegue definir esteticamente com mais maestria toda a problemática do absurdo para o homem contemporâneo.

Neste seu primeiro livro,

> Camus serve-se do personagem principal, Mersault, para mergulhar no absurdo existencial. A vida banal de Mersault até o momento do crime processa-se dentro do clima do absurdo da vida humana, que não pode ser logicamente explicado, mas simplesmente apreendido e vivido. Quando Mersault é julgado, deparamo-nos com o absurdo institucionalizado na forma da justiça. Ele enfrenta a máquina judiciária com a mesma atitude com que vivera até então. O crime nada lhe alterou no comportamento. No entanto, o comportamento que até então nada significava para ele e para a sociedade, aos olhos da justiça torna-se, em todos os momentos, prova da culpabilidade do réu. A máquina judiciária assume para Camus o papel de realizadora e garantidora da vida absurda da sociedade.[1]

Foto: Divulgação

Destaquei alguns trechos que achei pertinentes para a presente (e despretensiosa) resenha. Ei-los:

> 1) Pouco tempo depois, uma campainha soou na sala. Então, tiraram minhas algemas. Abriram a porta e fizeram-me ir para o banco dos réus.

Aqui, o escritor franco-argelino, Prêmio Nobel de Literatura no ano de 1957, descreve a entrada de Mersault na sala de julgamentos do Palácio da Justiça, em Argel, onde seria julgado e condenado à morte por assassinato. Interessante mostrar a desnecessidade, de antanho, do uso das algemas em um julgamento criminal. No Brasil, o § 3º do art. 474 do Código de Processo Penal proíbe o uso das algemas

> durante o período em que (o réu) permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes." Ademais, a Súmula Vinculante 11 estabelece que "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Nada obstante, como se vê cotidianamente, o uso das algemas continua banalizado no Brasil. Veja-se, por exemplo, as fantásticas prisões feitas ao longo da espetacular Operação Lava Jato.

> 2) "Notei, nesse instante, que todo mundo se encontrava, se interpelava e conversava, como num clube, em que se fica feliz por estar com pessoas do mesmo ambiente. Foi assim que interpretei a estranha impressão de estar sobrando, um pouco como um intruso. (...) Meu advogado chegou, de beca, cercado de muitos outros colegas. Dirigiu-se aos jornalistas e apertou várias mãos. Gracejaram, riram e mostravam-se perfeitamente à vontade, até que a campainha soou no recinto. Todos voltaram aos seus lugares. (...) Pela primeira vez há muitos anos tive uma vontade tola de chorar, porque senti até que ponto era detestado por toda aquela gente. (...) O promotor olhou-me com brilho irônico nos olhos. (...) Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime. (...) Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino, sem me pedir uma opinião. De vez em quando, tinha vontade de interromper todo mundo e dizer: ´Mas, afinal, quem é o acusado? É importante, ser o acusado. E tenho algo a dizer.` (...) Eu ouvia e entendia que me consideravam inteligente. Mas não compreendia bem por que motivo as qualidades de um homem comum podiam tornar-se acusações esmagadoras contra um culpado.

(...) Mas a mim parecia-me que me afastavam ainda mais do caso, reduziam-me a zero e, de certa forma, substituíam-me. Mas acho que eu já estava muito longe desta sala de audiência.

Temos aqui uma descrição perfeita de como se sente um homem acusado de um crime diante do espetáculo que é um julgamento pela Justiça criminal. Todos ali vivem personagens, uns do bem, outros do mal, quase todos dominados por uma insensibilidade autômata, contagiante e perversa. Vê-se, perfeitamente, que, na verdade, julga-se o homem (Direito Penal do autor) e não o suposto crime por ele praticado (Direito Penal do Fato). E, outrossim, como não dão ouvidos ao homem.

3) O fato de a sentença ter sido lida, não às 5 da tarde, mas às 8 horas da noite, o fato de que poderia ter sido outra completamente diferente, de que fora determinada por homens que trocam de roupa, e que fora dada em nome de uma noção tão imprecisa quanto o povo francês (ou alemão ou chinês), tudo isto me parecia tirar a seriedade desta decisão.

Lembrei-me das nossas sentenças criminais e dos seus ridículos lugares-comuns, seus chavões, seus significantes mágicos, tais como "ordem pública", "periculosidade", "personalidade voltada para o crime", "culpabilidade extrema", "conduta social reprovável", "insensibilidade incomum", e outros exercícios de prestidigitação (cujos significados podem acabar de vez com a vida humana).

4) Observara que o essencial era dar ao condenado uma oportunidade. Uma só oportunidade em mil – isto bastaria para resolver muita coisa. (...) Sim, porque, pensando bem, ao ponderar sobre as coisas com calma, eu constatava que o defeito da guilhotina era não haver nenhuma oportunidade, absolutamente nenhuma. A morte do paciente, em suma, fora decidida de uma vez por todas. Era um caso encerrado, um acerto preestabelecido, um acordo selado, e em relação ao qual não se podia voltar atrás. Se, excepcionalmente, o golpe falhasse, recomeçava-se. Consequentemente, o problema é que era preciso que o condenado desejasse o bom funcionamento da máquina. Digo que este é o lado defeituoso da coisa. (...) Em resumo: o condenado era obrigado a colaborar moralmente. Era interesse seu que tudo corresse bem sem contratempos. (...) ´Pois bem, então morrerei`. Mais cedo do que outros, evidentemente. Mas todos sabem que a vida não vale a pena ser vivida. No fundo, não ignorava que tanto faz morrer aos 30 ou aos 70 anos, pois, em qualquer dos casos, outros homens e outras mulheres viverão, e isso durante milhares de anos. Afinal, nada mais claro. Hoje, ou daqui a 20 anos, era sempre eu quem morria. Neste momento, o que me perturbava um pouco, no meu raciocínio, era esse frêmito terrível que sentia em mim, ao pensar nesses 20 anos que faltavam para viver.

Reflexão de Mersault, dias antes de ser levado à guilhotina, sobre a pena de morte, esta insanidade defendida por tantos, e praticada no Brasil todos os dias, sem exceção.

5) Pouco tempo depois, fui levado novamente ao juiz sumariante. Eram 2 horas da tarde e, desta vez, o escritório estava cheio de uma luz que a cortina da janela mal conseguia suavizar. Fazia muito calor. Mandou sentar-me e, de modo muito gentil, declarou que o meu advogado, devido a um contratempo, não pudera comparecer. Mas eu tinha todo o direito de não responder às suas perguntas, e de esperar que meu advogado pudesse me assistir.

Mesmo na Argel dos anos 40 já se tinha a noção do direito de não autoincriminação. Hoje, nos acordos de delação premiada, põe-se como uma das cláusulas a impossibilidade do acusado/investigado valer-se deste direito previsto expressamente no Pacto de São José da Costa Rica, complementado pela Constituição Federal. Retrocesso absurdo!

6) Eis a imagem deste processo. Tudo é verdade e nada é verdade.

Conclusão de Mersault, após ouvir os debates entre acusação e defesa. Ou seja, verdade não existe! É uma ficção processual, um dogma (mesmo) que serve para manipulações de toda sorte, sempre em desfavor do acusado, ainda que se busque esta quimera (supostamente - porque nunca o é) no interesse do réu. Em nome de uma procura não alcançável (porque empiricamente inexistente), são praticadas as mais diversas atrocidades durante a investigação criminal (inclusive a tortura) e, principalmente, no curso de um processo penal, especialmente quando os Juízes arvoram-se, afoitamente, Delegados de Polícia ou membros do Ministério Público.

Enfim, vou dormir, certo que "a noite é como uma trégua melancólica."...[2] Amanhã, lerei Kafka e Proust.

Notas

[1] Vicente Barreto, da apresentação da 9ª. edição publicada no Brasil, pela Editora Record, e traduzida por Valerie Rumjanek.
[2] Das últimas palavras escritas por Camus nesta sua obra prima.

OAB NACIONAL

EM DEFESA DA **ADVOCACIA** E DA **CIDADANIA**

GONÇALVES COELHO

ADVOCACIA

SÃO PAULO

Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1478/1201 – Jardim Paulistano – (55) 11 3815 9475

www.gcoelho.com.br