


Organizadores  
Regina Stela Corrêa Vieira  
Robison Tramontina



**TEMAS  
EMERGENTES  
DE DIREITOS  
HUMANOS,  
DEMOCRACIA E  
TRABALHO**

**editora  
unoesc**

**Editora Unoesc**

**Coordenação**

Tiago de Matia

Agente administrativa: Caren Scalabrin  
Revisão metodológica: Giovana Patrícia Bizinela  
Projeto Gráfico e diagramação: Simone Dal Moro  
Capa: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T278 Temas emergentes de Direitos Humanos, Democracia e Trabalho / organizadores Regina Stela Corrêa Vieira, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2019. 226 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-217-9

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Democracia. I. Vieira, Regina Stela Corrêa, (org.). II. Tramontina, Robison, (org.). III. Série.

Dóris 341.1219

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

**Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Ildo Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Pró-reitora de Graduação  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,  
Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Cleunice Frozza

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

Maria Rita Chaves Nogueira

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
-------------------	---

## BLOCO I RELAÇÕES DE TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA, DIREITO COLETIVO E A ATOMIZAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS NA REFORMA TRABALHISTA ESPANHOLA DE 2012 .....	11
--	----

Juan Víctor Meseguer Sánchez, Marlon Ricardo de Amorim

ATUAÇÃO SINDICAL APÓS A REFORMA TRABALHISTA, UMA VISÃO NOS ASPECTOS DA COLONIALIDADE DO PODER.....	29
---	----

Kauana Vailon

ISONOMIA SALARIAL NA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL .....	41
--	----

Vantoir Alberti

APLICAÇÃO DO BALANCING TEST A DOIS CASOS DE LIMITAÇÃO DE LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO PELO EMPREGADOR.....	61
---	----

Anna Leticia Piccoli

A EFICÁCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA .....	79
--	----

Elisandra Riffel Cimadon, Felipe Schmidt

INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO E SEUS DIREITOS .....	105
--	-----

Natália Regina Pompeo

## **BLOCO II**

### **DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA**

**OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS  
COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO  
ACESSO À JUSTIÇA E À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO..... 117**

Daniela Zilio, Riva Sobrado de Freitas

**O DIREITO E A JUSTIÇA: A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E OS  
MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ..... 141**

Milena Veloso de Linhares, Taciane Taciane Bongiorno

**AVANÇO TECNOLÓGICO NAS FRENTES PRODUTIVAS E O DIREITO  
FUNDAMENTAL AO TRABALHO: UMA AMEAÇA À DEMOCRACIA?..... 159**

Guilherme Luiz Guerini

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA E SUA  
MANIFESTAÇÃO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS E NAS EMISSORAS  
DE TELEVISÃO: UM PANORAMA CONSTITUCIONAL E SEUS  
POSSÍVEIS LIMITES ..... 175**

Michel Ferrari Borges dos Santos

**A AUTONOMIA HUMANA NAS QUESTÕES DE VIDA E MORTE: UMA  
ANÁLISE ACERCA DA MORTE DIGNA NO DIREITO ESTRANGEIRO ..... 197**

Daniela Zilio

## APRESENTAÇÃO

Intensas mudanças socio-econômicas foram vistas no Brasil desde o início do século XXI, passando pela expansão e posterior retração de programas sociais, implantação de agendas financeirizadoras, contingenciamento do gasto público e mudanças legislativas polêmicas, como a reforma trabalhista, implantada pela Lei 13.437/2017. Novos temas ganharam espaço no debate público e jurídico, incluindo as mudanças nas relações de trabalho, preocupações com o futuro do emprego, a efetivação dos direitos humanos e a inclusão democrática de vozes subalternas.

A necessidade de aprofundamento acadêmico e debate coletivo sobre estes temas emergentes pautou o esforço de organização do I Colóquio Internacional “Desafios do Presente e do Futuro para o Direito do Trabalho, realizado nos dias 23 e 24 de maio de 2019, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesp, no campus Chapecó.

O evento, apoiado pela Capes, recebeu palestrantes vindos de renomadas universidades nacionais e estrangeiras. A conferência de abertura, sobre reforma sindical, contou com o Professor Doutor Francisco José Trillo Parraga, da Universidad de Castilla - La Mancha, com os comentários do Professor Doutor Robison Tramontina. Duas mesas redondas propiciaram debates sobre gênero e diálogo social, com a Professora Doutora Flávia Máximo, da Universidade Federal de Ouro Preto, e a Professora Doutora Regina Stela Corrêa Vieira, e sobre os desdobramentos da reforma trabalhista de 2017, com Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite, da Faculdade de Direito de Vitória, e Professor Doutor Gustavo Seferian Scheffer Machado, da Universidade Federal de Minas Gerais.

O último painel abordou novas epistemologias e possibilidades de reformulação dogmática do Direito do Trabalho diante dos desafios do século XXI, composto pelas apresentações do Professor Doutor Pedro Gravatá Nicoli, da Universidade Federal de Minas Gerais, e da Professora Doutora Romina Carla Lerussi, do Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas da Argentina.

Além das mesas redondas e painéis, foram realizadas duas sessões de Grupos de Trabalho, em que estudantes da graduação e pós-graduação puderam apresentar suas pesquisas. Todos os professores presentes no evento participaram dos debates, que também contou com a avaliação e comentários do Professor Mestre Régis Trindade de Mello, da Unoesc campus Xanxerê.

Os artigos aqui reunidos são fruto das pesquisas apresentadas nos referidos Grupos de Trabalho, complementados e aperfeiçoados após os debates feitos coletivamente. Eles foram divididos em dois blocos, por afinidade temática. O Bloco 1, sobre relações de trabalho e direitos fundamentais, começa com o artigo sobre flexibilização trabalhista e as mudanças nas negociações coletivas na Espanha, de Juan Victor Meseguer Sánchez e Marlon Ricardo de Amorim; o processo de descoletivização tratado pelos autores citados é também alvo da investigação do artigo seguinte, Kauana Vailon, que aborda a atuação sindical depois de uma sucessão de reformas nas leis de direito coletivo do trabalho no Brasil, a partir de uma perspectiva de decolonialidade do poder. O terceiro e quarto artigos do bloco tratam de questões relativas a direitos fundamentais nas relações de trabalho, sendo que Vantoir Alberti aborda a isonomia salarial entre empregados e trabalhadores terceirizados, e Anna Letícia Piccoli fala da aplicação do balancing test em casos de limitação da liberdade de manifestação do pensamento pelo empregador. Fecham o Bloco 1 artigos sobre a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, um de Elisandra Riffel Cimadon e Felipe Schmidt, com alvo em na efetividade das disposições normativas sobre a proteção de pessoas com deficiência no trabalho, e o de Natália Regina Pompeo, que se aprofunda no debate das ações afirmativas.

O Bloco 2 tematiza direitos humanos e democracia, começando com o artigo de Daniela Zilio e Riva Sobrado de Freitas sobre o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos para efetivar o direito fundamental de acesso à justiça e a razoável duração do processo. Também abordando métodos alternativos de resolução de conflitos, Milena Veloso de Linhares, Taciane Taciane Bongiorno falam da questão a partir do aumento da litigiosidade e dificuldade de respostas vindas apenas no Judiciário. Em seguida, Guilherme Luiz Guerini aborda os avanços tecnológicos nas frentes produtivas e se questiona se seriam uma ameaça à democracia, relacionada ao desemprego estrutural e novas formas

de controle político. Ampliando o debate sobre democracia, o artigo de Michel Ferrari Borges dos Santos apresenta a temática do direito fundamental à liberdade religiosa, a partir da sua manifestação em rádios comunitárias e emissoras de televisão. Fecha o bloco o artigo de Daniela Zilio, que aborda autonomia humana e dos debates sobre morte digna no direito brasileiro e estrangeiro.

Desejamos boa leitura!

Chapecó, setembro de 2019

Regina Stela Corrêa Vieira

Robison Tramontina







**BLOCO I**  
**RELAÇÕES DE**  
**TRABALHO E DIREITOS**  
**FUNDAMENTAIS**



# FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA, DIREITO COLETIVO E A ATOMIZAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS NA REFORMA TRABALHISTA ESPANHOLA DE 2012

Juan Víctor Meseguer Sánchez<sup>1</sup>  
Marlon Ricardo de Amorim<sup>2</sup>

**Resumo:** As reformas espanholas surgiram como discurso e política para a saída emergencial da crise econômica em uma inter-relação entre o neoliberalismo e a flexibilização dos direitos trabalhistas. A Espanha alterou, em 2010 e 2011, seu Estatuto dos Trabalhadores, com medidas que se fortaleceram e aprofundaram mediante a proposta de 2012 que veio agrupar diversas ações orientadas à flexibilidade. Este artigo é resultado de atividades de pesquisa desenvolvidas ao longo dos últimos semestres da Graduação em Direito, na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) e Universidade Católica de Múrcia (UCAM) que fizeram uma revisão do fenômeno de flexibilização trabalhista, bem como das principais alterações no Direito Coletivo do Trabalho na Espanha a partir da Reforma Trabalhista de 2012. O objetivo deste trabalho, portanto, é discutir o fenômeno de flexibilização trabalhista no arcabouço da hegemonia neoliberal, no contexto espanhol. O método utilizado para a discussão foi o lógico indutivo de análise, utilizando-se de materialismo histórico, a partir de um estudo bibliográfico sobre os temas pertinentes à flexibilização do Direito Coletivo, neoliberalismo e a experiência da Reforma Laboral espanhola de 2012. Centrou-se nos aspectos qualitativos, e utilizou como base referências teóricas sobre a temática, disposições legais e dados oficiais (LAKATOS, 2003). Os resultados apontam para uma reforma que, com mais austeridade, trouxe diversas disposições de

<sup>1</sup> Doutor em Direito; Docente na Faculdade de Ciências Jurídicas e Empresariais da Universidade Católica de Múrcia; Advogado.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste e pela Universidade Católica de Múrcia (Espanha); Pesquisador na área de Direitos Humanos e Direito do Trabalho e da Seguridade Social; Técnico-Administrativo Educacional e Assessor de Relações Externas e Comunicação no Instituto Federal de Santa Catarina.

descoletivização em face do fortalecimento da autonomia empresarial para regulação da relação laboral.

**Palavras-chave:** Direito Coletivo. Reforma. Trabalhista Espanhola de 2012. Flexibilização. Flexsecurity. Neoliberalismo.

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema de proteção jurídica ao Direito Individual e Coletivo do Trabalho espanhol sofreu diversas modificações no ano de 2012, e geraram a alteração das bases constitucionais pelas quais se sustentavam o direito sindical e o direito à livre negociação coletiva. Neste artigo, pretendemos sintetizar o conteúdo das modificações legais implementadas pela reforma laboral de 2012, fazendo também uma análise do fenômeno da flexibilização trabalhista, bem como algumas considerações importantes sobre a transição do modelo corporativista do Direito Coletivo Espanhol para um sistema democrático de representação coletiva, que foi alicerce para a manutenção de um modelo jurídico atrelado ao bem estar social. Mudança que teve como origem reivindicações e recomendações de organismos internacionais cujos objetivos estavam atrelados à “flexiseguridade” ou também “modernização do direito do trabalho”. O fenômeno flexibilizador compõe a agenda do neoliberalismo, “a nova razão do mundo” (DARLOT; DAVAL, 2017), tendência que tem sido levada cabo, visto que as reformas trabalhistas vêm sendo adotadas em vários países do mundo, alinhadas ao discurso neoliberal da flexibilização e flexsecurity.

A flexibilização do direito do trabalho (GODINHO, 2017), se materializa pela diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de sua proteção jurídica, em conformidade com as previsões fixadas por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada. Dentre suas diversas formas de incidência, quando pela tese da desregulamentação, a flexibilidade incide sobre as fontes heterônoma e autônomas do direito do trabalho. Autônoma, compreendida a introduzida pela negociação coletiva.

E a flexibilização do Direito Coletivo foi vivenciada no caso da reforma Espanhola, que por meio do Decreto Lei 3 de 6 de julho de 2012, denominado

“medidas urgentes para a reforma do mercado de trabalho com objetivo da flexiseguridade”, veio trazer mudanças estruturais no âmbito de proteção do Direito Coletivo espanhol. A reforma trouxe uma série de previsões orientadas à redução da aplicação dos acordos coletivos, mitigando seus mecanismos de extensão, promovendo cláusulas de seus encerramentos, menor favorabilidade e não-prosseguimento de acordos após seu término.

Para melhor discutir estas questões, o presente artigo está dividido em três seções que sistematizam as hipóteses da pesquisa. O primeiro é dedicado à análise dos conceitos de flexibilidade do direito trabalhista, visto ser um processo de transição dos meios de organização do trabalho que tomou força nas últimas décadas. Na segunda seção, aborda-se os conceitos relativos ao direito coletivo espanhol e sua evolução a partir do processo de transição político-institucional posteriormente à Constituição de 1978. Tem-se também as principais proteções advindas do texto constitucional e que garantiram a implementação de um sistema democrático fundado na organização sindical, na negociação coletiva e no direito de greve. Por fim, na terceira seção, recorre-se à análise legislativa e dos objetivos reformadores do Direito Coletivo Espanhol, por meio da Lei 3 de 6 de julho de 2012, que resultam em diversas transformações e que ocasionam o fenômeno da atomização da negociação coletiva.

## 2 A FLEXIBILIDADE

Em meados do século XIX, a Europa pôs em marcha a crise do liberalismo. Com o início das reformas de Bismark, o continente assistiu a um movimento crescente de regulamentação e criação de inúmeras legislações destinadas à consolidação do que viria a ser um “estado de bem-estar social”. Junto a isto, surgiu neste período um grande intervencionismo estatal sobre as relações e contratos de trabalho, como a limitação da jornada de trabalho, o direito de greve, associação, indenização de acidentes férias, aposentadoria e inúmeras medidas solidárias que se contrapuseram à concepção estritamente individual do contrato de trabalho como pensava a dogmática liberal (DAL ROSSO, 2017).

E, transpassando a crise do liberalismo, nosso atual momento histórico é caracterizado pela sua nova roupagem, o neoliberalismo, que surge como uma alternativa moderna para enfrentamento das crises do liberalismo clássico, fracassado principalmente em países onde o reformismo social ganhou terreno. Até então, observou-se uma necessidade prática de intervenção governamental frente às mutações organizacionais do capitalismo e aos conflitos de classe. A partir de concessões, com objetivos de harmonização social, e fim dos conflitos emergidos ao longo da história, o intervencionismo estatal à justiça social, até então era necessário; em especial, cita-se o contraste promovido pelos blocos socialistas e capitalistas durante a guerra fria (BARROS, 2016).

O período de protecionismo, marcado pela solidariedade e ampliação de direitos foi paulatinamente dando espaço para uma nova perspectiva, com novas formas de socialização do capital e mecanismos mais amplos de organização e controle da sociedade. No período atual, da desregulamentação, emerge essencialmente, o que a sociologia aponta como “nova razão do mundo” (DARLOT; DAVAL, 2017), em que o neoliberalismo se impõe como um sistema que afeta, além da economia política, a subjetividade dos indivíduos (DARDOT; LAVAL, 2016).

Em nível de subjetividades, os sociólogos defendem que a nova roupagem do liberalismo atinge todo o tecido social – assim o faz porque introjeta, por meio da subjetividade, a concorrência e a individualidade, frente à descoletivização e desproteção, alinhados aos objetivos do capital e do mercado. Nessa perspectiva, os movimentos coletivos e organizados são desqualificados e fragilizados, e perdem seus mecanismos. Os indivíduos são submetidos à concorrência e estimulados ao individualismo em todos os níveis. Desde as formas de gestão de pessoas nos locais de trabalho, o olhar sobre o desemprego e a dívida, por exemplo, em que se cria uma polarização entre os “desistentes” e os “bem-sucedidos”, além de diversas outras alavancas orientadas à concorrência interindividual que minam a solidariedade e a cidadania (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 36). Esses, entre outros fatores sociológicos impactam na descoletivização e nos processos que refletem no direito, em especial no direito coletivo do trabalho, observando-se os discursos e políticas de dessindicalização e supressão de todas as medidas de organização conjunta dos trabalhadores (DARDOT; LAVAL, 2016).

Os sistemas jurídicos de proteção e o direito do trabalho se constituíram, até então, à rigor, contrários aos princípios liberais proclamados pelo liberalismo clássico, reclamando e propondo a modificação de seus institutos – característica do protecionismo atribuído ao direito do trabalho e o garantismo que até então o acompanhou (BARROS, 2016).

Mas as concepções protecionistas-garantistas alteram-se orientadas a uma nova perspectiva econômica neoliberal e reformista que é marcada pela flexibilização, com diminuição da intervenção estatal, atrelada à concepção econômica do pensamento capitalista liberal (NASCIMENTO, 2014).

Importante também para compreensão destes fenômenos são as reflexões da teoria da “economização do Direito e o neoliberalismo.” (HEINEN, 2016, p. 247). A tese alega que as relações entre Estado e economia foram redesenhadas para um Estado que, em certo nível intervencionista, atua de forma a colaborar com os setores corporativos. Em um paradigma, na tutela do trabalho, o Estado neoliberal busca, por um lado a desregulamentar e flexibilizar o direito do trabalho, reduzindo formas de solidariedade social, e por outro adota políticas de governança que favorecem corporações que passam a atuar juntamente com o governo na redação de leis e determinação de políticas públicas (HEINEN, 2016).

Destas percepções, a flexibilidade trabalhista surge em nossos contextos – de crises do capital – como uma agenda, com grande consenso econômico e político, de novas formas de organização do trabalho, e que se caracterizam pela desconstrução de direitos trabalhistas, de forma a potencializar a discricionariedade dos empregadores, implicando em um novo processo de transição de capital. Ainda sobre esse aspecto, Delgado (2017, p. 67) explica que:

Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com a autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada.

No que se refere às fontes autônomas do Direito do Trabalho, o Direito Coletivo, a flexibilização é introduzida por meio do afrouxamento dos critérios e regras do jogo aplicáveis às negociações das condições do trabalho (GOLDSCHMIDT, 2008). Instituem-se medidas restritivas contra o sindicalismo, as greves e as coalizões de trabalhadores. Neste ponto, a flexibilidade – como será visto no caso vivenciado na Espanha – intenta, além de descoletivizar as relações de trabalho, estabelecer a possibilidade de medidas negociadas “in pejus”, ao trazer condições de trabalho inferiores àquelas estabelecidas em lei, a exemplo da possibilidade de redução salarial mediante a própria negociação coletiva. Nesse sentido, se relaciona a flexibilidade à “adaptabilidade jurídica dos direitos sociais às variantes do mercado de trabalho e às exigências de competitividade econômica.” (SILVA apud GOLDSCHMIDT, 2015). Isto se evidencia com a adoção da flexibilização e desregulamentação trabalhista como meio de diminuição de custos de mão de obra e estratégia de mercado em diversos sistemas jurídicos. Nas últimas décadas, a desregulamentação tornou-se tendência em países capitalistas de centro, como Estados Unidos e membros da União Europeia e em países de capitalismo tardio, como os da América Latina, África e Ásia. Logo, pois, emergem em diversos processos de desregulamentação em todo o mundo e que, em essência, conectam as distintas reformas implementadas pela desregulamentação e precarização de direito (DAL ROSSO, 2017, p. 165).

### 3 O DIREITO COLETIVO

A doutrina conceitua o Direito Coletivo como uma fonte autônoma e ramo do Direito do Trabalho, também denominado Direito Sindical, e que se destina à proteção jurídica dos meios de coletivização dos trabalhadores e proteção às suas formas de institucionalização, intermediadas, hoje, pelos sindicatos. Sua matéria tem por objeto de estudo, isto é, as normas e as relações jurídicas que dão forma aos modelos sindicais (NASCIMENTO, 2015, p. 1315).

Historicamente, a origem do direito coletivo remonta às extintas corporações de ofício que foram aniquiladas pelo predomínio do liberalismo europeu, que pregava que o homem para ser livre não poderia estar submetido



ao predomínio da vontade grupal. Entretanto, após diversas mudanças histórico-sociais, em especial a revolução dos trabalhadores, as ações dos assalariados reunindo-se em associações para defesa de seus interesses, viriam a causar o surgimento dos sindicatos pelo movimento do sindicalismo inglês, no século XVIII. Ainda, com o desenvolvimento do reformismo social e a era de constitucionalismo europeu, o Direito à Organização Coletiva fora incorporado em diversos ordenamentos jurídicos e que vinham propor uma tutela jurídica aos sindicatos (NASCIMENTO, 2015, p. 56).

Em uma fase de internacionalização, a negociação Coletiva e o Direito coletivo foram protegidos pelo Direito Internacional do Trabalho, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispôs de um importante corpus normativo e acordos internacionais, em especial a Convenção 98, cujo conteúdo estabelece princípios e garantias básicas para o exercício da negociação coletiva em contextos democráticos, e que fora a base para a instituição de um modelo sindical pautado na liberdade e na autonomia (NASCIMENTO, 2014).

### 3.1 O DIREITO COLETIVO ESPANHOL

Em uma breve releitura histórica do Direito Coletivo Espanhol, verifica-se que o país passou por distintos momentos. Inicialmente, com alguns avanços no período republicano de 1936 a 1939. Época marcada por uma evidente preocupação social e protagonismo dos representantes sindicalistas, e que, em 1932, surtiu na, então, primeira Lei de regulamentação sindical da Espanha, a Lei de Associações Profissionais. Este modelo vigorou tão somente até o início do Regime Franquista (FILHO, 1999).

O Código do Trabalho de 1926, do franquismo, trouxe um modelo calcado nos pressupostos corporativistas, com a organização e controle estatal sobre os sindicatos. O sistema era pautado no princípio do sindicato único em que o modelo sindical era estruturado de modo hierárquico com a subordinação da estrutura de negociação ao Estado. Com forte repressão à liberdade de organização, gestão e associação, o regime foi de igual modo instituído em outros

países com políticas fascistas, como Portugal e o nacional socialismo do nazismo alemão (NASCIMENTO, 2015, p. 1.333).

Cabe citar que o regime corporativista foi a inspiração para a implementação do modelo sindical brasileiro, implementado na década de 1930, pelo então presidente Getúlio Vargas, e que padece de uma acomodação crônica em seus mais de 60 anos de criação. Corporativismo que fora retificado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e que faz com que milhões de trabalhadores brasileiros fiquem desassistidos pela proteção coletiva (OLIVEIRA, 2001).

O corporativismo Espanhol, que inspirou o modelo brasileiro, foi marcado pela instituição do “Fuerro del Trabajo”, a previsão jurídica espanhola com maior envergadura editada durante a guerra civil, a partir do qual, negando as correntes marxistas e o próprio pensamento liberal, produziu-se um modelo de proteção ao direito coletivo totalmente autoritário. Modelo que impedia a livre expressão e organização sindical dos trabalhadores e que buscava firmar a ideologia do fascismo como uma via político-econômica para o desenvolvimento do país, em que a organização do trabalho era dirigida aos interesses nacionalistas (FILHO, 1999).

Somente a partir de um processo político-institucional de redemocratização, iniciou-se um período de transição sobre a regulamentação das relações de trabalho e declínio de um modelo corporativista de relações de trabalho, que se consolidou com o fim do regime franquista, em 1975, e promulgação de uma nova Constituição em 1978.

A nova Constituição Federal trouxe uma nova perspectiva, elaborada sob o signo da autonomia e da liberdade sindical, reforçando acentuadamente o papel dos sindicatos na sociedade industrial, consagrando o tripé fundamental do Direito Coletivo em um Estado Democrático de Direito: a liberdade sindical (Art. 28.1), a negociação coletiva (art. 37.1 e 37.2) e o direito de greve (art. 28.2) (FILHO, 1997, p. 70).

No compasso internacional com vistas à proteção do Direito Sindical, a Constituição de 1978 trouxe diversos marcos normativos. Em especial, neste período de transição, ratificou constitucionalmente os princípios estabelecidos na Convenção nº 87, da Organização Internacional do Trabalho, protegendo as garantias básicas ao trabalhador, bem como ao empregador, quanto ao livre exercício do direito de sindicalização sem obstáculos das autoridades públicas.

Princípios essenciais ao direito sindical que dividem-se na liberdade de associação, liberdade de organização, liberdade de administração, liberdade de exercício das funções e liberdade de filiação (NASCIMENTO, 1999, p. 115). A liberdade sindical, o direito de livre formação dos sindicatos, a livre filiação e desfiliação, a liberdade de constituição de confederações e organizações internacionais e diversas proteções jurídicas foram constitucionalizadas e reguladas também por diversas legislações esparsas que fundamentam, na Espanha, um sistema democrático de relações de trabalho (FILHO, 1997, p. 35).

As novas previsões adotaram um sistema de liberdade e autonomia, garantido também o amplo direito à negociação coletiva, direito à greve, instituição de um sistema voluntário de solução de conflitos e de interesses, além de trazer um importante corpus normativo e de sustento ao modelo de Direito Coletivo adotado. Até então, o modelo espanhol caracterizava-se por um sindicalismo autônomo, com abertura política e relacionamento entre o estado e os sindicatos, com pluralismo representativo e um forte amparo jurídico à estruturação sindical (NASCIMENTO, 2014).

Destas proteções a um amplo sistema jurídico de sustento, o Direito individual do trabalho espanhol acabou tornando-se um produto da negociação coletiva, visto a amplitude com que a política estatal se desenvolveu a dar espaço às regras oriundas das negociações coletivas. As fontes heterônomas estatais acabaram por assumir uma função de sustento e subsidiariedade às fontes autônomas, tidas como as mais importantes para a regulamentação dos contratos de trabalho na Espanha (FILHO, 1997, p. 48).

Importante proteção também foi o princípio da força vinculante dos convênios, fruto da autonomia coletiva em que, considerados como pactos entre grupos sociais de trabalhadores e empresários, se garantia um valor normativo com força vinculante e efeito erga omnes a todos os empresários e trabalhadores dentro de seu âmbito de proteção (ESPANHA, 1978).

À sua vez, assim, a negociação coletiva espanhola se converteu em um instrumento e função lógica de um estado de bem estar social. Fez isto porque atribuiu um protagonismo aos atores sociais integrantes de relações laborais, e garantiu ao trabalhador um meio de neutralizar as desigualdades entre a

contratação individual mediante a negociação com o empregador, com a fixação de medidas coletivas de trabalho, vinculado o seu cumprimento.

O processo de transição para a democracia na Espanha trouxe consigo uma perspectiva democrática e que permitiu constituírem-se organizações sindicais livres e autônomas. Um direito sindical com aportes estruturais fixados na constituição e em legislações esparsas que formaram uma legislação de sustento a um sistema democrático de direito coletivo, que acabou por tornar-se mais relevante que as normas estatais heterônomas. A negociação coletiva surgiu neste contexto também como um meio eficaz de preencher lacunas das fontes legais do ordenamento jurídico espanhol, visto que este dificilmente alcança com maior aprofundamento a proteção de realidades produtivas tão diversas (FILHO, 1997, p. 121).

## 4 A FLEXIBILIDADE E A REFORMA LABORAL DE 2012

Após a redemocratização, com ampliação e fortalecimento, o movimento sindical, tanto espanhol quanto europeu, começou a passar por fortes reveses ainda na década de 1980, com diminuição de filiações, crises financeiras e início de um movimento de descentralização das negociações coletivas, frente à adaptação à competitividade trazida pela globalização e, de acordo também, com a expansão dos pressupostos neoliberais. A descentralização das negociações coletivas começa a ser observada já em meados de 1990, quando mais de um milhão de trabalhadores encontravam-se submetidos a convênios coletivos de empresa, em detrimento dos setoriais ou em nível de comunidades autônomas, tido como os convênios com maior proteção e condições mais favoráveis aos trabalhadores (PASTORE, 1995, p. 24).

Já no atual momento histórico, de crise do capitalismo e adoção da flexibilização, as recentes reformas trabalhistas vieram, no compasso neoliberal, a trazer as mudanças mais profundas ao Direito Coletivo espanhol. Fazem isto ao alterar substancialmente a estrutura da negociação coletiva: regras sobre os conteúdos dos convênios, suas vigências e hipóteses de sua desvinculação com medidas orientadas a tornar a empresa como principal unidade de negociação.

As modificações iniciaram ainda 1994 e, com mais austeridade, em 2011, quando já se instauraram medidas para facilitar a adaptabilidade das condições laborais às circunstâncias de produção. A reforma de 2012 veio, posteriormente, a ampliar, com mais severidade, medidas de descoletivização das relações de trabalho em face do fortalecimento da autonomia empresarial para regulação da relação laboral (VELARDIEZ, 2013).

A reforma de 2012 surgiu como uma grande demanda dos detentores dos meios de produção espanhol, e foi instituída por meio do Decreto legislativo - Lei 3 de 6 de julho de 2012, denominada “medidas urgentes para a reforma do mercado de trabalho com objetivo da flexisegurança”, sem nenhum diálogo com as organizações sociais e o parlamento. O próprio texto da norma a descreve como “medidas orientadas à flexibilidade” alinhada com os pressupostos do neoliberalismo e do não-intervencionismo.

Impôs-se, dado seu processo legislativo por decreto, uma reforma abrangente do modelo legal de negociação coletiva, alterando significativamente os elementos centrais do sistema, tais como a estrutura de negociação, a legitimidade para concordar, o conteúdo, a validade e a ultra atividade. Isto reflete em questionáveis adaptabilidades aos princípios constitucionais já citados.

Em conteúdo, a reforma veio alterar a regulação dos convênios coletivos por meio da modificação das previsões do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, em seus dispositivos: título II “de los derechos de representación colectiva y de reunión” e título III do referido dispositivo “de la negociación y de los convenios colectivos.” (BOE; ESPANHA, 2012).

Em uma primeira medida, a lei passa a fomentar o acordo de empresa como prioritário dentre os tipos de convênios coletivos acolhidos pelo Direito Sindical Espanhol. Isto porque, por meio da modificação do Artigo 84 do Estatuto, supõe-se que a regulação das condições estabelecidas em um convênio de empresa, ou para um grupo de empresas, ou ainda uma pluralidade de empresas vinculadas por razões organizativas ou produtivas e nominalmente identificadas em seu âmbito de aplicação, têm prioridade aplicativa a respeito dos convênios de âmbito superior, sejam eles setoriais, estatais, autonômicos ou de âmbito inferior, no que pese diversas matérias (BOE; ESPANHA, 2012).

Assim, em matéria da extensão e aplicação dos convênios, a nova lei atingiu a estrutura da negociação coletiva de imediato, porque propôs uma prioridade aplicativa dos convênios coletivos de empresa, frente aos convênios setoriais e demais tipos. Até então, o Estatuto dos Trabalhadores propunha o princípio da não concorrência entre os convênios, e que, em caso de sua ocorrência, quando por convênios de âmbitos diversos, aplicavam-se os convênios mais antigos. Com a reforma, uma vez celebrado um convênio de empresa, implica que a partes se afastem de convênios setoriais, ou de âmbitos superiores, independentemente se são convênios mais antigos ou mais benéficos. Permitiu-se assim, negociarem-se condições de trabalho in pejus frente às condições negociadas em âmbitos distintos (GUANTES, 2012).

Além disso, quanto ao conteúdo dos convênios, a reforma veio ampliar as matérias de competência dos convênios de empresa. Permite-se que esses convênios versem sobre matérias nucleares dos contratos, definidas como cláusulas normativas, aquelas que regulamentam diretamente as condições de trabalho. A exemplo, permite-se que versem sobre valores do salário base, complementos salariais, horas extras, horário de distribuição do tempo de trabalho e o regime de turnos e planejamento anual das férias e diversas outras cláusulas normativas.

Até então, antes da reforma, salvo pactuação em contrário, um convênio coletivo em nível de empresa não poderia reduzir nem afetar um convênio coletivo de âmbito distinto vigente. Isto porque, são tidos como de menor importância e negociados com quantidades muito pequenas de trabalhadores. Ademais, existiam diversas restrições quanto a matérias que poderiam ser negociadas (VELARDIEZ, 2012).

Das novas disposições, evidencia-se assim uma tentativa da reforma para conduzir a negociação coletiva ao caminho da descoletivização, reduzindo-a ao nível de empresa, convertendo-a como núcleo central das negociações.

Quando observados os dados, verifica-se que a maior parte dos empregadores espanhóis são microempresas, e que nem se quer contam com representantes dos trabalhadores. Em dados apresentados em 2018, as microempresas representavam 39,9% daquelas inscritas nos órgãos oficiais espanhóis, frente a apenas 0,2% daquelas tidas como grandes, com mais de 250

trabalhadores (ESPANHA, 2018). Disposições tendem a atomização da negociação coletiva que se transmuda para o centro decisório do conteúdo negocial do setor e empresa. Trata-se de coroar a importância crescente da empresa como fator que determina o nível de propriedade econômica, em que o nível das negociações coletivas tende a descer até o nível mais baixo de negociação, não raro, até os níveis de lugar de trabalho. E pela atomização, com o enfraquecimento dos esforços e reivindicações coletivas, os acordos de empresa propiciam a flexibilização e a precarização das condições de trabalho, estabelecendo medidas in pejus aos trabalhadores (PEREIRO; AROCHENA, p. 68, 2013).

Para além das modificações da prioridade aplicativa dos convênios de empresa, a reforma propôs também um restrição à ultratividade, ao alterar, drasticamente, o Artigo 86.3 do Estatuto dos Trabalhadores. O modelo espanhol de proteção à vigência dos convênios, denominado “ultratividade dos convênios”, permitia que não existisse tempo de lacunas na aplicação dos convênios. Em situações em que não se negociava um novo acordo coletivo após a denúncia (indicação de uma das partes a uma nova negociação), prorrogava-se o prazo até dois anos, de forma automática – uma proteção aos grupos de trabalhadores amparados pelo convênio, para que não tivessem retrocessos de direitos quando terminado o prazo conveniado (BOE; ESPANHA, 2012).

A partir da reforma, os convênios passaram a ter prazo máximo de dois anos; caso não sejam renegociados, decaem e utiliza-se a regulamentação de convênio superior e, em caso de não existir, aplicam-se as condições mínimas legais do Estatuto dos Trabalhadores. Limita-se ainda mais a extensão dos convênios coletivos não vencidos e não renegociados, o que põe fim a ultratividade dos contratos. Então, se havia direitos complementares, estabelecidos no convênio, após 2 anos, estes encerram junto com o acordo pactuado. Situação que afeta diretamente alguns setores menos privilegiados, onde, do dia para a noite, trabalhadores acabaram por ter condições de trabalho reduzidas ao mínimo legal, inclusive com alterações de salários e carga-horária – medidas mais que explícitas de flexibilização e redução do custo da força de trabalho. Isto porque, como exposto, a renovação dos convênios coletivos passou a ter um prazo máximo de dois anos e estabeleceu-se que as partes devem, obrigatoriamente, negociar um novo convênio em um prazo máximo – situação que se não realizada, o convênio

vigente passa a ser o de âmbito superior, e inexistindo, permite que se apliquem as previsões mínimas legais.

Como terceira e grande medida, a reforma trouxe também a ampliação das possibilidades de desvinculação, ou seja, de descumprimento dos acordos coletivos, permitindo que, em diversas situações, os empregadores desvinculem-se do convênio ao qual estavam sujeitos. Disto, chama-se o “descualgue”, o desligamento do convênio denominado “causas e procedimentos para inaplicação dos convênios vigentes na empresa”, entendida como a possibilidade da desvinculação de um convênio coletivo vigente. Esta previsão permite ao empregador deixar de aplicar questões contratuais pactuadas nos convênios coletivos, uma exceção ao princípio da força vinculante dos convênios coletivos previsto no artigo 37.1 da Constituição espanhola.

Esta medida de adaptabilidade e desvinculação das regras pactuadas por convênios já era bastante permissiva, mas a partir da reforma de 2012 foi ampliada para regulações essenciais da relação de trabalho e elementos chaves da relação trabalhista, como jornada de trabalho, horário e distribuição do centro de trabalho, regime de trabalho e turnos, sistema de rendimento e diversas outras proteções. Assim, é possibilitado que o empregador se desvincule do convênio ao qual estava vinculado, ao alegar determinadas circunstâncias econômicas facilmente alagáveis: causas técnicas, organizativas, de produção ou econômicas – quando passe por uma situação econômica negativa com perdas em três trimestres consecutivos, por exemplo (BOE; ESPANHA, 2012).

Observa-se assim que a reforma veio a conduzir diversos mecanismos jurídicos de adaptabilidade das fontes de sustento do Direito Coletivo, de forma orientada à flexibilidade das relações de trabalho, com objetivos de diminuição de custos de mão de obra. Medidas estas que foram combinadas também com as matérias de direito individual, em que a reforma instituiu diversas mudanças: facilitação da rescisão contratual e a demissão coletiva, criação de contratos menos vantajosos e atípicos, facilitação à mobilidade geográfica e diversos outros mecanismos de empoderamento dos empregadores em matéria de gestão de recursos humanos.



## 5 CONSIDERAÇÕES

A reforma trabalhista de 2012 impôs uma alteração abrangente do modelo legal de negociação coletiva espanhol centrado-se em três principais temas: a extensão da possibilidade de desvincular-se de um convênio, a intensificação da prioridade aplicativa dos convênios de empresas e mudanças quanto à ultratividade. Além disso, trouxe novas previsões que alteraram significativamente os elementos centrais do sistema de proteção ao Direito Coletivo, tais como a estrutura de negociação, a legitimidade para concordar, o conteúdo, a validade e a ultratividade, afora a primazia parcial do acordo de empresa sobre o setor. Essas mudanças geraram também o fenômeno da “atomização da negociação coletiva”, visto que, descentralizando a negociação para a empresa, o poder de negociação vai descendo até o nível da empresa ou lugar de trabalho (PEREIRO; AROCHENA, 2013, p. 31).

Em um modelo constitucional de proteção, é impossível imaginar a pretensão de converter a negociação coletiva em um instrumento predominantemente a serviço dos centros de trabalho e das empresas e de suas necessidades de flexibilidade, produtividade e adaptação a condições. Feito isto, a negociação coletiva deixa de ser reconhecida como um conteúdo essencial, proveniente de movimentos coletivos e de um direito constitucionalmente protegido, da liberdade sindical. Tais medidas minam as funções inerentes ao Direito Coletivo e põem em risco o marco do Estado Social de Direito.

Ademais, é observável que a reforma laboral de 2012 no que tange às alterações em matéria do Direito Coletivo, configura-se como um derradeiro ajuste do Direito do Trabalho às crises econômicas e uma demonstrável violação das previsões constitucionais, visto que afeta a tutela jurídica efetiva ao direito à negociação coletiva, a liberdade sindical, o direito à igualdade, assim como fere diversos compromissos internacionais assumidos pelo Estado espanhol e tratados internacionais sobre a matéria, como a própria convenção nº 8 da OIT que balizou a instituição de um sistema democrático de representação sindical.

O caso espanhol evidencia o desmonte do Direito do Trabalho e o recrudescimento de uma política que o coloca em reiteradas crises. Não obstante,

passados oito anos desde que se aprovou a reforma laboral espanhola, o cenário social espanhol segue avassalador. Dados demonstram que, apesar da melhoria na situação de desemprego, a reforma ocasionou a debilidade dos salários e o aumento da pobreza e da desigualdade, que os espanhóis vêm denominando “los mileuristas”, que apesar de mais qualificados e preparados, possuem uma média salarial, em sua maioria, que não alcança os \$1.230 euros. Ademais, a média salarial espanhola sofreu, após a reforma, uma redução de até 28%. Além disto, quando observada a situação de marginalidade social, até o ano de 2017, observa-se um aumento de 13% do número de pessoas em risco de pobreza (ESPANHA, 2018).

Some-se a isso que a reforma laboral levada a cabo na Espanha e que serviu de inspiração para as reformas econômicas brasileiras de 2017, incluída nossa reforma trabalhista, demonstra baixa compatibilidade com as previsões estabelecidas nos acordos internacionais e agendas globais em matéria de proteção e ampliação de direitos trabalhistas, como a Agenda 2030, signatários tanto Espanha quanto Brasil.

Por fim, quando analisados os efeitos sociais e políticos destas medidas, nota-se um recrudescimento da marginalização social e concentração de riquezas, visto que, essas reformas alinhadas ao discurso do liberalismo econômico, permitiram a retomada do crescimento e a amenização dos efeitos das crises para grupos hegemônicos às custas de políticas de flexibilidade.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Inmaculada Marín. El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la empresa en España. *Rev. Latinoam. Derecho soc*, n. 23, p. 57-88, 2016. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46702016000200057#aff01](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702016000200057#aff01). Acesso em: 20 abr. 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BENITES FILHO, Flávio Antonello. *Direito Sindical Espanhol - a transição do Franquismo à Democracia*. São Paulo: LTr, 1997.

DAL ROSSO, Sadi. *O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e teoria do valor*. São Paulo: Boitempo, 2017.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2017.

ESPAÑA. *Datos proporcionados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEySS) sobre las empresas inscritas en la Seguridad Social*. Madrid, 2018. Disponível em: <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2018.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

ESPAÑA. Instituto Nacional de Estadística. *Umbral de pobreza*. Madrid, 2017. Disponível em: [http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259925455948&p=1254735110672&pagenome=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888](http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925455948&p=1254735110672&pagenome=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888). Acesso em: 20 abr. 2019.

ESPAÑA. *Medidas Urgentes Para La Reforma del Mercado Laboral*. Madrid. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/07/06/3/con>. Acesso em: 2 abr. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 13*, de 5 de febrero de 2015. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/243>. Acesso em: 24 abr. 2019.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. 2008. 253 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

GUANTER, Salvador del Rey. *La estructura de la negociación colectiva*:

El papel del convenio de empresa. In: *Colectivos, Comisión Consultiva Nacional de Convenios. La Reforma Laboral de 2012: XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. 132. ed. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2012. cap. 3, p. 47-65.

HEINEN, Luana Renostro. *Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela análise econômica do direito*. 2016. 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/168283/339457.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 abr. 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

OLIVEIRA, Fernando Alves. *O sindicalismo brasileiro clama por socorro*. São Paulo: LTr, 2001.

PASTORE, José. *A Flexibilização do Mercado de Trabalho e Contratação Coletiva*. São Paulo: LTr, 2001.

PEREIRO, Jaime Cabeza; AROCHENA, José Fernando. *Derecho Del Trabajo Y Crisis Económica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2013.

VELARDIEZ, Miguel Torrejón. El objetivo de la flexiseguridad en la Reforma Laboral Española de 2012. *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, Valencia, v. 1, n. 29, p. 17-38, jul. 2013.

# ATUAÇÃO SINDICAL APÓS A REFORMA TRABALHISTA, UMA VISÃO NOS ASPECTOS DA COLONIALIDADE DO PODER

Kauana Vailon<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo se propõe a apresentar reflexões sobre a organização sindical, seus objetivos e finalidades enquanto representantes de uma categoria de trabalhadores e trabalhadoras, após a facultatividade da contribuição sindical. Com a permanência de positivos que asseguram a liberdade de organização, liberdade e unicidade sindical, podemos atribuir a reforma como reprodução de um padrão colonial, a qual o Estado usa da colonialidade do Poder para gerenciar as relações trabalhistas e obscuramente enfraquecer os sindicatos, exemplo disso é a possibilidade de criação de comissão de representantes dos trabalhadores como modo de enfraquecimento da atuação sindical. O objetivo deste artigo é apresentar os conceitos elaborados pelo cientista social Aníbal Quijano a respeito da colonialidade do poder, com outros pesquisadores do grupo Modernidade/Colonialidade, enriquecendo a percepção sobre os eixos que sustentam as relações de poder contemporâneas que afetam diretamente a reforma trabalhista, trazendo reflexões sobre a atuação sindical, com foco na exploração e dominação das categorias subalternizadas pela elite brasileira e a importância de uma representação sindical forte. A metodologia usada será análise bibliográfica dos conceitos relacionados a colonialidade do poder e organização sindical, liberdade e unicidade, bem como exemplificar algumas ocorrências legislativas referentes à atuação sindical após a reforma trabalhista que comprovam a vinculação da matéria com os conceitos de colonialidade do poder.

**Palavras-chave:** Reforma trabalhista. Colonialidade do Poder. Trabalhadores.

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público e Direito Eleitoral pela Faculdade Damásio; Mestranda em Direitos Fundamentais Sociais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada e Membro da Comissão Estadual de Direito Sindical da OAB/SC; vailonkauana@gmail.com

# 1 INTRODUÇÃO

É impossível analisar sob uma visão decolonial os fatores que envolvem nosso atual modelo trabalhista sem primeiramente promover uma crítica a teoria eurocêntrica em relação ao trabalho, baseando-se em uma reconstrução na tradição não-europeia de ver o mundo e principalmente buscar a promoção de um diálogo entre nossas tradições. A partir desse pressuposto podemos pensar em uma abordagem do pensamento decolonial para compreender as relações de poder e de trabalho em nosso país.

As formulações trazidas em torno do conceito de colonialidade de poder, definida através das influências europeias, que além de deter o controle do mercado mundial, impõe um domínio colonial sobre todas as regiões e populações do planeta, são peças chaves para iniciar um breve discussão sobre nossas atuais relações de trabalho, reforma trabalhista e principalmente a importância do movimento sindical (QUIJANO, 2005).

A distribuição do Poder ao longo dos anos, é permeada por processos de longa duração, centrados em uma área de exploração e dominação, em torno do controle de trabalho. No horizonte espaço-temporal, presenciado pelo mundo capitalista eurocentrado e colonial, o controle do trabalho é um fator supremo para o controle do poder, pois a mão de obra é necessária para aumentar a riqueza e capital da burguesia.

Em toda a história do trabalho, verificamos fatores voltados para o capitalismo, embora seja necessário reconhecer a coexistência nesse espaço de tempo os avanços aos direitos coletivos, como da escravidão ao trabalho assalariado, da pequena produção de mercadoria ou serviços a organizações mais igualitárias e trabalho.

Ocorre que essa organização tem por pressuposto também uma divisão internacional do trabalho, entre centros e periferias, onde o trabalho periférico é organizado estruturalmente pela raça negras ou mestiças e no centro dominante pela raça branca, podendo classificar essa divisão em macro divisões, pois ainda há desigualdade entre homens e mulheres, LGBTQTS, dentre outras formas de

discriminações presentes hoje nas relações de trabalho, o direito das minorias dentro das minorias.

Segundo o próprio Quijano (2005), os indivíduos são classificados segundo três linhas diferentes: trabalho, raça e gênero. Essa articulação que se estrutura em dois eixos, em questão racial, no controle da produção de recursos de sobrevivência social e no controle de reprodução biológica da espécie.

A crítica à colonialidade/modernidade é o que permite agora, fazer uma reconceitualização dentro do nosso mundo do trabalho, em que certas divisões antes tidas por não capitalistas deixavam de ser objeto de análise de teorias econômicas sociológicas eurocêntricas para passarem a ser consideradas componentes do lutas decoloniais voltadas a uma tradição não- europeia de trabalho e consumo.

Em meio a todas as tensões de decolonialidade presenciadas no mundo do trabalho, resultaram em várias Convenções da OIT, relacionadas ao direito fundamental do trabalho, dentre elas a liberdade de organização e Ação Coletiva dos Trabalhadores, pois todas as perspectivas alcançadas até hoje pela classe trabalhadora são resultantes de uma organização de trabalhadores através do movimento sindical, que até o momento vinha ganhando força e se estruturando, trazendo mais igualdade nas relações de trabalho entre empregador e trabalhador, diminuindo os preconceitos e separações de raça e sexo.

Após a reforma trabalhista, com a presença da facultatividade da contribuição sindical e a disseminação do ódio aos sindicatos, os movimentos sindicais passaram a perder sua força, prova para tanto é a possibilidade da criação de comissão de representantes no local de trabalho, como modo de enfraquecimento da atuação sindical e a facultatividade da contribuição sindical. Essa é a principal reflexão a ser desenvolvida no decorrer do texto, a presença do colonialismo nas relações de trabalho e a luta decolonial do movimento sindical em prol da liberdade de opiniões em sua essência.

A metodologia usada será análise bibliográfica dos conceitos relacionados a colonialidade do poder e organização sindical, liberdade sindical, bem como exemplificar algumas ocorrências legislativas referentes à atuação sindical após a reforma trabalhista que comprovam a vinculação da matéria com os conceitos de colonialidade do poder, iniciando com um breve histórico

do direito sindical brasileiro, sua formação nos moldes da colonilidade e o atual contexto sindical.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO MOVIMENTO SINDICAL BRASILEIRO

Inicialmente podemos definir sindicato, como uma organização dos trabalhadores para defesa de direitos e interesses, principalmente para a ascensão social de uma determinada categoria econômica. Sindicato é uma unidade de trabalhadores, o que se mostrou indispensável para o enfrentamento daqueles que, sozinhos, eram hostilizados por serem pobres e fracos, tornando-se fortes quando juntos formaram a coletividade, com essa trajetória de luta e união surgiu naturalmente, como fato social e principalmente o reconhecimento do estado perante o sindicato (AROUCA, 2018).

O sindicato no Brasil nasce com o modelo corporativo, de Sindicato único e vinculado ao controle do Estado, quais necessitam do reconhecimento e aprovação para suas atuações, com inspiração na italiana carta del Lavoro, modelo este que até hoje não conseguiu abandonar-se por completo. O pacto internacional dos direitos econômicos sociais e culturais ratificado pelo Brasil com o decreto 591/1992 contempla especificamente a liberdade sindical integrando ordenamento pátrio com status de norma constitucional: o direito do Sindicato de exercer livremente suas atividades em quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que seja necessário em uma sociedade democrática nos interesses da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas (LIMA; D'AMBROSO, 2018).

Podemos verificar que o Sindicato é (e foi), peça fundamental na luta social dos trabalhadores e trabalhadoras. Possuem uma história que reproduz ascensão social das categorias subalternizadas, buscando novos direitos e a constante efetivação daqueles já alcançados. A presença da atuação sindical significa maior igualdade de gênero, raça e sexo, dentro do mundo do trabalho.

Os sindicatos também atuam como órgãos de colaboração do governo, o próprio art. 514 da CLT, prescreve como dever sindical a colaboração com os



poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social, caracterizando assim seu papel assistencial para a categoria.

Os sindicatos foram formados através do agrupamento de trabalhadores e trabalhadoras em profissões idênticas, similares e conexas, porém como toda e qualquer atividade passou a propagar suas ideologias de caráter social, historicamente no Brasil a massa trabalhadora sofre opressão, iniciando com os índios que eram donos de mais de 8 milhões de metros quadrados de terra e tinham suas culturas e costumes próprios, cultura essas desconhecidas pelo branco invasor, colonizador, nessas terras havia organização, através de tribos em distintas aldeias e grupos locais, a invasão do Branco passou a disseminar uma cultura homogênea distanciando da essência original da cultura indígena (AROUCA, 2018).

A presença do movimento sindical é direito fundamental, de ordem social para a garantia e cumprimento dos direitos e deveres fundamentais relacionados ao ambiente de trabalho, jornada de trabalho e outros fatores influenciadores do bem-estar do trabalhador.

O sindicato possui uma função pública de natureza do Social, perante a categoria representada, é necessário conceder a esse sujeito condições para exercer sua função, por isso necessitam de uma fonte de custeio adequada e digna que garanta uma estrutura mínima para a realização dos elevados deveres previstos na Constituição e na legislação brasileira, concretizando sua forma de assistencialismo e representação.

A contribuição sindical na sua forma compulsória era uma fonte de custeio necessária e primordial para o exercício da função pública dos sindicatos, pois essa organização sempre trabalhou duro para travar uma luta decolonial em prol dos direitos fundamentais do trabalho, realizando manifestações, distribuição de materiais explicativos, capacitação dos seus dirigentes e realizando seu trabalho social para os trabalhadores.

A primeira revolução industrial se deu devido a questão social da época como, os baixos salários, as longas jornadas de trabalho e então a concentração industrial provocada pelo avanço tecnológico aproximaram os trabalhadores que se uniram e reagiram, primeiro as reuniões e colisões ocasionais depois a organizações duradouras e propostas bem definidas. É

assim que começa a história que registra a extraordinária repressão do Estado contra a organização da classe oprimida, os sindicatos e a resistência contra o colonialismo (AROUCA, 2018).

Nosso sistema sindical, baseado no direito corporativo tinha como qual o principal não os trabalhadores, mas o estado, em 1937 através do regime implantado com o estado novo somente os sindicatos regularmente reconhecidos pelo Estado teriam direito de representação legal dos que participaram da categoria de produção para que foi constituído, esse padrão colonial, ligado ao eurocentrismo, vem sendo constantemente debatido pelos dirigentes sindicais que representam efetivamente a categoria e que principalmente buscam por adaptações e transformações visando um padrão subjetivamente brasileiro, que encaixe conforme e a vivência e modelo dos nossos trabalhadores (AROUCA, 2018).

### 3 ATUAÇÃO SINDICAL CONTEMPORÂNEA E O PADRÃO COLONIAL

A configuração dessas situações percorridas até agora e as referidas transformações as relações de trabalho afetaram os sindicatos. Essas entidades enfrentaram uma crise e se depararam com novos desafios na busca da superação das dificuldades para organizar suas bases. Importante pontuar que é indicador da crise pela qual passa o sindicalismo a redução do poder político dos Trabalhadores (denominada de descoletivização) e uma evidência disso é a redução da taxa de sindicalização que ocorre em todo o mundo, inclusive no Brasil (KALIL, 2017).

Não é por acaso que se recorreu à representação legal para justificar a representação sindical no contexto do corporativismo, no qual os sindicatos eram controlados pelo Estado e deveriam cumprir a política ditada por esse no âmbito pessoal (categoria) e geográfico (base territorial) em que atuavam, tornando-se representantes automáticos de uma determinada categoria em determinado lugar.

Diante das observações acima transcritas, devemos concluir que no Brasil, apesar do retorno à ordem democrática promovido pela Constituição de 1988, ainda não há plena democracia na esfera das relações sindicais, uma vez

que disposição constitucional fixa os critérios para a organização de sindicatos e determina que a representação sindical seja conferida a apenas uma entidade (art. 8º, II, CF/88). Continua, portanto, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro a noção de representação legal implantada nos anos 30 no Governo Getúlio Vargas (RIBEIRO, 2006).

A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Sustenta-se na imposição de uma classificação da população, voltada para sua cor, sexo ou gênero, no mundo do trabalho, como uma flecha voltada a um padrão de poder, como única forma de existência social (QUIJANO, 2009).

No curso da evolução dessas características do poder atual, foram se configurando novas identidades sociais advindas da colonialidade, as relações intersubjetivas correspondentes, nas quais se foram fundindo as experiências do colonialismo e da colonialidade com as necessidades do capitalismo, foram-se configurando como um novo universo de relações intersubjetivas de dominação sob hegemonia eurocentrada. Esse contexto é o classificado como a modernidade, a exploração de trabalhadores, quando voltado para uma determinada classe, é fruto do colonialismo imposto pela própria modernidade (QUIJANO, 2009).

Os sindicatos passaram por uma forte repressão durante o início da sua jornada enquanto representante de trabalhadores e trabalhadoras. A luta pela igualdade de gênero dentro dos postos de trabalho, diminuição do preconceito contra etnias não brancas, igualdade salarial entre homens e mulheres, são pautas que ainda existem e precisam ser exterminadas, o sindicato tem papel fundamental em detrimento dessas minorias pois, durante toda a história lutaram por uma vida laboral mais justa e digna.

Segundo Quijano (2009), “em cada um dos meios da existência social cujo controle é disputado por indivíduos, visando vitórias e esquivando-se das derrotas se formam as relações de exploração/dominação/conflito que constituem o poder, os elementos componentes são sempre historicamente heterogêneos.” “Assim, no capitalismo mundial o trabalho existe actualmente, como há 500 anos, em todas e cada uma das suas formas historicamente conhecidas”, vivencia-se a presença da união dos trabalhadores, em troca de mão de obra por um salário digno, lutando contra a escravidão, servidão, valorizando a pequena

produção mercantil, “mas todas elas estão ao serviço do capital, articulando-se em torno da sua forma salarial.” Mas do mesmo modo, em qualquer dos outros meios, a autoridade, o sexo, a subjetividade, estão presentes todas as formas historicamente conhecidas sob a primazia geral das suas formas chamadas modernas: o ‘Estado-nação’, a ‘família burguesa’, a ‘racionalidade moderna’ (QUIJANO, 2009).

Essas concepções fornecidas por essas correntes de pensamento colonial, em uma visão do desenvolvimento do sindicalismo não determina a condição do referido movimento sindical em si, porém serve para identificar as tendências históricas do país e seus futuros rumos. O sindicalismo em uma visão colonial transfere uma simples problemática das relações coletivas de trabalho, para uma ligação com campo sociológico e político, variando sua definição e razão da complexidade de suas atribuições na vida da categoria representada.

Presenciamos três eixos centrais quais ordenam as relações de trabalho, raça e gênero, sendo eles a exploração, dominação e conflito. Das três instâncias, é o trabalho, ou seja, a exploração, o que se coloca como o meio central e permanente, pois o trabalho gira o mundo, os negócios, a necessidade de ter um trabalho tem grande importância na vida da sociedade.

Enquanto a relação de exploração/dominação entre capital-trabalho é contínua, o mesmo tipo de relação homem-mulher não acontece em todos os casos, nem em todas as circunstâncias pois, as relações envolvendo homens e mulheres dentro do ambiente de trabalho, ainda passam por discussões, o machismo e o pensamento patriarcal europeu são dominantes e contínuos quando falasse em igualdade de gênero.

Os trabalhadores através do movimento sindical, buscam o reconhecimento de seus direitos fundamentais sociais, desde a ascensão das categorias em situação de miséria para uma classe mais favorecida, interferem radicalmente no desenvolvimento do capitalismo em todo o país, a monopolização da colonialidade do poder passa a ser cada vez menor.

Em relação entre ‘raças’ se trata de dominação, da mesma maneira, a classificação social como um processo que necessariamente, precisa ser superado, nesse sentido estabelece um papel fundamental do Sindicato na luta decolonial desses conceitos e situações coloniais impostas. A imposição de frentes para

inserir a igualdade nas relações de dominação exploração e principalmente a fiscalização nas medidas que visam garantir a efetivação dos direitos das minorias (QUIJANO, 2009).

Os princípios coletivos podem ser classificados em três grandes grupos, o direito de fazer parte de uma categoria de trabalhadores, a liberdade associativa, qual desdobra-se em: Liberdade de associação sindical, liberdade sindical e a lealdade e transparência nas negociações coletivas (AROUCA, 2018), essa última, vincula o conceito de decolonialidade e colonialidade constantes no texto pois, o sindicato e necessariamente precisa realizar suas negociações, visando ampliar os direitos coletivos da categoria e por menor, mantê-los, e mantê-los diante das inovações legislativas trabalhista está sendo uma barreira altíssima, uma vez sem contribuição compulsória luta-se primeiramente pela existência do sindicalismo.

O universo mundial do trabalho e dos trabalhadores e trabalhadoras do capital foram feitos em sentidos diversos e heterogêneos. Consequentemente, as 'classes sociais' entre a população do mundo não só não se reduziram ao lugar dos indivíduos no controle do trabalho e dos seus produtos, como também, nesse meio restrito, ficaram ordenadas em função da base principal da colonialidade do poder (QUIJANO, 2009).

Nas convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT, podemos atribuir um caráter colonial pois, reproduzem um padrão Colonial, em relação ao capital, salário e trabalho como a única existente e diz respeito a principalmente na relação em reconhecer alguns tipos de trabalho, ignorando fatores estruturantes que envolvem, raça e gênero bem como são identificados por não terem superado problemas como a escravidão na contemporaneidade e a desigualdade salarial e jornada de trabalho entre homens e mulheres.

A reforma trabalhista demonstra um avanço mais acelerado do padrão neoliberal de como de acumulação capitalista facilita a ampliação na reprodução de relações de trabalhos, com empregos juridicamente desprotegidos. Os meios coercitivos e autoritários impostos na reforma trabalhista fortalecem a superexploração do Trabalho indignos.

Um dos motivos que levou a essa brutal tomada de direitos fundamentais relacionados ao trabalho, foi a frágil desculpa que com a reforma na legislação trabalhista, haveria a diminuição do desemprego e consequente crescimento do

país, ocorre que o objetivo da reforma nas suas entrelinhas é a flexibilização das normas, propiciar que o trabalhador e o empregado possam ajustar diretamente suas questões contratuais, desta feita, ocorre o empoderamento do trabalhador, de forma a não mais considerá-lo parte hipossuficiente na relação jurídica (CAMPOS, 2017).

Consideramos que a descolonização dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais relacionados ao trabalho é uma tarefa urgente e ampla ela precisa dar vez e voz aos sujeitos que no mundo todo e cotidianamente constroem sua realidade e suas relações por meio de seu trabalho realizado sob diversas formas, desprotegidos do movimento sindical, que vem sendo enfraquecido, principalmente com a compulsoriedade da sua maior fonte de custeio, a contribuição sindical.

## 4 CONCLUSÃO

Podemos concluir que as formas tradicionais de trabalho sobre as quais moldou-se a representação sindical no Brasil estão em crise, pelo fato de surgirem novas profissões e novos meios de trabalho, o que somado à reforma trabalhista, coloca a necessidade de uma reinvenção dos sindicatos, na sua gestão e formação, o até então padrão colonial, passou a ser desmoldado com o surgimento dos movimentos sindicais e das melhorias no ambiente de trabalho, porém após a reforma, a facultatividade da contribuição sindical o conseqüente enfraquecimento do movimento sindical, atribuiu-se novamente uma visão colonial.

As barreiras entre trabalhadoras e trabalhadores e o sindicato parecem derivar não só da ausência de previsão legal para sua representação, mas em especial da falta de representatividade dos sindicatos, ainda ligados a práticas de filiação e mobilização coletiva que não atingem as novas formas de trabalho e organização. Não pensou-se ainda em um modo de trabalho sindical nos padrões da reforma, sem um custeio sindical obrigatório, que possa continuar inovando a vida laboral da classe trabalhadora, sem afetar em retrocessos nas negociações coletivas.

A criação do sindicato corretamente fundado, está baseado nos princípios universais, voltado aos valores a serem preservado pela democracia,

a associação e pela manifestação da vontade em organizar o sindicato e cumprir com os termos de uma assembleia, permite a aquisição de personalidade jurídica e capacidade de participar dos respectivos atos de sua categoria, através do registro que habilita seu funcionamento.

A reforma trabalhista, reforçou a ausência de liberdade administrativa dos sindicatos, pois as formas de organização sindical estão ligadas às normas ditadas pelo Estado. Quando há permissão para cobrança de contribuições o sindicato tem custeio e consegue efetivar sua função de representação e assistência a categoria, lutando em prol da decolonialidade nas relações trabalhistas. Por outro norte surgem normas que impossibilitam as cobranças, diminuindo o custeio e orçamento sindical, vivendo um pleno retrocesso social, sem forças, fundamenta-se assim às relações norteadas pelo colonialismo.

Acredita-se que as únicas limitações que deveriam existir à liberdade de administração perante princípio da Liberdade sindical, deveriam vincular a sua extensão e limitada em prol da legalidade, moralidade e intimidade dos atos administrativos, pois os sindicatos seriam auxiliares do Estado na preservação dos direitos coletivos.

É necessário criar opções para efetivar a representatividade sindical no atual mundo do trabalho, alcançando todas as classes trabalhadoras, em todas as categorias, sejam “categorizadas” ou não, buscando efetivar os direitos trabalhistas, em face ao não retrocesso social- leia colonialidade- e continuar a luta decolonial enfrentada pelo movimento sindical, com o olhar voltado às possibilidades de reinvenção dos sindicatos para organização coletiva frente aos ataques que os direitos trabalhistas vem sofrendo.

Os sindicatos participam ativamente, representando os trabalhadores nas negociações coletivas e isso tem ligações diretas com suas vidas sociais, econômica e política, direito ou indiretamente como uma realidade sociológica, normativas que visem demonstrar a colonialidade de poder e saber, devem ser enfrentadas e debatidas, porém sem união, em uma conjuntura na qual o movimento sindical é o único que pode enfrentar essas situações, voltaremos a expor os trabalhadores em longas jornadas de trabalho, com baixos salários e ambientes de trabalho indignos, luta decolonial, é o papel contemporâneo dos sindicatos.

## REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. *Curso Básico de direito Sindical: da CLT a reforma trabalhista de 2017* (Lei n. 13467). 6. ed. São Paulo: LTr, 2018.

CAMPOS, André *et al.* Instituições trabalhistas e produtividade do trabalho: uma análise do caso brasileiro. In: *Desafios da nação*. 2017. Mimeo.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *Sindicato mais representativo e mutação constitucional: uma proposta de releitura do art. 8, II da Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2007.

KALIL, Renan. *As possibilidades jurídicas de organização e atuação coletiva dos trabalhadores*.

QUIJANO, Anibal. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. In: CLACSO, CONSEJO LATINOAMERICANO DE CIENCIAS SOCIALES, 2005, Buenos Aires. *Anais [...]*. Buenos Aires, 2005.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura; MENESES, Maria Pualo (org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

RIBEIRO, Walkiire Lopes da Silva. Representação e representatividade no contexto da liberdade sindical. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 259-280, jan./dez. 2006.



# ISONOMIA SALARIAL NA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Vantoir Alberti<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o direito à isonomia salarial é um direito humano fundamental e apontar os fundamentos jurídicos para assegurar a isonomia salarial aos empregados terceirizados internos com os empregados diretos da tomadora dos serviços. O método de trabalho é o dedutivo, partindo-se de argumentos gerais para particulares, fundamentado em pesquisa bibliográfica, especialmente em artigos científicos publicados em periódicos, livros, anais de congressos e pesquisa documental, a qual inclui a análise do ordenamento jurídico brasileiro e de jurisprudência. A pesquisa demonstra que existem dois fundamentos jurídicos que podem ser adotados para garantir a isonomia salarial dos empregados terceirizados, a saber: através da equiparação salarial prevista no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho ou mediante o reconhecimento dos mesmos direitos trabalhistas previstos aos empregados da categoria econômica da tomadora dos serviços, sem nenhuma distinção, por aplicação analógica do artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974, sendo que este fundamento se apresenta como mais razoável e lógico.

**Palavras-chave:** Direito humano fundamental. Isonomia salarial. Terceirização.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

A terceirização das atividades empresariais é o meio pelo qual o empregador contrata um terceiro para prestar serviços ou produzir bens

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestrando em Direitos Fundamentais Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado.

<sup>2</sup> O capítulo 3 do presente artigo foi complementado e atualizado do artigo apresentado no XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI, realizado em Goiânia – GO, em junho de 2019.

inerentes ao seu objeto social. Esta modalidade de prestação de serviços está conquistando cada vez mais espaço e no Brasil, particularmente, tende a crescer em larga escala, pois a Lei n. 13.467, de 13 de julho 2017, incluiu o artigo 4º-A e 4º-C à Lei n. 6.019/1974 para regulamentar a terceirização de toda e qualquer atividade empresarial. Até então, aplicava-se o entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST na Súmula n. 331 no sentido de que não se admitia a terceirização das atividades fins do empregador.

Em 30 de agosto de 2018 o Supremo Tribunal Federal – STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 324 e o Recurso Extraordinário - RE n. 958.252 e reconheceu a licitude da terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre sociedades empresárias distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, firmando a tese do tema n. 725, de repercussão geral.

A terceirização das atividades empresariais é muito criticada porque tem possibilitado a precarização “dos direitos conquistados na negociação coletiva, e, como resultado desse processo, os segmentos mais vulneráveis do mercado de trabalho sofreram redução no patamar de direitos, benefícios e remuneração.” (PELATIERI, 2019, p. 34). A possibilidade de pagamento de salário aos empregados terceirizados em valor inferior ao pago para os empregados direto da tomadora dos serviços está prevista expressamente no artigo 4-C, § 1º, da Lei n. 6.019/1974, incluído pela Lei n. 13.467/2017.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Art. 40-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 40-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

I - relativas a: (incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; (incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

b) direito de utilizar os serviços de transporte; (incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; (incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 10 Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 20 Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar

Neste contexto, pergunta-se: o direito à isonomia salarial é um direito humano fundamental? Qual é o fundamento jurídico para garantir à isonomia salarial dos empregados terceirizados internos com os empregados diretos da tomadora dos serviços?

O presente artigo demonstra que o direito à isonomia salarial é um direito humano fundamental e que aos empregados terceirizados internos deve ser assegurado, no mínimo, o salário normativo da categoria econômica dos empregados diretos da tomadora dos serviços.

O direito a isonomia salarial é um direito humano fundamental porque está previsto nas Convenções n. 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, na Declaração Universal do Direito do Homem - DUDH e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, além de ser um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS da Agenda 2030 das Nações Unidas.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de dois fundamentos jurídicos que podem ser utilizados para garantir o direito humano fundamental à isonomia salarial aos empregados terceirizados internos,<sup>4</sup> a saber: mediante a aplicação dos pressupostos da equiparação salarial previstos no artigo 461 da CLT ou mediante a aplicação do salário previstos aos empregados da categoria econômica da tomadora dos serviços, sem nenhuma distinção, respeitadas as condições mais favoráveis, por aplicação analógica do artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974. Esta última hipótese se apresenta como mais lógica e razoável porque trata os empregados terceirizados de forma idênticas aos empregados temporários e aos empregados diretos da tomadora dos serviços, inexistindo qualquer tipo de discriminação.

O método de trabalho é o dedutivo, isto é, partir-se-á de argumentos gerais para argumentos particulares (MEZZARROBA, 2017), fundamentado em pesquisa bibliográfica, especialmente em artigos científicos publicados em

---

aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. (incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

<sup>4</sup> Empregados terceirizados internos são os trabalhadores que executam as atividades nas dependências do tomador de serviços.

periódicos, livros e anuais de congressos, e também em pesquisa documental, que inclui a análise do ordenamento jurídico brasileiro e de jurisprudências.

O presente artigo está dividido em dois tópicos. O primeiro aborda o direito humano fundamental à isonomia salarial e o segundo, com dois subtítulos, aponta os fundamentos jurídicos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que podem ser utilizados para reconhecer o direito dos empregados terceirizados que trabalham nas dependências da tomadora dos serviços à isonomia salarial com os empregados diretos da tomadora dos serviços, isto é, mediante a aplicação dos requisitos da equiparação salarial previstos no artigo 461 da CLT ou mediante o reconhecimento dos mesmos direitos trabalhistas previstos aos empregados da categoria econômica da tomadora dos serviços, sem nenhuma distinção, respeitadas as condições mais favoráveis (aplicação analógica do artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974).

## 2 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À ISONOMIA SALARIAL

Os doutrinadores e a jurisprudência não definem de forma categórica o que são os direitos fundamentais. Isso porque, segundo Siqueira Neto (2005, p. 333) há um cuidado generalizado para conceituá-los no intuito de evitar que seja restringido o seu âmbito e abrangência “por meio de uma definição legal” e, por este motivo, os conceitos são apresentados “de forma descritiva e referencial”.

Para o jurista Perez Luno (1998, p. 20) os direitos fundamentais retratam o resultado de acordo elementar de diferentes forças sociais, originados de relações de tensão e de esforços de cooperação bem-sucedidos, com objetivos comuns, motivo pelo qual correspondem “a um importante papel legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, pois constituem os pressupostos do consenso sobre o qual qualquer sociedade democrática deve ser construída.”<sup>5</sup>

Os direitos fundamentais têm essa denominação “por que são meios fundamentais de realização dos objetivos do Estado Democrático brasileiro

<sup>5</sup> Tradução do autor.

instituído em 1988”, dentre os quais destaca-se a pretensão de redução das desigualdades sociais e regionais, previsto no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal – CF (STRAPAZZON, 2018, p. 93).

O princípio da igualdade é um “alicerce para os demais direitos fundamentais” (Lopes, p. 1, 2000) e está retratado em diversos tratados internacionais, isto é, nos “acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional”, usualmente denominados de “Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)” (HENKIN apud PIOVESAN, 2010, p. 44). Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil “constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.” (PIOVESAN, 2010, p. 43).

O Tratado de Versalhes, de 1919, foi o primeiro a proibir a exploração do trabalho feminino e proibir a desigualdade de tratamento em razão da nacionalidade do trabalhador (artigo 427, 7 e 8). O referido tratado foi o primeiro documento a assegurar o salário equitativo e consagrou-se no campo internacional, contudo, não foi acolhido imediatamente pelas Constituições dos países signatário do Tratado de Versalhes (CATHARINO, 1994).

A partir da Segunda Guerra Mundial consolidou-se uma cultura democrática, com vista ao Estado de bem estar social e de proteção dos direitos fundamentais (LOPES, 2000, p. 1). A partir de então, o princípio ético-jurídico da igualdade ganhou notoriedade e integra o conteúdo dos principais tratados internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH<sup>6</sup>, de 1948, repudiou a discriminação de todas as formas e previu que todo ser humano, sem qualquer distinção, tem “direito a igual remuneração por igual trabalho.” (artigo 23, 2).

A Organização Internacional do Trabalho – OIT,<sup>7</sup> organismo internacional encarregado de elaborar instrumentos referentes aos direitos

<sup>6</sup> Adotada e proclamada pela resolução 2017 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

<sup>7</sup> O Brasil faz parte da OIT desde sua fundação em 1919.

humanos fundamentais do trabalhador, dedica ao tema discriminação duas importantes convenções.

A primeira foi a Convenção n. 100, de 1951,<sup>8</sup> a qual trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres para trabalho de igual valor. O artigo 1º consignou que: (a) o termo remuneração “compreende o vencimento ou salário normal, básico ou mínimo, e quaisquer vantagens adicionais pagas, direta ou indiretamente, pelo empregador ao trabalhador em espécie ou in natura, e resultantes do emprego”; e (b) “a expressão ‘igual remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor’ refere-se a tabelas de remuneração estabelecidas sem discriminação baseada em sexo”. Em junho de 1951 a OIT adotou a Recomendação n. 90 com proposições complementares para recomendar que os Estados-membros cumpram os princípios previstos na convenção n. 100. Destaca-se da referida Recomendação que as medidas entendidas como adequadas devem ser tomadas “após consulta com as organizações de trabalhadores interessadas ou, onde não as houver, com trabalhadores interessados” para “assegurar a aplicação do princípio de igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor a todos os empregados de departamentos ou órgãos da administração pública.” Denota-se uma preocupação da OIT em ouvir as organizações ou as pessoas interessadas para que as medidas atendam às suas pretensões, o que demonstra uma clara preocupação com o bem-estar das pessoas.

A segunda foi a Convenção n. 111, de 1958,<sup>9</sup> que dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação. O artigo 1º estabelece que o termo “discriminação” compreende toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência com fundamento “na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”, bem como qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que venha a “destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”. O artigo 2º prevê a obrigação de os países

<sup>8</sup> Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956 e promulgada através do Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957.

<sup>9</sup> Aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24 de novembro de 1964 e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

formularem e aplicarem política nacional com a finalidade de “promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, de 1992,<sup>10</sup> prevê no artigo 7º, alínea “a”, primeira parte do item “i”, que todas as pessoas têm direito à salário equitativo e idêntica remuneração por trabalho de igual valor, sem qualquer discriminação. Tecnicamente o PIDESC deveria ser denominado de Convenção e não de Pacto, pois é de natureza obrigacional aos Estados signatários (STRAPAZZON, 2018, p. 97).

Em setembro de 2015 as Nações Unidas adotaram 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, com 169 metas. O objetivo 8 trata do trabalho decente e crescimento sustentável e a meta 8.5 propõe “Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor.”

As Convenções da OIT, aliadas a DUDH e do PIDESC, relidas e reinterpretadas a partir dos ODS revelam, sem sombra de dúvidas, que o direito a “remuneração igual para trabalho de igual valor” não se limita aos casos de trabalho igual entre homens e mulheres ou entre nacionais e estrangeiros, mas a todos os trabalhadores, sem qualquer tipo de distinção, exclusão ou preferência. Diante disso, o direito a salário igual para trabalho de igual valor, além de ser um direito humano é um meio indispensável para a efetivação do trabalho decente e desenvolvimento econômico sustentável.

Portanto, o direito à salário igual para trabalho de igual valor é um direito humano fundamental porque é reconhecido por notáveis documentos internacionais como a DUDH, PIDESC e por convenções da OIT (100 e 111), além de os líderes mundiais ter adotado tal princípio na Agenda 2030 como um objetivo de desenvolvimento sustentável.

<sup>10</sup> Adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, promulgado pelo Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992.

### 3 MEIOS QUE VISAM ASSEGURAR AOS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS INTERNOS O DIREITO À ISONOMIA SALARIAL COM AOS EMPREGADOS DIRETOS DA TOMADORA DOS SERVIÇOS

O presente capítulo aponta e analisada duas possibilidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro para assegurar aos empregados terceirizados internos o direito à isonomia salarial com os empregados diretos da tomadora dos serviços.

#### 3.1 PRIMEIRA POSSIBILIDADE: APLICAÇÃO DOS REQUISITOS DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL PREVISTOS NO ARTIGO 461 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

O artigo 461 da CLT,<sup>11</sup> com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, estabelece os seguintes pressupostos da equiparação salarial:

<sup>11</sup> Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 10 Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos. (redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 20 Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. (redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 30 No caso do § 20 deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional. (redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 50 A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).



- a) Identidade de funções (caput). Se dá quando os empregados executam as mesmas atividades e com igual responsabilidade na estrutura e funcionamento da empresa, razão pela qual o fato de os empregados exercerem a mesma função não significa que, na prática, executem as mesmas tarefas, assim como podem executar as mesmas atividades, sem que tenham o mesmo cargo (SUSSEKIND, 2005). Existem três ressalvas. A primeira, quando os empregados das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais forem absorvidos por empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos previsto no artigo 1º do Decreto-Lei n. 855, de 1969. A segunda, em caso de readaptação de trabalhador em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social, em atenção ao disposto no artigo 461, § 4º, da CLT. A terceira quando os paradigmas são remotos, tendo em vista que a equiparação salarial ocorre entre empregados contemporâneos, em atenção ao disposto no artigo 461, § 5º, da CLT. José Catharino Martins (1994) destaca que o caráter permanente ou não do exercício das mesmas funções é um elemento que deve ser levado em consideração. Isto porque é presumível que o empregado que executa a função em caráter efetivo preste o trabalho com maior valor. Assim, não é justo que um empregado que exerce as mesmas atividades em caráter transitório tenha o salário equiparado ao empregado que exerce as funções em caráter permanente.
- b) Trabalho de igual valor (§ 1º). É o trabalho “feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica” (artigo 461, § 1º, da CLT). Os dois requisitos (“igual produtividade” e “trabalho de igual valor”) devem coexistir, sob pena de ser impossível a equiparação. A “igualdade de produtividade” está vinculada à produtividade e somente poderá ser aferida, com facilidade, quando o trabalho é

---

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

prestado por tarefa, enquanto que a “mesma perfeição técnica” é qualitativa e demanda análise acurada (CATHARINO, 1994). Arnaldo Sussekind (2005) acrescenta que na igualdade de produtividade deve ser considerada, in concreto, a assiduidade, embora admita que a jurisprudência não seja unânime sobre o assunto.

- c) Mesmo empregador (caput). Empregador “é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, aos quais se equiparam os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos que admitem empregados (artigo 2º, caput e § 1º, da CLT).
- d) Mesmo estabelecimento comercial (caput). O paradigma e paragonado devem trabalhar no mesmo empreendimento, lado a lado. Não pode ser invocado paradigma de estabelecimento diverso do paragonado, ainda, que da mesma cidade (SAAD, 2017).
- e) Diferença de tempo de serviço, para o mesmo empregador, não superior a quatro anos e diferença de tempo na função não superior a dois anos (§ 1º). A regra admite que empregado mais antigo receba salário superior do empregado novato, mesmo que haja identidade de função e de valor do trabalho, desde que a diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função seja superior a dois anos (SUSSEKIND, 2005).
- f) Inexistência de organização em quadro de carreira ou de adoção, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, de plano de cargos e salários (§ 2º). A organização em quadro de carreira ou em plano de cargos e salários regidos por norma interna ou previstos em negociação coletiva afasta a equiparação salarial porque a majoração do salário decorre de promoção previamente regulamentada e não do arbítrio do empregador (SUSSEKIND, 2005). Segundo Catharino (1994), a organização em quadro de carreira pressupõe o acesso por antiguidade. Esse pressuposto

também deve ser previsto em plano de cargos e salário previsto em norma interna ou em instrumento coletivo de trabalho.

A doutrina e a jurisprudência entendem que, além dos requisitos explícitos, o artigo 461 da CLT contém implicitamente o pressuposto da contemporaneidade do trabalho de igual valor entre equiparando e equiparado à aquisição do direito, isto é, o trabalho entre ambos deve ter ocorrido ao mesmo tempo. Em razão disso, o sucessor do trabalhador que saiu do emprego não tem direito à identidade salarial (SUSSEKIND, 2005).

O jurista José Martins Catharino (1994, p. 367) critica a atitude do legislador de enumerar os pressupostos da equiparação salarial porque com tal conduta tentou “tornar rígido e estático um princípio essencialmente dúctil e dinâmico” e, conseqüentemente, não poderia conseguir um resultado satisfatório. Para o referido jurista (1994, p. 367-368) o melhor seria o legislador “consagrar laconicamente o princípio e deixar que o Juiz, ao aplicá-lo, agisse com a elasticidade inerente à tarefa jurisprudencial” para dar objetividade ao princípio e não desvirtuar a finalidade igualitária inspirada pelo instituto.

Para Arnaldo Sussekind (2005, p. 433) sem a identidade de empregador não é possível haver direito a isonomia, mesmo em caso de grupo econômico, mas o TST entendeu no julgamento do processo AIRR-167100-31.212.5.17.0011, em 13 de fevereiro de 2019, que a divergência na razão social de empregadores do mesmo grupo econômico não descaracteriza a identidade de empregador quando o paradigma e paragonado estão submetidos à mesma gerência. No processo RR-4066400-18.2002.5.12.0900, julgado em 25 de maio de 2018, o TST reconheceu o direito a equiparação salarial entre empregados do mesmo grupo econômico, porque o paragonado prestava os serviços na sede do empregador do paradigma. A figura do mesmo empregador também é relativizada por Marcio Túlio Viana (2009), pois defende que, por força da isonomia salarial, todos os terceirizados tem direito a salário idêntico dos empregados comuns, ressaltando que, na realidade, quem desembolsa o valor para pagar os terceirizados é o tomador dos serviços, embora o pagamento seja efetuado pela pessoa do fornecedor. Para Prunes (2003, p. 411) o empregado prejudicado deverá indicar paradigma para ter direito a isonomia salarial e a figura do mesmo empregador deverá ser

desprezados, impondo-se às exigências dos demais requisitos da equiparação salarial para que seja reconhecida a igualdade salarial.

A garantia da isonomia salarial entre empregados terceirizados e empregados diretos da tomadora dos serviços exige a indicação de paradigma e relativização de pressupostos previstos no artigo 461 da CLT como a figura do “mesmo empregador” e o tempo de serviço para o “mesmo empregador”, mormente porque a tomadora dos serviços, ainda que indiretamente, é quem paga os empregados terceirizados.

### 3.2 SEGUNDA POSSIBILIDADE: ASSEGURAR AOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS INTERNOS SALÁRIO IGUAL AO PREVISTOS PARA OS EMPREGADOS DA CATEGORIA ECONÔMICA DA EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS

O artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974 assegura ao trabalhador temporário direito a “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional.”

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho – TST editou a Orientação Jurisprudencial - OJ n. 383 para consolidar o entendimento de que na terceirização irregular de atividades da administração pública os empregados terceirizados, em atenção ao princípio da isonomia salarial, têm direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas aos empregados contratados pelo tomador dos serviços, por aplicação analógica do artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974, in verbis:

OJ-SDI1-383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011  
A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com

ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

A OJ n. 383 da SBDI-1 do TST prevê, portanto, dois requisitos para que os empregados terceirizados no âmbito da administração pública tenham direito à isonomia salarial: contratação irregular de trabalho e identidade de funções. Este entendimento também é aplicado pelo TST à terceirização de atividades particulares, não se limitando, portanto, à administração pública.

A Seção Especializada em Dissídios Coletivos – SDC do Tribunal Regional do Trabalho – TRT da 2ª Região editou o Precedente Normativo n. 39 prevendo que o trabalhador terceirizado tem direito aos mesmos direitos trabalhistas previstos aos empregados da categoria econômica da tomadora dos serviços. Não há o pressuposto da terceirização ilícita para ser reconhecido o direito à isonomia salarial entre os empregados terceirizados com os empregados diretos da tomadora dos serviços. Transcreve-se o referido Precedente Normativo:

PRECEDENTE NORMATIVO Nº 39 - TERCEIRIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. (Ata publicada no DO Eletrônico 26/05/2014) (Republicado no DO Eletrônico 28/05/2014). O trabalhador terceirizado terá os mesmos direitos trabalhistas previstos aos da categoria econômica tomadora da mão de obra, sem nenhuma distinção, respeitadas sempre as condições mais favoráveis.

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em novembro de 2007, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, aprovou o Enunciado n. 16 para consolidar o seu entendimento de que, em atenção ao salário equitativo e ao princípio da não discriminação, os empregados da empresa prestadora de serviços têm direito a salário idêntico ao salário dos empregados da empresa tomadora dos serviços

que exercem função similar, independentemente de a terceirização ser lícita ou ilícita, in verbis:

16. SALÁRIO.

I — SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

II — TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQUITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

Ocorre que o artigo 4º-C, da Lei n. 6.019/1974, incluído pela Lei n. 13.467/2017, legalizou a terceirização de toda e qualquer atividade empresarial e o STF, por ocasião do julgamento da ADPF n. 324 e do RE n. 958.252, ocorrido em 30 de agosto de 2018, firmou a tese objeto do tema n. 725, de repercussão geral, com o entendimento de que é lícita a “terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

E mais, o § 1º, do artigo 4º-C, da Lei n. 6.019/1974, incluído pela Lei n. 13.467/2017, prevê que os contratantes, se assim entenderem, poderão estabelecer que os empregados da contratada “farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo”, ou seja, se nada for ajustado entre os contratantes é possível pagar aos empregados terceirizados salário em valor inferior ao salário pago pela tomadora dos serviços aos seus empregados direitos.

A Oitava Turma do TST, após o julgamento pelo STF da ADPF n. 324 e do RE n. 958.252, acolheu embargos de declaração e deu efeito modificativo ao julgado para dar provimento à Agravo e, de plano, ao Agravo de Instrumento – AI para processar o Recurso de Revista - RR interposto na ação trabalhista n. 10733-

42.2015-5.03.0179, por contrariedade à OJ n. 383 da SBDI-1 do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento “para excluir da condenação o pagamento de parcelas e diferenças legais, contratuais e/ou normativas decorrentes do reconhecimento da isonomia com os empregados da tomadora de serviços”, sob o fundamento de que a terceirização de atividade-fim não é mais ilegal e, conseqüentemente, não foi satisfeito o pressuposto da contratação irregular de trabalhador. O acórdão destaca em sua fundamentação que na terceirização lícita pouco importa as tarefas executadas pelo paradigma e paragonado, pois não se aplica o disposto no artigo 461 da CLT, em razão de os empregadores serem distintos. A aplicação analógica do artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974 também foi afastada porque a terceirização difere do trabalho temporário, tendo em vista que na terceirização existe uma intermediação de serviços ou atividades, enquanto que no trabalho temporário há “uma verdadeira intermediação da mão de obra”, pois o trabalhador temporário atua na empresa tomadora dos serviços como se empregado fosse, o que não se verifica na terceirização lícita de serviços. Segundo a Oitava Turma do TST essa é a razão jurídica para o artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974, assegurar ao trabalhador temporário “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora” dos serviços.

O entendimento da Oitava Turma do TST, a partir da tese firmada pelo STF no tema n. 725, assim como o disposto no § 1º, do artigo 4º-C e alínea “a”, do artigo 12, ambos da Lei n. 6.019/1974, preveem critério distintos quanto ao salário dos empregados terceirizados e ao salário dos empregados temporários, como se o trabalho destes fosse mais valioso que o trabalho daqueles, mesmo que as tarefas sejam idênticas e realizadas concomitantemente.

Porém, não há nenhum critério lógico, razoável e acobertado pela CF que justifique, quanto ao salário, tratar de forma diferente os empregados temporários dos empregados terceirizados. Diante disso, há evidente inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 4º-C, da Lei n. 6.019/1974, por violação do princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º, caput, da CF e por violação do princípio da vedação da discriminação entre profissionais, assegurado pelo artigo 7º, XXXII, da CF.

Diante disso, a OJ n. 383 da SBDI-1 do TST ao condicionar o direito à **isonomia salarial a hipótese de terceirização ilícita** e o disposto no § 1º, do artigo 4º-C, da Lei n. 6.019/1974 ao prever que os empregados terceirizados somente

terão direito à salário igual se assim for ajustado entre os contratantes, afrontam o princípio da igualdade de salário por trabalho de igual valor, o princípio da não discriminação em matéria de empregos e ocupações, referendados pelas Nações e Organismos Internacionais (Convenções n. 100 e n. 111 da OIT, DUDH, PIDESC e ODS da agenda 2030), o objetivo da República Federativa do Brasil de reduzir a desigualdade e de promover o bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação (artigo 3º, inciso III e IV, da CF), o princípio à igualdade previsto (artigo 5º, caput, da CF) e o princípio da não discriminação entre profissionais (artigo 7º, inciso XXXII, ambos da CF).

Sendo assim, os empregados terceirizados internos têm direito ao salário previsto aos empregados da categoria econômica da empresa tomadora dos serviços, em razão da inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 4º-C, da Lei n. 6.019/1974, e por aplicação analógica do disposto no artigo 12, alínea “a”, também da Lei n. 6.019/1974.

## 4 CONCLUSÃO

A leitura do disposto no artigo 1º da Convenção n. 100 da OIT, no artigo 1º e 2º da Convenção n. 111 da OIT, na Recomendação n. 90 da OIT, no artigo 7º, alínea “a”, primeira parte do item “i”, do PIDESC conjugado com o objetivo n. 8, meta 8.5, dos ODS da Agenda 2030 das Nações Unidas não deixam dúvidas de que a isonomia salarial é um direito humano fundamental.

O § 1º, do artigo 4º-C, da lei n. 6.019/1974 é inconstitucional, pois afronta o objetivo da República Federativa do Brasil de reduzir a desigualdade e de promover o bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação (artigo 3º, inciso III e IV, da CF), o princípio à igualdade (artigo 5º, caput, da CF) e o princípio da não discriminação entre profissionais (artigo 7º, inciso XXXII, da CF).

A garantia da isonomia salarial aos empregados terceirizados por meio da equiparação salarial prevista no artigo 461 da CLT não é a mais adequada porque poderá haver situações em que os empregados da tomadora dos serviços têm tempo de serviço superior a quatro anos ou mais de dois anos na função, o



que ilide a pretensão à isonomia salarial, além de toda a controvérsia existente em torno da figura do mesmo empregador.

Diante disso, o reconhecimento de que os empregados terceirizados internos têm direito ao mesmo salário previsto para os empregados da categoria econômica da empresa tomadora dos serviços, sem nenhuma distinção, respeitadas sempre as condições mais favoráveis, por aplicação analógica do disposto no artigo 12, alínea “a”, da Lei n. 6.019/1974 é o fundamento jurídico que se apresenta como mais razoável e lógico, pois trata os empregados terceirizados de forma idênticas aos empregados temporários e aos empregados diretos da tomadora dos serviços, sem qualquer tipo de discriminação entre eles.

## REFERÊNCIAS

ANAMATRA. *Enunciado n. 16 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. Organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, DF: ANAMATRA, 2018.

BARROS JUNIOR, Cássio Mesquita. Flexibilização no direito do trabalho. *Revista Trabalho e Processo*, São Paulo, n. 2, p. 277, set. 1994.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 jan. 1974.

BRASIL. Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324/DF*. Requerente: Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG. Relator: Min. Roberto Barroso. 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 958.252/MG*. Recorrente: Celulose Nipo Brasileira S/A. Relator: Min. Luiz Fux. 30 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de instrumento em recurso de revista n. 167100-31.212.5.17.0011*. Agravante: Rosana Caldas Santos e Icatu Capitalização S.A. Relatora: Min. Maria Helena Mallmann. 13 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 383, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1*. Res. n. 175/2011, DEJT. Divulgado em 27, 30 e 31 de maio de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revisa n. 10733-42.2015.5.03.0179*. Recorrente Plansul Planejamento e Consultoria Ltda. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. 28 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revisa n.3600-59.2009.5.02.0381*. Recorrente: Marcelo Pinheiro. Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes. 04 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Precedente normativo n. 39*. Ata publicada no DO Eletrônico de 26/05/2014 e republicado no DO Eletrônico de 28/05/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: LTr, 1994.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho – isonomia salarial*. Barueri: Manole, 2004.

LOPES, Otavio Brito. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 2, n. 17, out. 2000.

LUNO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficiência das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, C. S. *Manual de metodologia no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUEN L., Néstor de. *Derecho del Trabajo*. México: Editorial Porrúa, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA O TRABALHO. *Piso de Proteção Social para uma Globalização Equitativa e Inclusiva*. Relatório do Grupo Consultivo. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---i-lo-brasilia/documents/publication/wcms\\_229716.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---i-lo-brasilia/documents/publication/wcms_229716.pdf). Acesso em: 19 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 100*. Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956 e promulgada através do Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 111 da organização internacional do trabalho*. Aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 104, de 24 de novembro de 1964 e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS: 8 trabalho decente e crescimento econômico*. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/8/>. Acesso em: 19 maio 2019.

PELATIERI, Patrícia *et al.* *As desigualdades entre trabalhadores terceirizados e diretamente contratados: análise a partir dos resultados de negociações coletivas de categorias selecionadas*. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8702>. Acesso em: 1 jul. 2019.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho terceirizado e composição industrial*. 2. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho: comentada*. 50. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direitos fundamentais e o direito do trabalho. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2005. Tomo III, p. 329-360.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2015.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O direito humano à segurança social no Brasil e outros 20 modelos estrangeiros. In: César Rodrigo Landa Arroyo; Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Ricardo Schier (org.). *Direitos humanos e fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectivas históricas: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 241-269, jan./mar. 1998.

VIANA, Macio Túlio. As várias faces da terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais*, n. 54, p. 141-156, jan/jun. 2009.

# APLICAÇÃO DO BALANCING TEST A DOIS CASOS DE LIMITAÇÃO DE LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO PELO EMPREGADOR<sup>1</sup>

Anna Leticia Piccoli<sup>2</sup>

**Resumo:** As relações trabalhistas são compostas por sujeitos detentores de direitos fundamentais, que nem sempre são respeitados pelas partes. A limitação da liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador, decorrente do poder diretivo, delimitada pelo seu uso/limitação nas redes sociais é o tema desta pesquisa. A partir deste contexto, este artigo objetiva perceber se o balancing test é uma técnica que pode ser utilizada nas decisões judiciais que analisam a aparente colisão entre o direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento do empregado e o poder diretivo (decorrente da livre iniciativa). Os objetivos são o estudo da liberdade de manifestação do pensamento, como se deu sua inserção nas redes sociais; e analisar dois acórdãos do TST que decidiram sobre a limitação da liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador, buscando compreender se poderiam ter sido decididas por meio do balancing test para concluir sobre os limites da validade dessa limitação. A metodologia abordada é o aprofundamento investigativo, por meio de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, com viés indutivo. Denota-se, a partir dos casos analisados, que independente do resultado, a técnica judicial de ponderação pode ser utilizada como parâmetro, conferindo racionalidade e garantindo maior segurança jurídica às decisões, cuja previsibilidade tem o potencial de reduzir as demandas desta natureza, haja vista sua aplicação poder ser realizada na esfera trabalhista.

**Palavras-chave:** Decisões judiciais. Limitação. Liberdade. Proporcionalidade.

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social pelo Programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Xanxerê; Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema deste artigo é o balancing test como técnica de balanceamento para decidir situações sobre a limitação da liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador pelo empregador nas relações de emprego, delimitada pelo seu exercício em redes sociais, no ambiente virtual de trabalho ou fora dele, como expressão do poder diretivo decorrente do contrato de trabalho, diante do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador.

Isto porque, hoje em dia a utilização da teoria da ponderação – defendida por Alexy – para decidir temas que envolvam questões de direitos fundamentais de ambas as partes têm sido utilizadas de forma equivocada, decidindo o julgador antes de avaliar as questões pertinentes ao caso e, depois de convencido, buscando argumentos que fundamentem sua decisão.

Salienta-se que este artigo não faz uma crítica à teoria Alexyana em si, mas a sua utilização de forma inadequada no poder judiciário brasileiro e a invocação do argumento de ponderação como justificativa para não apresentar argumentos motivacionais que convenceram o juízo sobre a decisão proferida.

O problema da pesquisa consiste em saber se, diante do poder diretivo do empregador, decorrente da relação de trabalho, e do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador, é possível verificar, a partir da técnica judicial do balancing test, os limites razoáveis para a admissão da validade jurídica de uma limitação imposta, em um caso concreto, pelo empregador à liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador.

Para tanto, promove-se o aprofundamento investigativo, por meio da pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, com viés indutivo, dedicando-se aos problemas analítico-conceituais das teorias acerca dos direitos fundamentais no trabalho. Enfatiza-se o poder diretivo do empregador, decorrente da relação de emprego, e do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador.

Além disso, busca estabelecer uma técnica de ponderação – o balancing test – para o delineamento dos limites razoáveis para a admissão da validade jurídica de uma limitação imposta, em um caso concreto, pelo empregador à

liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador em redes sociais no ambiente virtual de trabalho ou fora dele. Para o seu desenvolvimento, portanto, serão utilizadas, como fontes privilegiadas, as bibliográficas, com apelo à jurisprudência de tribunais nacionais e estrangeiros.

Diante da complexidade das relações laborais fáticas e de sua constante mutação, o ordenamento jurídico não é capaz de delimitar com precisão os limites para o exercício da manifestação do pensamento e do poder diretivo do empregador. Diante disso, ampliam-se as lides trabalhistas no sentido de entregar ao Poder Judiciário a decisão sobre qual direito fundamental deve prevalecer, crendo de que há um conflito entre eles. Contudo, em se tratando de direitos de mesma hierarquia (de alto grau, diga-se), não há conflito, mas uma convivência que deve ser reconhecida.

Realiza-se, portanto, um teste com duas decisões recentes do TST sobre questões dessa natureza, apresentando a aplicação da teoria do balancing test para solução desta natureza de dissídios, que pode representar um avanço na forma com que vem se comportando o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho, uma vez que propiciam as cortes trabalhistas a decidir de uma forma um pouco mais justa e limitada questões que devem equilibrar princípios tão delicados.

Com isso, as conclusões retiradas da aplicação do balancing test aos casos concretos são estendidas aos tribunais brasileiros, de maneira a lançar luz sobre a possibilidade de adoção dessa técnica em casos semelhantes aos analisados, e qual seria a consequência em caso positivo. Todo este caminho será devidamente aprofundado nos capítulos que seguem, que se iniciam com o debate pela liberdade como direito fundamental de concretização da dignidade humana.

## 2 APARENTES CONFLITOS ENTRE DIREITO À LIBERDADE E PODER DIRETIVO

Esta pesquisa busca explorar a possibilidade da utilização do balancing test como técnica de ponderação em decisões que analisam aparente conflito entre o direito à liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador e

sua limitação decorrente do poder diretivo do empregador. Portanto, antes de analisar a técnica, é preciso trazer alguns elementos da liberdade em si, sua utilização no ambiente do trabalho e suas implicações, bem como o poder diretivo como limitador desse direito.

O direito à liberdade é reconhecido antes mesmo da existência de uma sociedade propriamente dita. Isto porque, o ser humano utilizou de sua liberdade para submeter alguns de seus direitos ao Estado, cuja principal obrigação era a manutenção da vida e da ordem. Dito isto, cabe esclarecer também que a liberdade possui um cunho histórico de lutas sociais e que centralizam o ser humano no âmbito jurídico, evoluindo e sendo garantida de forma diretamente proporcional à humanidade.

Por ser inerente a natureza humana, cabendo ao Estado somente seu reconhecimento, a regulação e a restrição são reconhecidas no âmbito internacional pela Declaração Universal dos direitos Humanos, e trazida para o ambiente jurídico brasileiro em algumas de suas Constituições, inclusive a de 1988. É reconhecida como elemento da Dignidade da Pessoa Humana, pilar fundamental do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Sendo considerada uma das protagonistas dos direitos fundamentais, a liberdade passou pela mesma evolução histórica que estes, desde seu reconhecimento em Tratados Internacionais quanto sua valorização como alta hierarquia no Brasil. Cabe, agora, compreender a liberdade de expressão do pensamento como forma de democracia e expressão das necessidades de cada indivíduo para o desenrolar do estudo.

Conceitualmente, depreende-se que a liberdade possui como característica precípua não haver submissão a outrem, seja o Estado, ou outro indivíduo hierarquicamente superior, não estando sob controle de terceiro ou sofrendo qualquer restrição impositiva. Mais uma vez depreende-se a preocupação em assegurar o exercício da autodeterminação do indivíduo (BURDEAU, 1972).

De outro vértice, Berlin (1981) aponta que a liberdade pode ser compreendida tanto como opositora às ingerências, ou simplesmente liberdade negativa (freedom of), quanto como positiva, evocando a liberdade de agir política e expressamente na sociedade (freedom to). Esse conceito pautado na autodeterminação persiste, mesmo que dotado de pequenas alterações no que



tange aos moldes de tratamento implementados pelo Estado, buscando equilíbrio entre o exercício das liberdades e as demandas que a coletividade apresenta (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 326).

A liberdade de pensamento, por ser de foro íntimo, não pode ser limitada, uma vez que tão somente sua manifestação é capaz de causar ofensa ou constrangimento a outrem. A liberdade de pensar é, portanto, irrestrita, e cabe a cada pessoa controlar o que irá compartilhar com os demais membros da sociedade. Quando essa ponderação não é feita pelo sujeito de direitos, o judiciário se torna responsável por decidir acerca dos direitos violados pela ideia expressa – se possui força normativa para limitá-la.

A liberdade de expressão, portanto, ultrapassa o direito de manifestar o pensamento e não se apresenta como um fim em si mesma, mas seu exercício e proteção são dotados de finalidades que ultrapassam a expressão do pensamento, sendo vislumbrada como um elemento para o exercício de outros direitos fundamentais, especialmente aqueles voltados à autonomia e à participação popular do regime democrático (todos sustentadores da dignidade humana).

O destaque que se dá a este direito é relativo à importância que ele tem na construção da personalidade dos indivíduos, além da eterna busca pela verdade real, e da indispensabilidade do que concerne à manutenção da democracia: a crítica aos governantes é essencial quando se trata do controle da atividade política (MORAES, 2002, p. 110).

O inciso IV do artigo quinto da Constituição do Brasil<sup>3</sup> encontra reforço em seu artigo 220<sup>4</sup>, acolhendo a interlocução entre pessoas presentes, por meio de diálogos e discussões. Ademais, tendo em vista que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo e que ninguém pode ser coagido a expressar seus posicionamentos, o direito de permanecer calado faz parte da liberdade de pensamento.

Além disso, é preciso adiantar que a liberdade de manifestação do pensamento não pode ser utilizada sem a devida observância aos preceitos legais, principalmente no que tange a limitações, tampouco possui garantia absoluta,

<sup>3</sup> É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

<sup>4</sup> Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

uma vez que é pressuposto para a validação dos demais direitos e da própria liberdade de outros cidadãos. Isto porque a utilização da liberdade sem limites acaba por facilitar a violação da honra, imagem e outros direitos de personalidade, o que não é aceito pelo ordenamento jurídico.

Destaca-se que a positivação do direito à liberdade não é algo taxativo, mas encontra respaldo em vários lugares da legislação, tanto de forma expressa quanto intrínseca. Além disso, o debate sugerido e fomentado pela liberdade de expressão do pensamento não se limita ao discurso de convencimento, mas sim a um debate voltado para a pluralidade de ideias com equiparação de argumentos, como será destacado adiante.

A Liberdade decorre, precipuamente, da dignidade da pessoa humana. Essa afirmação é verdadeira pelo simples fato de que é um elemento básico de busca e concretização do mínimo existencial da espécie humana. Sem a liberdade, o ser humano não teria escolhido viver em sociedade para proteger a própria vida, tampouco seria capaz de buscar outros direitos que lhe garantissem o que considera essencial para sobreviver. Portanto, denota-se que este direito não apenas é considerado como humano/fundamental ao ser humano, mas também é pressuposto para o exercício de sua dignidade.

A liberdade de manifestar-se deixa de ser interpretada somente pela expressão da palavra (escrita ou falada) e passa a atingir o direito de permanecer em silêncio, na expressão política e religiosa tanto quanto no modo de agir, vestir-se e na própria cultura alimentar (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 333). Aliado ao direito de expressar-se, aponta-se o direito a não ser obrigado ou coagido a qualquer forma de expressão ou compartilhamento de posições, o que confere a não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo (PICCOLI; CARNEIRO, 2018, p. 127).

O direito pode ser compreendido como um conjunto de condições em que as liberdades dos cidadãos coexistam e se conciliam a partir de uma lei universal de liberdade. Desta forma, é o próprio limite da liberdade de cada um, de forma que as liberdades externas possam coexistir, sendo que, somente onde a liberdade é limitada, todos podem usufruir deste direito (BOBBIO, 1984, p. 71).

No entanto, o direito como garantidor das liberdades externas é o próprio limitador das liberdades individuais, de tal forma que o direito a identidade não seria possível se um conjunto de normas não assegurasse a cada

um uma esfera de liberdade. Com efeito, passa-se a buscar e compreender como a singularidade possui influência direta na condição humana da pluralidade.

Nesse contexto, ainda surgem as redes sociais e o fomento na exteriorização do pensamento e do dia a dia das pessoas como se verifica na era atual, uma vez que apresentou características marcantes, a exemplo da propagação do ambiente virtual, “onde tudo acontece muito mais rápido ou quase que instantaneamente, ganhando dimensões incalculáveis.” (NASCIMENTO, 2016, p. 266).

O surgimento de novas tecnologias de informações deu ensejo ao reconhecimento paulatino de novos direitos, relacionados, acima de tudo, com um novo paradigma de sociedade, cujo pilar tornou-se a informação. Isto porque as novas tecnologias tornam muito mais fáceis as trocas de informações e muito mais veloz sua propagação, gerando pressão social para que os operadores do direito elaborassem respostas às novas necessidades surgidas. As condutas dos seres humanos passaram, portanto, a serem realizadas de acordo com os meios eletrônicos informacionais, bem como as mídias de comunicação.

Essa nova forma de comunicação e propagação da exteriorização de pensamentos marcou a fundamentação de um novo paradigma tecnológico, determinando o princípio da configuração de uma nova plataforma social que tem transformado a interação entre os seres sociais. Destarte, sua fácil propagação dos pensamentos externados nas redes atingem patamares quase que inimagináveis, motivo pelo qual a velocidade do desenvolvimento da Sociedade da Informação reclama respostas imediatas (inclusive e principalmente no uso das liberdades dos trabalhadores na internet que viole direitos das empresas), sendo necessário fazer uma nova leitura do direito de uma perspectiva informatizada.

O trabalho pode ser compreendido como a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie. Assim, o trabalho modifica o ambiente natural das coisas, produzindo um mundo artificial. A ação, contudo, “é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo.” (ARENDRT, 1999, p. 15).

O local de trabalho é o ambiente em que o ser humano passa cerca de um terço de sua vida, se levar em consideração que a média de jornada de trabalho é oito horas diárias e isso corresponde a um terço do dia das pessoas. A partir desta afirmação, busca-se compreender o trabalho como importante característica na formação da personalidade do indivíduo, e do reconhecimento de um direito do trabalho que garanta a dignificação do ser humano.

Contudo, com a internet e as redes sociais demonstrando cada vez mais espaço no cotidiano das pessoas, tanto seu uso excessivo no horário e ambiente de trabalho, quanto a divulgação de opiniões dos trabalhadores de forma positiva ou negativa a respeito das empresas nas quais trabalham são alvos de discussões entre empregadores e trabalhadores. Nesse contexto, a internet não pode ser vislumbrada como espaço anárquico, mas reserva espaços sociais regulados, bem como apresenta regras morais difundidas na rede, como forma de auto regulação (CASTELLS, 2007, p. 90).

A existência e continuidade da humanidade está diretamente atrelada à produção e outras atividades de trabalho, não bastando isso, o trabalho em sua conjunção de mediação do homem com a natureza gera também uma relação entre homem e seu semelhante. Marx (2013, p. 58) já afirmava que o trabalho é criador de valores de uso, e, por isso, o trabalho útil torna-se uma condição de existência do ser humano “independentemente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, vida humana.”

Primordialmente, cabe ressaltar que todas as pessoas têm o direito ao trabalho no mesmo patamar em que a ordem jurídica atual defende a dignidade da pessoa humana, uma vez que trabalhar em ambiente adequado e condições favoráveis como previstas na legislação é uma forma de garantir não apenas o mínimo existencial, mas contribuindo com a vida útil e autossustentável do trabalhador. Esta relação entre dignidade e trabalho está intimamente ligada com a concepção moral objetiva e honrosa que a sociedade moderna tem sobre o labor.

No Brasil, em 1943 foi sancionada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), norteador das relações de Trabalho e emprego no país. Em 1988, a Constituição volta a legislar sobre o tema, afirmando sua garantia fundamental e albergando o direito ao trabalho em seu artigo sexto. O desemprego e os

contratos unilaterais, precedidos pela necessidade de trabalho, aliado ao fato de que, quem estabelece as condições do trabalho é o empregador e a ausência de regulamentação mínima anterior, o que contribuía com a vinculação do empregado ao detentor da categoria patronal, faz surgir o interesse de defesa das condições de trabalho devido à exploração encontrada no trabalho subordinado.

Portanto, a regulamentação do trabalho veio garantir ao trabalhador, seja ele empregado ou não, condições mínimas, procurando retirar do contrato de trabalho o fator de discricionariedade que é encontrado pelo controle patronal. Não obstante já esteja pacificado a intenção do legislador (pelo menos em 1943), é possível traçar algumas considerações acerca do direito ao trabalho e os motivos pelos quais pode ser considerado um direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro.

Decorrente da subordinação do empregado surge o poder diretivo do empregador, cuja essência deriva da premissa de que o poder subsiste desde que haja uma capacidade de impor a vontade de alguém em alguma relação social. De forma proeminente, o ser humano é completamente vulnerável e demonstrará total lealdade a quem lhe presta ordens enquanto todas as suas necessidades forem supridas, mas diante à dificuldade, há revolta. É o que se denota das relações de trabalho modernas, vez que o trabalhador dispõe de parte de sua liberdade e seu trabalho para obedecer às ordens de seu empregador para adequar-se às finalidades da empresa para qual foi contratado.

Ao realizar essa concessão de parte de sua liberdade em prol do bom andamento dos trabalhos da empresa, surgem algumas obrigações ao empregado, que basicamente se caracterizam pela obrigação de fazer, impondo cumprimento de atividades inerentes ao contrato de trabalho, cuja realização deve obedecer aos critérios qualitativos e quantitativos pactuadas.

Na presente pesquisa, essas reflexões são alcançadas a partir do momento em que se percebe que, em uma relação de trabalho, há um trabalhador hipossuficiente, subordinado às ordens de um empregador que tem o dever de cumprir com os direitos dos trabalhadores, tanto quanto administrar sua empresa. Ocorre que, por vezes, a convivência harmônica entre esses dois sujeitos não é o que se apresenta como realidade, uma vez que cada um deles possui uma visão própria sobre os fatos, e acabam violando o direito do outro no exercício de seus direitos.

Exemplo disso são as informações, notícias e fatos sobre as empresas publicados pelos empregados que são considerados como verdadeiros por si, sem uma identificação de contexto, veracidade ou histórico que levou a tal propagação, podendo provocar diversos danos na imagem e na credibilidade da empresa, cuja construção foi trabalho de um tempo significativo.

O artigo 223-D da CLT, cujo texto foi inserido pela reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), afirma que “a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa Jurídica.” Isto porque, as restrições à liberdade de expressão objetivam proteger, além dos direitos fundados na dignidade da pessoa humana, àquelas que possuem bens juridicamente tuteláveis, como é caso do nome e da imagem da empresa onde se trabalha.

Além disso, interessa na medida em que o empregado pode falar sobre questões internas das empresas nas redes sociais, bem como podem os empregadores expor seus empregados nestas plataformas virtuais. De qualquer lado, essas informações podem ser verdadeiras e gerar problemas de privacidade, ou ainda podem ser falsas, gerando outros desdobramentos, como a mácula a imagem da pessoa exposta.

Neste contexto, ao firmar a relação jurídica trabalhista, o trabalhador submete parte de sua liberdade ao poder diretivo do empregador, cuja obediência revela as opostas direções entre as partes, tanto no aspecto econômico quanto no social, atendendo a direitos fundamentais de ambas as partes. A partir dessa oposição de partes, revelam-se aparentes colisões destes direitos nas relações de trabalho, e, quando os casos chegam à esfera judiciária, as decisões são motivadas a eficácia horizontal destes direitos, demonstrando o reconhecimento do fenômeno na esfera laboral.

A decisão de questões como esta que será abordada no próximo capítulo, que buscará demonstrar se a técnica do balancing test é passível de utilização pelo poder judiciário brasileiro ao decidir questões dessa natureza.

### 3 O BALANCING TEST COMO TÉCNICA DE PONDERAÇÃO PARA DECIDIR QUESTÕES QUE ENVOLVAM A LIBERDADE DO TRABALHADOR E O PODER DIRETIVO EM APARENTE CONFLITO

Quando há um conflito entre direitos fundamentais (a exemplo da liberdade de expressão do pensamento e outro direito fundamental, como os de personalidade), a resolução passa a ser analisada e julgada pelo poder judiciário, que exerce uma ponderação ou exercita a técnica de proporcionalidade entre os conflitos desta natureza.

O método de análise e “escolha” de que direito irá prevalecer que primeiro surge ao tratar de questões desta natureza é a ponderação, sustentada pela teoria alexyana. No entanto, não se pode coadunar com a ideia de que há uma escolha a ser feita pelo julgador, uma vez que, revestido de neutralidade e imparcialidade, não possui fundamentos para adotar um direito em detrimento de outro. Há, ainda, um estudo das provas apresentadas no processo e a adoção de técnicas que permite aferir qual dos direitos é de válida limitação no caso concreto, cuja fundamentação deve ser apresentada de forma convincente e com base em argumentos jurídico-normativos.

Isto porque, a decisão não pode ser compreendida como um ato em que o juiz faça uma escolha dentre várias possíveis soluções para um caso. Decidir não significa escolher, uma vez que a escolha sempre é parcial e isso se exprime em discricionariedade (STRECK, 2013, p. 107). A decisão deve se dar, portanto, por meio de um comprometimento com algo que se antecipa, assimilado como a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (STRECK, 2013, p. 108).

Quando há uma aparente colisão entre normas (compreendida aqui como a prevalência de uma sem a invalidação de outra), a solução apontada como inevitável é a ponderação de princípios, que fundamenta a validade das regras constitucionais pelo teste da proporcionalidade das restrições. Contudo, por vezes os princípios aparentemente colidentes possuem a mesma hierarquia normativa e não podem ser invalidados em uma decisão judicial, motivo pelo qual se crítica a opção ponderativa usualmente aceita.

Neste norte, quando se deparam com questões delicadas, os julgadores precisam de critérios de análise para não julgar de acordo com suas consciências, garantindo maior neutralidade com os fatos do caso concreto. Essa forma de ponderação, aplicável em casos em que a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando a situação em concreto possui aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferentes. Portanto, o balancing test é uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.” (BARCELLOS, 2005, p. 23).

Isto porque, essa técnica apresenta critérios específicos para a tomada de decisões, tornando possível o respeito judicial perante a resolução legislativa de questões como o comprometimento mínimo.

Os critérios de avaliação de casos de conflito aparente de direitos fundamentais podem ser considerados: a) a legitimidade da matéria em pauta, ou seja, sua vinculação ao ordenamento e, sobretudo, aos fins prescritos; b) a adequação da medida em pauta, ou seja, seu caráter realmente adequado à proteção dos fins prescritos; c) a necessidade da medida em pauta, ou seja, seu caráter imprescindível e, antes de mais nada, a inexistência de meios menos onerosos para os resultados afetados; e d) a proporcionalidade, em sentido estrito, da medida em pauta, ou seja, se dela derivam mais benefícios ou vantagens de interesse geral do que para outros bens e valores em conflito<sup>5</sup> (PULIDO, 2007, p. 765).

Com a finalidade de analisar se o Tribunal Superior do Trabalho tem decidido de forma racional questões em que a liberdade de expressão do pensamento do trabalhador no ambiente virtual de trabalho tem sido limitada pelo poder diretivo do empregador, utilizando critérios científicos, colaciona-se uma decisão com problemática semelhante, a fim de identificar e analisar os principais argumentos utilizados.

A escolha deu-se por ser uma das mais recentes que tratam sobre limitação imposta, decorrente do poder diretivo do empregador, à liberdade de manifestação do pensamento de um empregado nas redes sociais, cujo conteúdo

<sup>5</sup> Para mais formulações nesse sentido, ver obra El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (PULIDO, 2003).



foi proferido fora do horário de trabalho, contudo dizia respeito à imagem da empresa empregadora

Trata-se de Agravo de Instrumento<sup>6</sup> que buscava destrancar decisão que negou Recurso de Revista no TST, cujo argumento era a desconstituição de justa causa de funcionário público, decidida em processo administrativo de sindicância que apurou ter o agravante realizado seguinte comentário em rede social do facebook: “Já está mais do que na hora de o Ministério Público fazer uma devassa na CEDAE e prender esta quadrilha que nela instalou-se.”

A decisão proferida em fevereiro de 2018 manteve a decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro (TRT01) em Recurso Ordinário bem como do TST em Recurso de Revista, confirmando que o comentário foi de caráter ofensivo e desproporcional e que a intenção do reclamante era manchar a reputação da empresa, já que estava descontente com os procedimentos adotados. O agravante buscava reverter a justa causa, alegando que o comentário se deu mediante a liberdade de expressão do pensamento, garantido constitucionalmente. Contudo, a Suprema Corte Trabalhista reconheceu que “a exposição com fito negativo e ofensivo nas redes sociais extrapola o direito à liberdade de expressão”, mantendo a decisão de segundo grau.

Em que pese a quarta turma do TST não tenha explicitado critérios científicos para fundamentar sua decisão, avaliar-se-á o mesmo caso por meio do balancing test para verificar se a decisão tomada está em acordo com a técnica de ponderação apresentada.

Legitimidade: trata-se de um pedido de reversão de justa causa, realizada como forma de punição pelo empregador (agravado) pautado no poder diretivo e na livre iniciativa, sob o argumento de que o comentário em rede social se deu por meio dos preceitos da liberdade de expressão do pensamento do trabalhador. Portanto, em se tratando de aparente colisão entre direitos fundamentais (poder diretivo decorrente da livre iniciativa em face da liberdade de expressão), é legítima para ser analisada pelo balancing test.

Adequação: a medida da dispensa por justa causa apresenta-se adequada ao caso em tela, uma vez que foi realizado o devido processo administrativo de

<sup>6</sup> Agravo de instrumento nº TST-AIRR-10683-66.2015.5.01.0051

sindicância para apurar a gravidade dos fatos. O processo concluiu que a atitude do trabalhador extrapolou os limites da liberdade, atingindo a reputação e a imagem da empresa onde trabalhava, além de seus superiores e colegas de trabalho, uma vez que imputou crime inexistente aos demais funcionários da empresa que, por ser de fato público, requer ainda mais transparência em suas ações. Assim, a dispensa por justa causa é adequada uma vez que atinge os meios pretendidos: de proteção da imagem da empresa e punição de um trabalhador, que além de macular a imagem da empresa onde trabalha, imputa falsamente crime a seus colegas.

Necessidade: em se tratando de imputação criminosa aos superiores hierárquicos e na divulgação de uma imagem manchada pela utilização desonrosa da empresa, bem como levando em consideração que houve um processo administrativo de sindicância acerca da atitude do trabalhador, os princípios de ampla defesa e contraditório não restaram violados. Isso demonstra que a medida (dispensa por justa causa) foi imprescindível, uma vez que se houvesse outra forma menos gravosa de punir o trabalhador na medida da sua atitude, seria definida em comissão administrativa.

Proporcionalidade em sentido estrito: por fim, a proporcionalidade em sentido estrito demonstra que a dispensa por justa causa do trabalhador apresenta maior benefício ao interesse geral.

Isto porque a utilização das redes sociais (cuja propagação é de amplitude comprovadamente maior que a simples divulgação de opinião por meio da palavra oral) pelo trabalhador que divulgou haver uma quadrilha formada pelos colegas da empresa em que laborava se trata de calúnia e as consequências da manutenção do trabalhador do quadro de funcionários da empresa teria proporção inimaginável.

Portanto, há um equilíbrio entre a medida tomada (dispensa por justa causa) e o resguardo dos direitos de personalidade do trabalhador, sendo a medida mais justa que poderia ser tomada, uma vez que a liberdade do trabalhador foi utilizada de forma a violar outros direitos (como da imagem da empresa). Logo, a dispensa é o que parece ter maior relevância ao interesse geral.

No caso em análise, a decisão que manteve a dispensa por justa causa se mostra adequada se analisada por meio da técnica do balancing test, demonstrando não somente que a proporcionalidade sugerida é capaz de resolver

situações desta natureza, mas que se pode chegar à mesma conclusão utilizando-se de racionalidade para tanto.

## 4 CONCLUSÃO

Diante dos estudos realizados nesta pesquisa que buscou um meio racional para solucionar questões de conflitos trabalhistas que envolvem aparente colisão entre os direitos fundamentais de livre iniciativa do empregador e a liberdade de expressão do pensamento do trabalhador, conclui-se que o balancing test pode ser utilizado como técnica de ponderação com critérios científicos que garantem segurança jurídica das decisões a serem tomadas em questões desta natureza.

Isto porque, a liberdade de manifestação do pensamento é um meio de manifestar qual o mínimo exigido para se viver de forma digna e, portanto, direito fundamental de todo ser humano digno. Os direitos fundamentais se referem a princípios que informam uma ideologia adotada por um sistema jurídico, que designa prerrogativas e instituições que consideram como uma convivência de vida digna, igual e livre a todas as pessoas.

No entanto, ao ingressar no ambiente de trabalho, o trabalhador realiza contrato com seu empregador, subordinando-se a ordens e aos preceitos da empresa onde passa exercer seu labor. Diante deste contrato, tanto o trabalhador deve exercer seu direito à liberdade de manifestação do pensamento limitada a não ofender a honra e a imagem da empresa, quanto o empregador limita suas ordens a manutenção de condições dignas, de maior cumprimento possível dos direitos do seu empregado.

Analisando a decisão do TST, denota-se que, coincidentemente, chegou a mesma conclusão que chegaria caso fosse avaliada pela técnica de ponderação apresentada. Portanto, independente da solução final do caso em apreço, conclui-se pela possibilidade da utilização do balancing test para verificar a proporcionalidade entre a aparente colisão de direitos fundamentais, a exemplo do caso estudado, qual seja a validade de limitações à liberdade de expressão do pensamento do trabalhador, no ambiente virtual de trabalho ou fora dele.

No entanto, mais do que a possibilidade de ser utilizado, o método aplicado é dotado de critérios científicos que conferem racionalidade à decisão, garantindo maior segurança jurídica as partes interessadas. Isto porque, caso for utilizado sempre este método na tomada de decisões pelos tribunais superiores e instâncias de primeiro grau, tanto o trabalhador saberá a limitação da sua liberdade de expressão do pensamento, quanto o empregador terá maior convicção ao tomar atitudes que reprimam ou limitem este direito fundamental.

Além da segurança jurídica, a utilização do balancing test seria capaz de dar maior previsibilidade às decisões judiciais, o que tem o potencial de reduzir de forma considerável as demandas desta natureza, uma vez que o limite dos direitos fundamentais de cada uma das partes – poder diretivo e liberdade de expressão – já seria de seu conhecimento e, portanto, maior aplicação, o que permite a convivência destes direitos sem colisões.

Embora a técnica seja extraída do ordenamento jurídico estadunidense e ainda sequer abarque uma tradução para a língua portuguesa, há de se relatar que, no Brasil, a maioria das normas do ordenamento jurídico e formas de atuação do poder judiciário são copiadas de outros países. Nesse contexto, a melhor forma de extrair alguma técnica que fosse possível concluir por um julgamento é fazê-lo de um país que apresenta concretude em suas decisões.

Além disso, a técnica de ponderação utilizada no Brasil pelos tribunais (alexiana) já se demonstrou ineficaz no país, na medida em que favorece que o julgador utilize do argumento de ponderação para não motivar suas decisões, optando por uma resposta ao caso e, depois, debatendo-se para encontrar argumentos que fundamentem sua decisão.

Portanto, este estudo conclui que, embora o balancing test não seja a solução que apresente total e absoluta certeza de que os julgados serão de maior transparência, pelo menos apresenta critérios científicos para dar sustentabilidade a decisão tomada, além de ser capaz de solucionar casos em que há aparente conflito entre direitos e garantias fundamentais de forma racional.

Isto porque, os critérios científicos utilizados na técnica traduzem uma segurança jurídica das partes da relação trabalhista, que podem se utilizar do mesmo método para realizar a proporcionalidade das suas atitudes antes de

realizar qualquer ato que possa violar (ou mitigar direito) da outra parte e, assim, evitar as lides trabalhistas.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução: Wumberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 maio [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/De15452.htm). Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. *Processo n. 10683-66.2015.5.01.0051*. Dispensa por Justa Causa. Mau Procedimento. Liberdade de Expressão. Violação Constitucional Não Configurada. Agravante: Aldemir Silva Pacheco. Agravada: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing. Julgamento em: 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em: 2 jan 2019.

BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1972.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. Liberdade de expressão e discurso do ódio: Um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. In: BAEZ, N. L. X. et al. (org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012. p. 323-344.

MARX, Karl. *O Capital*. Tradução: Gabriel Deville. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013. Título original: *Das Kapital*.

MORAES, Alexandre Fernandes de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: Transversalidade da tutela à privacidade. *RIL*, Brasília, DF, ano 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2016.

PICCOLI, Anna Letícia; CARNEIRO, Rosane Machado. A liberdade como movimento de expressão da dignidade da pessoa humana. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, 27., 2018, Florianópolis: CONPEDI, 2018. ISBN: 978-85-5505-728-1. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/0a991816/rofvd62Py3Omc16k.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

STRECK, Lênio. *Decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

# A EFICÁCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Elisandra Riffel Cimadon<sup>1</sup>  
Felipe Schmidt<sup>2</sup>

**Resumo:** Em que pese tenham sido positivados no ordenamento jurídico nacional inúmeros dispositivos acerca da proteção ao trabalho da Pessoa com Deficiência, a distância entre a previsão normativa e sua efetividade é significativa. Nesse sentido, com base no método indutivo, o objetivo geral desta pesquisa é verificar de que maneira se pode equacionar a Eficácia social ou efetividade das disposições normativas afetas à proteção do trabalhador com deficiência entre os Atores Sociais, sejam eles as próprias Pessoas com Deficiência, Sociedade em geral, empregadores, Ministério Público e Poder Judiciário. Busca-se também, como objetivos específicos, caracterizar elementos de Eficácia normativa e social da proteção à Pessoa com Deficiência, abordar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário frente à matéria e identificar meios de Eficácia normativa e social para que a inclusão da Pessoa com Deficiência ocorra de forma global e não setorial.

**Palavras-chave:** Atores Sociais. Eficácia. Norma. Pessoa com Deficiência. Proteção ao Trabalho.

## 1 INTRODUÇÃO

O conceito e terminologia de Pessoa com Deficiência, por muitos anos, sofreu adaptações e mereceu diversas acepções. Fato é que atualmente estão consolidados os entendimentos acerca do uso da expressão Pessoa com Deficiência e de seu conceito jurídico, previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, promulgados no Brasil por meio do Decreto n. 6.949, de

<sup>1</sup> Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí; Advogada na Unoesc (SC).

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí; Promotor de Justiça (SC).

25 de agosto de 2009, e albergados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015).

Ocorre que, no Brasil, desde muito antes de tal consolidação, há normas que regulam os deveres e direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente, no que diz respeito à proteção ao trabalho. E é sob este enfoque que se questiona: Diante de tantas normas e conflitos de interpretação e aplicação destas, de que maneira se pode assegurar/promover a Eficácia social ou efetividade das disposições normativas afetas à proteção do trabalhador com deficiência entre os Atores Sociais, sejam eles as próprias Pessoas com Deficiência, Sociedade em geral, empregadores, Ministério Público e Poder Judiciário?

Durante a primeira fase da reflexão para a elaboração do presente artigo especificou-se o Referente (PASOLD, 2018, p. 62) do seguinte modo: apresentar uma visão geral da terminologia e do conceito jurídico de Pessoa com Deficiência, bem como identificar de que maneira a doutrina observa a Eficácia das Normas de proteção ao trabalho da Pessoa com Deficiência. Na segunda fase da investigação realizou-se a busca de acórdãos relacionados ao tema, a fim de constatar de que maneira o Ministério Público e o Poder Judiciário o analisam.

Já na terceira fase de pesquisa, correlacionaram-se os fatos e fundamentos da fase de investigação, direcionando-os para a quarta fase da pesquisa, a de relatório, que aponta para um exame do Referente abordado.

Para a formulação deste estudo realizou-se pesquisa e definição do principal enfoque como sendo identificar meios para alcance da Eficácia normativa e social das Normas de proteção ao trabalho das Pessoas com Deficiência, colacionada à análise de citações doutrinárias e de jurisprudência recente que propiciou contextualização para a percepção geral do Referente, de acordo com o que a base lógica do Método Indutivo (PASOLD, 2018, p. 95) preleciona.

## 2 TERMINOLOGIA E CONCEITO JURÍDICO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ao longo do tempo, diversas designações foram utilizadas em Direito para indicar as Pessoas com Deficiência, como “loucos de todo o gênero”,



“excepcional”, “inválido”, “deficiente”, “pessoa portadora de deficiência”, “pessoa portadora de necessidades especiais” e “Pessoa com Deficiência”. No dizer de Eduardo Jannone da Silva, “algumas dessas expressões e palavras realçam a incapacidade, outras, mais a noção de deficiência e algumas sequer chegam a mencionar a deficiência, usando de eufemismo.” (SILVA, 2009, p. 117).

Para Flávia Piva de Almeida Leite, “muitos termos ou denominações utilizadas nos revelam concepções equivocadas ou enraizadas em preconceitos.” (LEITE, 2007, p. 106). A expressão “loucos de todo o gênero”, por exemplo, era utilizada pelo Código Civil de 1916 (art. 5º, II) para designar pessoas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, notadamente, aquelas que tinham algum distúrbio psiquiátrico. Tal dicção, que pode ser considerada vexatória, acabou substituída, no Código Civil vigente, pela referência a “enfermidade ou deficiência mental” da qual decorra falta de discernimento (art. 3º, II), tendo sido posteriormente suprimida pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Outrossim, os vocábulos “excepcional”, “inválido” e “deficiente” expressam conteúdo preconceituoso, pois trazem a ideia de que as pessoas que denominam se encontram fora dos padrões, não são válidas, não são eficientes, e também excludente, porque ressaltam mais as diferenças que as similitudes, em relação aos demais, dos indivíduos que qualificam (LEITE, 2007, p. 107).

A designação “pessoa portadora de deficiência”, a despeito de ter sido utilizada pela Constituição de 1988 e pela Lei n. 7.853/89, esta que institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, também não se revela adequada, uma vez que dá a entender que a deficiência é portada ou carregada pelo indivíduo (DE BONA, 2011, p. 298), como se fosse algo externo e não intrínseco, além de revelar uma contradição, porque na maior parte das vezes as Pessoas com Deficiência se ressentem de uma falta (física, sensorial ou psicológica), e é paradoxal a noção de carregar consigo (portar) algo que está ausente (FIGUEIREDO apud LEITE, 2007, p. 108).

O mesmo se pode dizer da expressão “pessoa portadora de necessidades especiais”, cabendo acrescentar que a ideia de “necessidades especiais” pode compreender outras pessoas ou grupos que precisam de determinado apoio a

ser por vezes promovido por intermédio de políticas públicas (ARAÚJO, 2007, p. 14), motivo por que essa terminologia se afigura imprecisa.

Assim, a expressão “Pessoa com Deficiência” se revela atualmente a mais adequada, tendo sido adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, celebrados no âmbito da Organização das Nações Unidas, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007 e promulgados no Brasil pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, tendo sido acolhida pela Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Examinada, ainda que sucintamente, a adequação da terminologia a ser empregada para designar as Pessoas com Deficiência, passa-se à sua conceituação, à luz da doutrina e da legislação de regência.

Em sede doutrinária, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim conceituou o vocábulo “deficiente”: “aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados normais.” (FERREIRA FILHO apud LEITE, 2007, p. 97). Já Pontes de Miranda formulou o seguinte conceito: “pessoas que, por falta ou defeitos físicos ou psíquicos, ou por procedência anormal (nascido, por exemplo, em meio perigoso), precisam de assistência.” (PONTES DE MIRANDA apud LEITE, 2007, p. 98).

Os conceitos doutrinários mencionados são anteriores à Constituição de 1988, mas, mesmo assim, e a despeito da envergadura dos juristas que os formularam, merecem severa crítica, uma vez que consideram a deficiência como uma situação de inferioridade e anormalidade, o que não se coaduna com o tratamento dado à matéria após aquele texto constitucional.

Na doutrina posterior à Constituição de 1988, Patrícia Tuma Martins Bertolin traz conceito proposto por membros do Ministério Público do Trabalho que atuam na defesa de Pessoas com Deficiência, qual seja:

Pessoa portadora de deficiência é toda aquela que sofreu perda, ou possua anormalidade, de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado Normal para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física,

auditiva, visual, mental, quer permanente, quer temporária. (BERTOLIN, 2011, p. 1063).

A concepção de Samir Dîb Bachour é ainda mais adequada, porque relaciona a deficiência com as dificuldades de interação da pessoa com o meio circundante:

Partindo-se da evolução atual do conceito de deficiência, que a correlaciona às barreiras existentes na interação de certas pessoas com o meio, se há insuficiência ou falha, a deficiência consiste justamente na remoção destes óbices. A percepção por esta outra perspectiva retira a conotação negativa que recai sobre a pessoa e a desloca para a insuficiência da adaptação do meio à diversidade das necessidades de todos aqueles que integram a coletividade. (BACHOUR, 2011, p. 30).

Assim, a doutrina jurídica evoluiu na conceituação do que seja Pessoa com Deficiência, notadamente após a Constituição de 1988, tendo em vista que passou de uma compreensão inicialmente discriminatória para outra inclusiva daquelas pessoas, despida da conotação negativa antes existente.

No que diz respeito à legislação de regência da matéria, a Constituição de 1988 originalmente não conceituou Pessoas com Deficiência, e apenas após sua edição incorporou a já referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que traz a definição daquelas pessoas, adiante enunciada.

Contudo, há diversas definições de Pessoas com Deficiência em leis e decretos regulamentares, como: a) a Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), versando sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC), em seu art. 20, §2º, com redação da Lei n. 12.470/2011;<sup>3</sup> b) a Lei n. 8.989/95, que isenta as Pessoas com Deficiência do pagamento de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) quando da aquisição de veículos automotores, art. 1º, §§ 1º e 2º, incluídos pela Lei

<sup>3</sup> “Para efeito de concessão deste benefício, considera-se Pessoa com Deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

n. 10.690/03;<sup>4</sup> c) o Decreto n. 6.214,<sup>5</sup> de 26 de setembro de 2007, Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, art. 4º, II; d) o Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, com redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que conceitua Pessoa com Deficiência e estabelece suas categorias.<sup>6</sup>

Tem-se que todos os conceitos de Pessoa com Deficiência, quer sejam fixados por lei, quer por decreto, devem ser atualmente compreendidos à luz do art. 2º, caput, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015):

Considera-se Pessoa com Deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

É que esse preceptivo legal, que traz um conceito que se pode considerar “geral” de Pessoa com Deficiência, não revogou os conceitos antes dispostos, de caráter “setorial” (ou seja, aplicável ao IPI, ao BPC, etc.), pois quando o Estatuto

<sup>4</sup> “[...] é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. [...] é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.”

<sup>5</sup> “[...] Pessoa com Deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

<sup>6</sup> “[...] I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 600; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015) quis revogar disposições pretéritas o fez expressamente, o que não ocorreu quanto ao ponto sob exame (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 23).

Tal dispositivo repete, quase em sua integralidade, o disposto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, diploma normativo promulgado pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que inspirou a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015) (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 22) e traz em seu art. 1º a seguinte definição:

Pessoas com Deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Cumpra-se anotar que tal convenção, porque versante sobre direitos humanos, foi incorporada ao vigente texto constitucional após ter sido submetida ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República (aprovação por cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação em cada uma, por três quintos dos votos dos membros de cada casa).

Entretanto, a Convenção e seu Protocolo Facultativo, ademais de ter fixado o conceito supratranscrito, reconhece que deficiência é um conceito “[...] em evolução e que a deficiência resulta da interação entre Pessoas com Deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas [...]”

Nessa linha, o conceito de Pessoa com Deficiência a ser atualmente empregado é aquele que consta da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, albergado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015), não somente por ter estatura de Norma constitucional, mas também por

sua maior adequação, pois não divisa a deficiência sob enfoque discriminatório, médico ou assistencialista, mas sob o prisma da maior dificuldade de interação da pessoa com o meio circundante e das consequências daí decorrentes, o que preserva a dignidade da Pessoa com Deficiência.

Compreendido o que é Pessoa com Deficiência para efeito de sua tutela jurídica, passa-se à abordagem acerca da Eficácia das Normas de Proteção ao Trabalho dessas pessoas.

### 3 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: VISÃO DOUTRINÁRIA

Em que pese tenham sido positivados no ordenamento jurídico nacional todos esses dispositivos constitucionais e legais acerca da proteção ao trabalho da Pessoa com Deficiência, a distância entre a Norma e o fato, vale dizer, entre o que dispõem os preceitos jurídicos acima examinados e o que se verifica na realidade é significativa, até porque, conforme Patrícia Tuma Martins Bertolin, leis há muitas, mas o maior desafio é o da mudança cultural, que não se faz por decreto (BERTOLIN, 2011, p. 185). Nessa linha, segundo a doutrina, “[...] A nações bem sucedidas nesse campo baseiam o apoio a essas pessoas em um intrincado tripé, a saber, educação, reabilitação e compensação às empresas por estímulos e benefícios.” (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2013).

Patrícia Tuma Martins Bertolin ensina que geralmente os países que mais se preocupam com a questão de seus deficientes “[...] são aqueles que passaram por longas guerras e viram retornar um grande número de mutilados, que tinham por obrigação receber bem. O Brasil não teve essa experiência e, portanto, não conseguiu esse amadurecimento.” (BERTOLIN, 2011, p. 185). Afirma, ainda, que

[...] em nosso país, grande número de deficiências é causado – ou agravado – pela miséria, que cria gerações de subnutridos, e pela inexistência de um serviço de saúde que garanta a todos um pré-natal, por meio do qual muitas doenças poderiam ser evitadas ou tratadas; miséria que induz as pessoas a prestarem

trabalho submetidas às piores condições, com grave risco à sua saúde e à sua integridade física. Considere-se, ainda, que tais pessoas, doentes ou acidentadas, não recebem tratamento ou reabilitação, que lhes permita retornar às suas atividades. (BERTOLIN, 2011, p. 185).

E, no mesmo sentido, entende Luiz Antonio Miguel Ferreira:

São inúmeras as leis que buscam regulamentar os direitos da pessoa portadora de deficiência. Tais leis não se apresentam como um todo harmonioso, dificultando sua aplicação, uma vez que regulamentam a matéria leis esparsas, na esfera federal, estadual e municipal, além de decretos regulamentares, portarias e resoluções específicas para cada tipo de deficiência. (FERREIRA, 2013).

Assim, o problema não é a inexistência de Normas jurídicas etorizadas à promoção e proteção do trabalho da Pessoa com Deficiência, mas a falta de Eficácia dessas Normas.<sup>7</sup>

Aliás, a própria existência de um vasto número de atos normativos que tratam dos direitos daquelas pessoas dificulta sua aplicação, mesmo porque tais atos não constituem um todo harmônico, mas são Normas de diversas espécies (Constituição, leis, decretos, portarias, resoluções), produzidas por todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal, Municípios).

Portanto, se perquire a respeito de que maneira se pode assegurar/promover a Eficácia social ou efetividade das disposições normativas afetas à proteção do trabalhador com deficiência entre os Atores Sociais, sejam eles as próprias Pessoas com Deficiência, Sociedade em geral, empregadores, Ministério Público e Poder Judiciário.<sup>8</sup>

Nesse sentido, há entendimento que propõe o cumprimento da Norma de forma mais flexível, para que possa implementá-la como medida necessária

<sup>7</sup> Em doutrina, fala-se em Eficácia jurídica e Eficácia social das Normas de direito. A Eficácia jurídica corresponde à possibilidade de a Norma jurídica vir a produzir efeitos, à sua aptidão para fazê-lo. A Eficácia social, também chamada de efetividade, corresponde à observância da Norma por seus destinatários, ao cumprimento dos comandos dela emanados, que pode se dar de forma voluntária ou por imposição (PIMENTA JÚNIOR, 2003, p. 36-37).

<sup>8</sup> Acerca da matéria, veja-se a lição de Patrícia Tuma Martins Bertolin: “Observa Ricardo Tadeu Marques da Fonseca que, enquanto o direito civil contemporâneo incorpora princípios constitucionais, com

para promover a inserção da Pessoa com Deficiência no mercado de trabalho. Prelecionam Cavalcante e Jorge Neto (2013):

Alguns têm apontado como solução para a inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, uma maior flexibilização do Direito do Trabalho, de maneira a permitir um crescimento do número de postos de trabalho existentes e adequações específicas para cada realidade. A fixação dos limites de flexibilização de direitos trabalhistas ainda é muito controvertida no Direito do Trabalho brasileiro. Em linhas gerais, o Direito brasileiro adotou um sistema de flexibilização atrelado a negociação coletiva no que se refere à irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, da CF), compensação e redução da jornada de trabalho (XIII) e turnos ininterruptos (XIV). [...] O que não pode ser aceito é a existência de relações de trabalho sem proteção legal do Estado, com argumentos de que o empregador e o empregado podem pactuar livremente seus direitos e deveres, como decorrência do princípio da autonomia privada.

Ressalta-se que essa tese propõe apenas a flexibilização do Direito do Trabalho, não, evidentemente, sua supressão, de modo a deixar as decisões acerca da matéria unicamente ao talante da autonomia privada dos indivíduos.

Também há que se apontar o entendimento de Carlos Alberto Pereira de Castro, o qual propõe que “um novo Direito do Trabalho deve estar inspirado nos mesmos paradigmas que são apontados pela doutrina civilista” (CASTRO, 2003, p. 41), e o Código Civil adota como princípios “[...] (1) o da boa-fé objetiva, (2) o da tutela do hipossuficiente, e (3) o da função social do contrato, caminhando, assim, numa tendência de maior intervenção estatal [...]” (CASTRO, 2003, p. 37). Segundo o autor,

---

o predomínio do princípio da dignidade humana, mitigando a força da autonomia da vontade, prevalecendo a situação jurídica dos sujeitos, vista objetivamente, o direito do trabalho tem sido objeto de críticas, “buscando a redução de Normas laborais, sua privatização.” Mas, constata também que “se por um lado houve alguns excessos publicistas, por outro, o direito laboral não acolheu, no Brasil, a população trabalhadora que ainda não teve acesso ao Estado de Bem-Estar Social.” [...] “Depura-se, nesse confronto de tendências, o direito do trabalho contemporâneo, uma vez que, no corte de Normas laborais, na revogação de tais Normas e substituição por Normas negociadas, reconhece-se a necessidade de preceitos de ação afirmativa que se consolidam pela via legal, nos países de tradição do direito escrito, e pela via judicial, nos países da common law’.” (BERTOLIN, 2011, p. 185).



A preservação da dignidade humana, princípio norteador da atividade estatal no que tange ao disciplinamento das condutas em sociedade, é de ser dotada de efetividade, tanto no Direito Civil como em qualquer outro conjunto de Normas regentes de relações jurídicas. [...] urge que a nova ordem jurídica trabalhista seja estabelecida segundo os princípios fundamentais inscritos no Texto Constitucional, destacados: os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa, e o objetivo de redução das desigualdades sociais (Constituição, artigos 1º e 4º). (CASTRO, 2003, p. 38).

Portanto, a aproximação da doutrina civilista com o Direito do Trabalho poderia assumir uma postura que pode gerar maior Eficácia social ou efetividade das disposições normativas afetas à proteção do trabalhador com deficiência.

Também, há quem sustente que a maior participação da Pessoa com Deficiência no mercado de trabalho deveria partir de seus próprios concidadãos, por intermédio de uma mudança na formação e na mentalidade dos indivíduos, os quais poderiam tomar consciência do preconceito e da discriminação sofridos pelo trabalhador com deficiência e atuar para superá-los.

Nesse sentido:

O tratamento igualitário, não-discriminado e digno, não deveria decorrer de uma regulamentação compulsória, mas estar presente na formação de cada indivíduo. Todavia, como nossa sociedade ainda detém preconceitos arraigados, impõe-se, na hipótese dos portadores de deficiência, uma obrigatoriedade do emprego. (MARQUES, 2006, p. 123).

[...] os mecanismos de inclusão devem, pelo menos a longo prazo, não apenas forçar a inclusão, mas principalmente criar a consciência de sua necessidade, a consciência de que a diferenciação e discriminação, na maioria das vezes, é preconceituosa e não racional, para que no futuro não mais sejam necessários mecanismos de inclusão forçada. [...] Enquanto uma nova consciência coletiva, dotada de valores humanistas, não se torna a regra, para contratação e tratamento das Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho, as ações afirmativas continuam necessárias

para conferir a essa parcela da população, desde sempre injustamente excluída e marginalizada, condições minimamente dignas de sobrevivência. (HIDALGO, 2001, p. 115-116).

Esse seria o caso de observância voluntária das disposições normativas por seus destinatários. Todavia, impõe-se reconhecer que a hipótese de “mudança de mentalidade” ou de surgimento de uma “nova consciência coletiva”, como referido na doutrina, se afigura utópica e bem distante de acontecer. Portanto, talvez fosse necessário, ainda no que diz respeito à observância voluntária das Normas de Proteção ao Trabalho da Pessoa com Deficiência, haver incentivos fiscais ou subsídios por parte do Poder Público, como forma de estímulo à contratação de trabalhadores com deficiência. Porém, aquelas medidas, se adotadas, deveriam ser acompanhadas de uma eficiente fiscalização, a fim de evitar que, a despeito do recebimento do incentivo fiscal ou do subsídio por parte do empregador, persistisse a inobservância das Normas de proteção ao trabalho da Pessoa com Deficiência.

Ocorre que a adoção desse modelo como única solução para o problema também acabaria por externalizar os custos (decorrentes dos incentivos fiscais e dos subsídios) da contratação dos trabalhadores com deficiência, transferindo-os para o Poder Público e, por conseguinte, para toda a Sociedade.

Por último, há, ainda, os que rejeitam a pura e simples imposição à classe patronal de Normas jurídicas que determinam a contratação de percentual de trabalhadores com deficiência:

Não faz sentido contratar Pessoas com Deficiência apenas porque a legislação brasileira obriga e a fiscalização pune os que não a cumprem. Só faz sentido contratar Pessoas com Deficiência quando se parte do reconhecimento da possibilidade que essas pessoas possam ter para se desenvolver para o trabalho – e não da aceitação inquestionável do limite ou da deficiência. [...] Empregabilidade, para as empresas, não deve ser compreendida tão somente como oferecer emprego para as Pessoas com Deficiência porque a legislação obriga, mas deve, sobretudo, abranger ações de inclusão e permanência mais efetiva desses profissionais no mundo do trabalho, com

perspectivas de desenvolvimento e ascensão profissional. Para isso é preciso conhecer os métodos necessários para qualificá-las, saber fazer a gestão de suas potencialidades e integrá-las nas equipes certas para que elas possam se desenvolver. [...] Por sua vez, as Pessoas com Deficiência devem demonstrar seu potencial, buscar o próprio crescimento e desenvolvimento profissional e apresentar independência e autonomia. Devem, enfim, estar preparadas para alcançar metas e chegar aos resultados esperados pelas empresas que as contratam. Caso não alcancem as metas e os resultados, as Pessoas com Deficiência poderão ser desligadas a qualquer momento e como qualquer outra. (RIBAS, 2009, p. 212).

Assim, entende-se, a princípio, que para a Eficácia das Normas de proteção ao trabalho das Pessoas com Deficiência não basta sua mera aptidão para produzir efeitos jurídicos (Eficácia jurídica), máxime em face do atual momento do Direito do Trabalho, que revela uma tendência à flexibilização, não se pode contar apenas com uma idealizada “mudança de mentalidade” ou “nova consciência coletiva”, que não se mostram factíveis, nem mesmo com a concessão de incentivos fiscais ou subsídios como forma de estímulo à contratação, cujos custos seriam transferidos para toda a Sociedade, mas também não se afigura bastante a mera imposição à classe patronal da contratação de trabalhadores com deficiência.

Em suma, para a Eficácia social (não somente jurídica) das Normas de proteção aos trabalhadores com deficiência não se pode prescindir da atuação conjunta do Poder Público, da Sociedade, do setor empresarial e das próprias Pessoas com Deficiência.

E, a fim de tentar compatibilizar os interesses de cada uma dessas figuras, que por vezes podem ser (e comumente são) díspares, dando assim Eficácia à ordem jurídica no que se refere à proteção das Pessoas com Deficiência nas relações de trabalho, há que se examinar o entendimento e a forma de atuação dos principais Atores Sociais quando se trata de fiscalização e cumprimento da Norma, notadamente Ministério Público e Poder Judiciário, a fim de identificar meios para o alcance da Eficácia normativa e social quanto ao tema em debate.

## 4 A IDENTIFICAÇÃO DE MEIOS PARA ALCANCE DA EFICÁCIA NORMATIVA E SOCIAL: VISÃO A PARTIR DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DO PODER JUDICIÁRIO

No final da década de 1980, com a Constituição de 1988 e mais especificamente com a Lei n. 7.853/89, é que o Ministério Público passou a ter atribuição constitucional e legal expressa para atuar, judicial ou extrajudicialmente, em defesa dos interesses individuais ou transindividuais das Pessoas com Deficiência.

Desde então, várias Normas de regência da matéria foram criadas, havendo atualmente em vigor, como visto anteriormente, um vasto número de atos normativos que tratam dos direitos das Pessoas com Deficiência, de diversas espécies (Constituição, leis, decretos, portarias, resoluções) e espalhados por todos os âmbitos da federação (federal, distrital, estadual e municipal). Cabe, então, ao Ministério Público, por intermédio de seus órgãos de execução, atuar para conferir efetividade a esse amplo conjunto normativo.

Entretanto, a tutela dos interesses da Pessoa com Deficiência não pode ser buscada pelo Ministério Público de modo fragmentado, abordando apenas o trabalho, a educação, a acessibilidade ou a saúde, mas deve ser efetuada em sua integralidade (FERREIRA, 2013) e abranger todas as circunstâncias que envolvem ações afirmativas.

No que diz respeito à atuação judicial, a Constituição da República previu, em seu art. 129, III, a possibilidade de o Ministério Público promover “a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” e, entre esses outros direitos difusos e coletivos, figuram aqueles afetos às Pessoas com Deficiência, inclusive, em sede trabalhista.<sup>9</sup> Leciona Jaime José Bilek lantas:

<sup>9</sup> Especificamente em relação ao Ministério Público do Trabalho, sua atuação tem amparo na Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993: “Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: [...] VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: a) a proteção dos direitos constitucionais; [...] d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; [...] XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos; [...] XIV - promover

O Ministério Público do Trabalho, através das Coordenadorias de Defesa dos Interesses Individuais Indisponíveis e Interesses Difusos e Coletivos – CODIN –, tem perseguido o cumprimento dos dispositivos constitucionais e legais, quando são ignorados os direitos das pessoas portadoras de deficiência, vinculados a uma relação de trabalho. (IANTAS, 2013).

outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...] XV - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção; [...] Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores; [...] VI - recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho; VII - funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes; [...] Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente: [...] IV - ser cientificado pessoalmente das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, nas causas em que o órgão tenha intervindo ou emitido parecer escrito; V - exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade.”

“[...] o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra forma de atuação a seu cargo.” (MAZZILLI, 2005, p. 390). Audiências públicas são reuniões organizadas pelo Ministério Público a fim de ouvir integrantes da sociedade civil e representantes dos poderes públicos acerca do desenvolvimento de determinada política pública ou das razões de sua inexistência, a fim de obter dados para implementar essa política (RAMOS, 2007).

O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo celebrado entre os órgãos públicos legitimados, entre os quais o Ministério Público (mas não apenas ele), e aquele que esteja praticando ação ou omissão que constitua lesão ou ameaça a interesses transindividuais, a fim de que adapte sua conduta às disposições legais aplicáveis à matéria (RAMOS, 2007). Ainda, “A negativa de firmar termo de compromisso, ou seu descumprimento, obriga o Ministério Público do Trabalho ao ajuizamento de ação civil pública, para a proteção de interesses difusos da pessoa portadora de deficiência e a execução da multa prevista no termo de ajuste de conduta.” (IANTAS, 2013).

A legislação também prevê uma série de instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público para inclusão da Pessoa com Deficiência no mercado de trabalho, entre os quais figuram o inquérito civil,<sup>10</sup> no bojo do qual podem ser determinadas notificações, requisições ou conduções coercitivas e realizadas audiências públicas,<sup>11</sup> lavrado o termo de ajustamento de conduta<sup>12</sup> e expedida recomendação.<sup>13</sup>

À luz do art. 128 da Constituição, que disciplina a divisão do Ministério Público em seus diversos ramos, a proteção à Pessoa com Deficiência nas relações de trabalho fica a cargo, principalmente,<sup>14</sup> do Ministério Público do Trabalho, como é o caso exemplificativo da exigência do art. 93 da Lei n. 8.213/91<sup>15</sup> e do

<sup>10</sup> “[...] o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra forma de atuação a seu cargo.” (MAZZILLI, 2005, p. 390).

<sup>11</sup> Audiências públicas são reuniões organizadas pelo Ministério Público a fim de ouvir integrantes da sociedade civil e representantes dos poderes públicos acerca do desenvolvimento de determinada política pública ou das razões de sua inexistência, a fim de obter dados para implementar essa política (RAMOS, 2007).

<sup>12</sup> O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo celebrado entre os órgãos públicos legitimados, entre os quais o Ministério Público (mas não apenas ele), e aquele que esteja praticando ação ou omissão que constitua lesão ou ameaça a interesses transindividuais, a fim de que adapte sua conduta às disposições legais aplicáveis à matéria (RAMOS, 2007). Ainda, “A negativa de firmar termo de compromisso, ou seu descumprimento, obriga o Ministério Público do Trabalho ao ajuizamento de ação civil pública, para a proteção de interesses difusos da pessoa portadora de deficiência e a execução da multa prevista no termo de ajuste de conduta.” (IANTAS, 2013).

<sup>13</sup> A recomendação é instrumento de que se vale o Ministério Público para sugerir a agentes do poder público e a particulares a adoção de providências para melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem assim para promover o respeito aos interesses cuja defesa lhe é atribuída, podendo exigir resposta escrita do destinatário e a adoção de providências em prazo que fixará, sob pena de tomada de outras medidas de natureza extrajudicial ou judicial em caso de descumprimento.

<sup>14</sup> Note-se: principalmente e não exclusivamente. Isso porque a atuação do Ministério Público do Trabalho não afasta por completo a atuação do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos dos Estados nessa seara, uma vez que lhes cabe promover a persecução penal pela prática de crimes contra as Pessoas com Deficiência (art. 8º, caput e III, da Lei n. 7.853/89, e art. 203, caput e §2º, e art. 207, caput e §2º, ambos do Código Penal) e aos Ministérios Públicos dos Estados a tutela de interesses afetos à infância e juventude, inclusive, no que se refere às relações trabalhistas. Nessa linha, no âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina há diversas iniciativas em andamento, como o Projeto Jovem Aprendiz, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e também a participação institucional nos Fóruns de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil.

<sup>15</sup> “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;

art. 36 do Decreto 3.298/99,<sup>16</sup> que trazem como cerne a “[...] índole trabalhista, voltado à inserção da p.p.d. no mercado de trabalho ou no sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido [...]” (RIBEIRO, 2006, p. 205).

Também a questão de cotas para Pessoa com Deficiência é colocada em debate justamente para examinar a visão, o entendimento e a forma de atuação do Ministério Público e Poder Judiciário, principais Atores Sociais quando se trata de fiscalização e cumprimento da Norma. Portanto, toma-se, como exemplo, o acórdão proferido recentemente, em 10 de abril de 2019, no processo n. TST-RR-26700-96.2011.5.17.0141.<sup>17</sup>

A discussão trazida nos autos mencionados diz respeito à imposição de multa administrativa por Auditor Fiscal do Trabalho à empresa, por ter descumprido a exigência do art. 93 da Lei n. 8.213/91 e do art. 36 do Decreto 3.298/99, ou seja, não ter preenchido, de acordo com tais comandos normativos, a cota de contratação de Pessoas com Deficiência, habilitados e reabilitados.

Tanto a sentença quanto o acórdão do Tribunal Regional, com base também no parecer do Ministério Público do Trabalho, foram desfavoráveis ao empregador, no sentido de que “é incontroverso nos autos o descumprimento pela empresa do artigo 93 da Lei 8.213/91 e que não existem escusas para a não observância da cota legal.” (acórdão TST-RR-26700-96.2011.5.17.0141).

Ocorre que, em sua defesa, a empresa que possuía mais de 100 (cem) empregados e, portanto, teria que contratar 94 (noventa e quatro) Pessoas com Deficiência, possuía em seu quadro funcional apenas 14 (quatorze) pessoas nessa condição. A defesa da empresa foi no sentido de que envidou todos os esforços para o cumprimento da Norma, com, inclusive, a assinatura de termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público do Trabalho, a publicação de oferta de vagas em jornais de grande circulação e o encaminhamento de ofícios ao Sistema Nacional de Emprego (Sine) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem

IV - de 1.001 em diante. ....5%.”

<sup>16</sup> “Art. 36. A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção: I - até duzentos empregados, dois por cento; II - de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento; III - de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou IV - mais de mil empregados, cinco por cento.”

<sup>17</sup> Recurso de Revista n. TST-RR-26700-96.2011.5.17.0141, em que é Recorrente FRISA - FRIGORÍFICO RIO DOCE S.A. e Recorrida UNIÃO (PGFN).

Industrial (Senai), mas que, mesmo assim, não foi possível a contratação de Pessoas com Deficiência “uma vez que é necessária a qualificação profissional compatível com a atividade desempenhada” (acórdão TST-RR-26700-96.2011.5.17.0141) e, assim, “as vagas não teriam sido preenchidas por falta de candidato com o perfil necessário.” (acórdão TST-RR-26700-96.2011.5.17.0141).

A decisão do Tribunal Regional do Espírito Santo foi recentemente reformada pelo Tribunal Superior do Trabalho, sob o fundamento de que

[...] esta Corte Superior tem firme jurisprudência no sentido de que não é cabível a condenação da reclamada pelo não preenchimento das vagas destinadas, por lei, aos portadores de deficiência ou reabilitados quando a empresa empreendeu todos os esforços possíveis para a ocupação das cotas legais, deixando de contratar a cota mínima por motivos alheios à sua vontade.

Portanto, o que se pode perceber com o caso concreto mencionado é que a atuação do Ministério Público do Trabalho tem sido efetiva para fazer cumprir as disposições normativas na sua literalidade, o que é positivo sob o ponto de vista da tutela dos interesses da Pessoa com Deficiência. Entretanto, o que fica claro é que a realidade social não se coaduna com a realidade normativa e é nesse sentido que o papel do Poder Judiciário se mostra fundamental para a Eficácia da Norma. Isso porque, conforme se pôde perceber, no acórdão mencionado, há inúmeros julgados que interpretam a Norma de forma não restritiva, considerando os esforços para cumprimento das ações afirmativas.

Nesse sentido, a Eficácia Social da Norma acontece a partir do momento em que as comprovações<sup>18</sup> são analisadas e, então, os meios para sua efetivação – no caso em tela, as Normas relativas à inserção de Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho – começam a ser identificados mais facilmente.

A partir do caso concreto mencionado, pode-se perceber que a doutrina e a jurisprudência começam a dialogar de modo mais assertivo, que o papel do

<sup>18</sup> Como a assinatura de termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público do Trabalho, a publicação de oferta de vagas em jornais de grande circulação e o encaminhamento de ofícios ao Sistema Nacional de Emprego (Sine) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), por exemplo.



Ministério Público do Trabalho continua sendo cumprido, mas também melhor interpretado, em razão da própria natureza de sua função, e que a atuação das empresas e sua gestão administrativa e financeira passa a ser mais bem desempenhada e aceita.

Além disso, a flexibilização do Direito do Trabalho, a aproximação do Direito do Trabalho com a doutrina civilista, a maior participação dos concidadãos e os incentivos do Poder Público passam a ser vistos como meios tendentes a solucionar o problema da Eficácia das Normas.

No caso concreto apresentado, a flexibilização do Direito do Trabalho ocorre quando o Colegiado do Tribunal Superior do Trabalho entende em iterativa jurisprudência que a empresa envidou todos os esforços possíveis para tentar cumprir a Norma, mas por circunstâncias alheias à sua vontade não obteve êxito. A aproximação do Direito do Trabalho com a doutrina civilista se dá, da mesma forma, quando a empresa demonstra boa-fé no cumprimento da Norma que impõe o preenchimento de dado número de postos de trabalho por Pessoas com Deficiência. Essa interpretação não restritiva do Poder Judiciário não anula a atuação do Ministério Público, ao contrário. Ela ajuda a resolver em âmbito global o problema da Eficácia das Normas que regulam os direitos e deveres das Pessoas com Deficiência, especificamente, no caso em comento, na esfera trabalhista.

Já a maior participação dos concidadãos fica evidente quando a empresa comprova documentalmente que não encontra no mercado pessoas com deficiência que ostentem a formação necessária para ocupação da vaga, o que demandaria, para a mudança da realidade, a atuação/iniciativa das próprias Pessoas com Deficiência.

Dessa maneira, para uma plena e adequada Eficácia das Normas, no que diz respeito à inserção das Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho, sugere-se a participação mais ativa não somente de alguns Atores Sociais, como é o caso do Ministério Público do Trabalho, na fiscalização, das empresas, no cumprimento da lei, mas da Sociedade como um todo, a fim de que seja possível equacionar as disposições normativas com a realidade social.

Assim, a interpretação não restritiva da Norma, a aproximação de fato, valor e Norma e o processo de conscientização dos Atores Sociais são meios

de Eficácia normativa e social para que a inclusão da Pessoa com Deficiência no mercado de trabalho ocorra de forma global e não setorial.

## 5 CONCLUSÃO

Os objetivos específicos da pesquisa foram alcançados, conforme se pôde demonstrar quando, num primeiro momento, foi esclarecida a discussão acerca da terminologia e o conceito jurídico de Pessoas com Deficiência; num segundo momento, quando discutida, em âmbito doutrinário, a questão da Eficácia das Normas de proteção ao trabalho das Pessoas com Deficiência e, por fim, quando identificados meios para o alcance da Eficácia normativa e social das Normas por intermédio da análise da recentíssima jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. O objetivo geral foi atingido, uma vez que se identificou que a flexibilização do Direito do Trabalho, sua aproximação com a doutrina civilista, a maior participação dos concidadãos em sua efetividade, o incentivo do Poder Público, bem como a interpretação não restritiva da Norma são maneiras possíveis de assegurar/promover a Eficácia social ou efetividade das disposições normativas afetas à proteção dos trabalhadores com deficiência entre os Atores Sociais.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: RT, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em Busca de um Conceito de Pessoa com Deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

BACHOUR, Samir Dib. *Portadores de Necessidades Especiais*. Salvador: Jus Podium, 2011.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *A Discriminação às Pessoas com Deficiência nas Relações de Trabalho. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 4, ago. 2011.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/99423/Protocolo\\_facultativo\\_Convencao\\_direito\\_pessoas\\_deficiencia\\_2008.pdf?sequence=4](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/99423/Protocolo_facultativo_Convencao_direito_pessoas_deficiencia_2008.pdf?sequence=4). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 3.298*, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as Normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 5.296*, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece Normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 6.214*, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à Pessoa com Deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8742.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.989, de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8989.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8989.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.690, de 16 de junho de 2003. Reabre o prazo para que os Municípios que refinanciaram suas dívidas junto à União possam contratar empréstimos ou financiamentos, dá nova redação à Lei no 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.690.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.470, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/L12470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12470.htm). Acesso em: 16 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-26700-96.2011.5.17.0141. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=26700&digitoTst=96&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0141&consulta=Consultar>. Acesso em: 18 jun. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Por uma nova ordem jurídica trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região*, ano 12, n. 17, p. 41, jan./jul. 2003.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O Portador de Deficiência no Mercado Formal de Trabalho*. 2013. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id249.htm>. Acesso em: 26 maio 2013.

DE BONA, Ana Paula Kock. Pessoa com Deficiência: Histórico, Denominação e Conceito. Atuação. *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, v. 8, n. 18, jan./jul. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*. Salvador: Juspodium, 2016.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *A inclusão da pessoa portadora de deficiência e o Ministério Público*. 2013. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id247.htm>. Acesso em: 26 maio 2013.

FREITAS, Maria Nivalda de Carvalho; MARQUES, Antonio Luiz (org.). *Trabalho e Pessoas com Deficiência – pesquisas, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009.

GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das Pessoas com Deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HIDALGO, Luiz Henrique Fernandes. *Ações Afirmativas para Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011.

IANTAS, Jaime José Bilek. *O Ministério Público do Trabalho e a Proteção dos Interesses do Trabalhador Portador de Deficiência*. 2013. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub58.html> Acesso em: 26 maio 2013.

LEITE, Flávia Piva Almeida. *O Município Acessível à Pessoa Portadora de Deficiência: o direito à eliminação das barreiras arquitetônicas*. São Paulo: RCS, 2007.

MARQUES, Christiani. Discriminação no emprego. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (org.). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: RT, 2006. p. 123.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 14. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PIMENTA JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição e Ineficácia Social*. Curitiba: Juruá, 2003.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A Defesa dos direitos das Pessoas com Deficiência: atribuições do Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos de Direitos. In: GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das Pessoas com Deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 434.

RIBAS, João Baptista Cintra. Por que empregar Pessoas com Deficiência? In: FREITAS, Maria Nivalda de Carvalho; MARQUES, Antonio Luiz (org.). *Trabalho e Pessoas com Deficiência – pesquisas, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 212.

RIBEIRO, Luiz Lauro Gomes. O que reclamar no Ministério Público Estadual? In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (org.). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: RT, 2006. p. 205.

SILVA, Eduardo Jannone da. *Tutela Jurídica do Direito à Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência*. Curitiba: Juruá, 2009.





# INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO E SEUS DIREITOS

Natália Regina Pompeo<sup>1</sup>

**Resumo:** A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seus artigos 6º ao 11º tem um rol de direitos voltados ao trabalho, mas apesar de devidamente assegurado em lei, ainda há uma grande desigualdade nas relações de emprego. As desigualdades mais significativas ocorrem entre homem x mulher, heterossexuais x homossexuais, brancos x negros, idosos x jovens e pessoas sem deficiências x pessoas com deficiência. Para tentar regularizar a situação da desigualdade utilizam-se as ações afirmativas. As ações afirmativas são também conhecidas como discriminação inversa, discriminação de primeira ordem, tratamentos preferenciais, entre outros. A maior parte da doutrina, entende que as ações afirmativas são instrumentos de concretização da igualdade material para indivíduos historicamente desfavorecidos, ou seja, são políticas que destinam recursos em prol de pessoas que pertencem a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica. As pessoas com deficiência ainda são discriminadas, mas a desigualdade no trabalho que elas sofrem em relação aos considerados “normais” já mudou significativamente para melhor.

**Palavras-chave:** Pessoas com deficiência. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Direito do Trabalho.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, as pessoas com deficiência (PcD) eram chamadas por apelidos pejorativos como manco, aleijadinho, retardado, mongoloide, e diversas outras palavras que tinham como o intuito discriminar negativamente os PcD.

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; natalia.pompeo@hotmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível (CAPES).

Houve uma dificuldade muito nítida de incluir na sociedade essas pessoas pois antigamente não havia um conhecimento sobre como lidar com as diferenças que cada pessoa possuía. Com o passar do tempo, as incapacidades mentais e físicas foram sendo estudadas e as pessoas começaram a entender mais sobre esse assunto.

Mesmo com um conhecimento aprimorado, ainda foi difícil a efetividade da inclusão das pessoas com deficiência pois em muitos lugares não tinha (até hoje não tem) rampas ou elevadores de acesso para as pessoas com deficiência física, braile para as pessoas com deficiência visual, pessoas que possuem domínio em libras (Língua Brasileira de Sinais) para as pessoas com deficiência auditiva, entre outras.

Os direitos asseguraram que a inclusão das pessoas com deficiência tivesse uma maior efetividade. Tanto quando se trata de educação, trabalho, saúde, cultura, lazer e o acesso aos ambientes.

## 2 DESENVOLVIMENTO

Dimitri Domoulis (2004) conceitua os direitos fundamentais como “direitos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), garantidos por normas de nível constitucional que limitam o exercício do poder estatal”. Os direitos fundamentais possuem aspectos éticos e matérias. O primeiro aspecto liga-se com o conteúdo crítico e o segundo, com o conteúdo normativo.

Segundo o dicionário, a palavra direito, dentre os diversos conceitos, significa: “Reunião das regras e das leis que mantêm ou regulam a vida em sociedade. [Jurídico] Ciência que estuda essas normas, leis e regras, em seu aspecto geral ou particular: direito civil; direito penal. Aquilo que é garantido ao indivíduo por razão da lei ou dos hábitos sociais: direito de frequentar qualquer escola. [...] Que expressa justiça; correto.” E, a palavra fundamental, significa: “Que pode ser utilizado como fundamento; alicerce, base: questão fundamental para o entendimento do projeto. [...] Que não é dispensável; indispensável, determinante.”

Robert Alexy, em seu livro *A teoria dos Direitos Fundamentais*, conceitua os direitos fundamentais como “aquelas posições jurídicas que, por sua importância

e significado, não podem ficar ao livre arbítrio do legislador. Obedecem aspectos de tempo e lugar e revelam a vontade da maioria.” (ALEXY, 2012).

Os direitos fundamentais são de extrema importância e estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana pode ser caracterizada pelo respeito à autonomia da vontade e à integridade física e moral, pela garantia do mínimo existencial e pela não coisificação do ser humano. George Marmelstein, afirma que “a dignidade não é privilégio de apenas alguns indivíduos escolhidos por razões étnicas, culturais ou econômicas, mas sim um atributo de todo e qualquer ser humano, pelo simples fato de ser humano.” (MARMELSTEIN, 2016)

Marmelstein afirma também que além da dignidade da pessoa humana, existem outros quatro elementos básicos dos direitos fundamentais, são eles: norma jurídica, limitação de poder, democracia e a Constituição Federal (MARMELSTEIN, 2016).

Esses direitos, considerados fundamentais, dividem-se em gerações (ou dimensões). A primeira geração trata de direitos civis e políticos, segundo Wolkmer “trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, e à resistência à opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos ‘negativos’.” (WOLKMER, 2013).

A segunda geração, trata sobre direitos sociais, econômicos e culturais. Wolkmer assegura que “são direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público.” Ou seja, nessa segunda dimensão, almeja-se que o Estado intervenha para que se alcance o pretendido (WOLKMER, 2013).

Os direitos da terceira geração são ligados a fraternidade. Honesko afirma que “de fato a terceira geração proclama fraternidade e inspira a ideia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um concerto universal com vistas a manter as condições da habitabilidade para as presentes e futuras gerações (SAMPAIO apud HONESKO, 2008, p. 193).

E por fim, a quarta geração gira em torno dos direitos voltados à proteção contra os perigos da bioengenharia e a biogenética. Honesko acredita

que essa geração ainda está em desenvolvimento e Eliana Calmon questiona se os profissionais de diversas áreas estão preparados para enfrentar os desafios dessa evolução. Quando menciona evolução, ela refere-se ao fato de que o homem possui um imenso poder científico e uma incrível rapidez em suas descobertas biológicas (CALMON, 2001).

Focando nos direitos da segunda dimensão, em especial aos direitos sociais, nota-se que eles são considerados normas de ordem pública e envolvem direitos como a educação, o trabalho, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e também, assistência aos desamparados.<sup>2</sup>

José Afonso da Silva, em sua obra Curso de direito constitucional positivo, define os direitos sociais como as prestações em caráter positivo que o Estado, direta ou indiretamente, proporciona para que os mais fracos tenham melhores condições de vida e, para que haja uma igualização de situações sociais desiguais. Concluiu que são direitos que se ligam ao direito de igualdade (SILVA, 2009).

Fábio Konde Comparato (1999), complementa afirmando que os direitos sociais se manifestam com a execução de políticas públicas que são destinadas a garantir amparo e uma proteção social aos mais fracos que conseqüentemente são mais pobres, ou seja, aqueles que não conseguem recursos próprios para ter uma vida digna.

André Ramos Tavares (2012) conclui que são direitos “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.”

Os direitos sociais fundam-se, agora, programaticamente, não apenas no ideal de construção de uma sociedade superior, de índole socialista, mas num espectro cada vez mais alargado que vai, nos dias de hoje, desde o programa de realização de uma sociedade mais justa, incluindo os valores próprios da solidariedade cristã ou duma concepção substancialista da dignidade da pessoa humana, até ao

<sup>2</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CF/88).

simples pragmatismo de uma racionalidade económica utilitarista, mas também, renovando controvérsias e radicalidade, aos novos e difusos projectos alternativos emancipatórios desenvolvidos em nome das periferias excluídas da sociedade global. (NOVAIS, 2010).

Os direitos sociais nascem com a finalidade de garantir uma igualdade social e para que o objetivo da igualdade se conclua é necessário que os órgãos estatais intervenham, independente se for de maneira direta ou indireta.

Para que os direitos fundamentais sociais tenham eficácia é necessário que haja uma discriminação positiva. A doutrina considera dois tipos de discriminação existente: a negativa e a positiva. A primeira discriminação é a ilícita, prevista em lei, que tem um carácter pejorativo e, a segunda é a lícita e necessária, pois trata de maneira diferenciada os desiguais para que mesmo com suas desigualdades possam viver em igualdade.

A discriminação positiva é popularmente conhecida como ação afirmativa. Amauri do Nascimento (2006) diz que as ações afirmativas podem estar previstas em um programa social ou até mesmo uma ação social e que, deste modo não é necessário que seja uma lei que fundamente a discriminação positiva. No seu ponto de vista “uma empresa pode desenvolver ações afirmativas internas por sua iniciativa para implementar uma cultura propícia de combate à discriminação em suas diversas formas.” (NASCIMENTO, 2006).

As ações afirmativas são conceituadas pelo GEMAA – Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa, in verbis:

Ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão sócio-econômica no passado ou no presente. Trata-se de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural.

No Brasil, a má distribuição de renda causa uma grande desigualdade pois por consequência dela, os recursos ficam limitados e tem-se um cenário onde há desigualdade na educação, na saúde, na moradia, na segurança pública e até mesmo em cultura e lazer.

Tem-se nesse prisma a concepção de que há uma nítida e indiscutível desigualdade entre pobres e ricos. Mas, há também outras desigualdades que envolvem gênero, orientação sexual, idade, etnia, raça e pessoas com deficiência (PcD).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, acredita que é necessário observar alguns aspectos da estruturação normativa para que as ações afirmativas tenham caráter constitucional (FERREIRA FILHO, 2012).

O primeiro aspecto (ou condição), usa a Regra da Objetividade e, visa que o grupo desfavorecido seja identificado e objetivado. Já o segundo aspecto, aplica a Regra da Proporcionalidade pois, na medida em que as ações afirmativas produzem efeito devem ser ponderadas em face da desigualdade a ser corrigida para que não haja um grande privilégio do grupo, até então, desigual (FERREIRA FILHO, 2012).

A Regra de Adequação é adotada na terceira condição, que afirma ser necessário que as normas sejam adequadas para a correção da desigualdade a ser corrigida. O quarto aspecto é em relação a finalidade que as normas têm é corrigir a desigualdade social. Por fim, a Regra da Temporariedade, que afirma ser necessário que as medidas adotadas para suprir a desigualdade tenham aspecto temporário (FERREIRA FILHO, 2012).

As pessoas com deficiência têm recebido especial atenção nas medidas de discriminação positiva brasileiras, buscando-se ampliar as formas de sua acessibilidade e inclusão social. Mas ainda se encontra um problema quando se trata da inserção do deficiente no mercado de trabalho.

O Brasil para tentar reduzir essa desigualdade, adotou o sistema de reserva legal de vagas para a inclusão das pessoas com deficiência, popularmente conhecido como cotas.

A Constituição Federal já garantia em seu art. 37, VIII<sup>3</sup> que um percentual dos cargos e empregos públicos fossem reservados. Recentemente, no ano de 2018, criou-se o Decreto n. 9.508, que prevê reservas de cargos e empregos público (ofertados em concursos públicos ou em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta) às pessoas com deficiência.

Em 1943, visando maior igualdade nas relações de trabalho no Brasil, criou-se a Consolidação das Leis do Trabalho que garantiu uma série de direitos inéditos aos trabalhadores. Para os portadores de deficiência, no ano de 1989, a Lei Federal 7.853 estabeleceu a inclusão em diversas áreas como a da educação, da saúde, da formação profissional e do trabalho e de recursos humanos.

A Lei 8.112 de 1990, conhecida como o Estatuto do Servidor Público Federal, veio estabelecer a obrigatoriedade da reserva de 20% das vagas do serviço público da União, para os portadores de deficiências.

Já no setor privado (Lei 8.213/1991), também se implantou a obrigação de que às empresas com 100 ou mais empregados precisam reservar 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas.

No dia 03 de janeiro de 2016, entrou em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Baez, acredita que “um dos grandes avanços trazidos foi a implantação no Brasil de um novo sistema de apoio à tomada de decisão da pessoa com deficiência, privilegiando as suas autonomia e capacidade jurídica.” (BAEZ, 2017).

Há um crime previsto no artigo 8º da Lei 7.853/1989, e dentre as ações puníveis, duas são específicas para o trabalhador com deficiência, veja:

O Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno

<sup>3</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;  
II - obstar inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência;  
III - negar ou obstar emprego, trabalho ou promoção à pessoa em razão de sua deficiência;  
IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial à pessoa com deficiência;  
V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;  
VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública objeto desta Lei, quando requisitados.

No ano de 2016, segundo o Ministério da Economia, houve 22,8 mil novos postos de trabalho preenchidos por PCD, o que representa um crescimento de 5,5% no cenário daquele ano. O site traz os seguintes dados:

A maior alta foi registrada para deficientes visuais, com crescimento de 16,3% em relação a 2016 (+8,7 mil novas vagas). Trabalhadores com deficiência intelectual (mental) tiveram 2,5 mil empregos a mais (+7,3%). Para pessoas com deficiência múltipla, o aumento foi de 5,1% (+370 postos). Nos casos de deficiência física, o número de vagas preenchidas subiu 4,1% (+8,3 mil), enquanto para deficiência auditiva o crescimento foi de 3,5% (+2,8 mil).

A efetividade das ações afirmativas voltada para as pessoas com deficiência tem mostrado resultados positivos. Hoje em dia, com o grande avanço da tecnologia, se espera que cada vez mais PcD ingressem no mercado de trabalho, em escolas e universidades pois a tecnologia tem dado um suporte para as pessoas com deficiência, como é o caso do “Giulia”, um aplicativo criado que capta os gestos das pessoas com deficiência auditiva e transforma em texto e áudio em português, tornando assim, mais fácil a comunicação entre as pessoas.



### 3 CONCLUSÃO

Desde os primórdios houve discriminação negativa, ilícita com as pessoas com deficiência, mas com a criação de cotas nas diversas áreas, tem-se uma redução desse cenário desigual. As discriminações positivas, popularmente conhecidas como ações afirmativas trouxeram para o Brasil uma maior efetividade do direito de igualdade.

No entanto, a inclusão social das pessoas com deficiência ainda é atrasada. As empresas até hoje contratam os PcD, na maioria das vezes, simplesmente para estarem de acordo com a lei, e assim evitar multas, mas desacreditam na potencial capacidade desses funcionários. Felizmente, também existem empresas que contratam os PcD acreditando totalmente na sua capacidade de trabalho.

Ainda há muito a fazer mas os primeiros passos para uma inclusão totalmente efetiva já foram dados, as pessoas com deficiência já são respeitadas, os apelidos pejorativos já não são mais usados como antigamente e há uma maior acessibilidade para os PcD aos ambientes.

### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 3 set. 2017.

BRASIL. *Decreto Federal 9.508*, de 13 de maio de 2002. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4228.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4228.htm). Acesso em: 2 set. 2017.

BRASIL. *Lei 7.853*, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm). Acesso em: 3 set. 2017.

BRASIL. *Lei 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em: 3 set. 2017.

BRASIL. *Lei 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Acesso em: 3 set. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Zulmar. *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de Uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. *Revista Jurídica (FIC)*, Curitiba, 2013.



**BLOCO II**  
**DIREITOS HUMANOS E**  
**DEMOCRACIA**



# OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO ACESSO À JUSTIÇA E À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Daniela Zilio<sup>1</sup>  
Riva Sobrado de Freitas<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo objetiva averiguar se os métodos alternativos de resolução de conflitos, quais sejam: a mediação, a conciliação e a arbitragem, podem ser considerados uma forma de efetivação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à razoável duração do processo. Tem como problema o questionamento acerca de se tais métodos podem de fato servir de alicerce para a concretização dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à razoável duração do processo. Para alcançar-se o desígnio, realizou-se uma pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, utilizando-se o método dedutivo. Como resultado da pesquisa, em síntese, tem-se que, efetivamente, pela autocomposição oferecida tanto pela conciliação quanto pela mediação, e pela forma célere com que é realizado o procedimento de arbitragem, os direitos expostos podem sim restar efetivados quando da adoção de tais métodos. Conclui-se, portanto, que, evidentemente, trazer ao plano concreto a efetivação dos direitos fundamentais não é tarefa fácil, ainda mais em se tratando da esfera do direito processual e suas garantias, e do processo em si, porém, quando a solução do litígio se dá pela autocomposição, com as partes transigindo, ou por um meio que evite a demora na solução do problema, como pode ser o caso da arbitragem, percebe-se que

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora; Advogada.

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito pela Universidade de Coimbra; Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora assistente-doutora aposentada da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp).

os comandos constitucionais passam a ser de fato respeitados, ainda que não, evidentemente, de forma absoluta.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Acesso à Justiça. Conciliação. Mediação. Arbitragem.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo em comento tem como tema central a análise dos métodos alternativos de resolução de conflitos, e, de forma delimitada, se esses métodos podem servir como meio de efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, e do direito fundamental à razoável duração do processo.

A justificativa da pauta centra-se em primeiro plano na atualidade do tema. A importância do estudo de assuntos relacionados aos direitos fundamentais é clara e evidente. Tais direitos, enquanto prerrogativa concedida constitucionalmente aos cidadãos, precisam ser constantemente discutidos e estudados, para o fim de que possam ser compreendidos e concretizados. Quanto aos métodos alternativos de resolução de conflitos, é consabido que com o advento do Código de Processo Civil de 2015, estes foram galgados a um patamar de destaque, e, por esse motivo, resta a indagação sobre se, e em que medida, eles efetivamente garantem a efetivação dos direitos supra descritos.

O problema do estudo encontra-se no seguinte questionamento: os métodos alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), podem ser considerados meios de efetivação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à razoável duração do processo?

Objetiva-se, de forma geral, compreender os métodos de resolução de conflitos e os direitos fundamentais ao acesso à justiça e à razoável duração do processo. De forma específica, pretende-se compreender se os métodos de resolução de conflitos podem servir de alicerce para a efetivação de tais prerrogativas.

Para tanto, o estudo será sistematizado de modo que, em um primeiro momento, dar-se-á destaque ao estudo dos direitos fundamentais em pauta. Em um segundo momento, verificar-se-á as formas alternativas de resolução de

conflitos, quais sejam, a conciliação, a mediação, e a arbitragem. Finalmente, buscar-se-á compreender se estes métodos podem ser considerados modos de trazer efetividade dos direitos expostos, constitucionalmente previstos.

Por fim, em relação ao aspecto metodológico, a pesquisa alicerça-se em procedimentos técnicos, racionais e sistemáticos, com a finalidade de embasamento científico, proporcionando fundamentos lógicos à investigação. Trata-se, enfim, de pesquisa de coleta bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, em que é utilizado o método dedutivo, e em que se tem o propósito de explorar e descrever o tema em apreço, revelando-se as possíveis soluções para o embate que se apresenta, sem, entretanto, buscar-se exaurir a temática.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

De primeiro plano, mister relacionar o que são os direitos fundamentais. Assim, pode-se dizer, sinteticamente, que são eles as prerrogativas do ser humano, positivadas constitucionalmente em um determinado Estado. No Brasil, foram reconhecidos ao longo da história das Constituições, ganhando mais evidência na atual Carta Magna de 1988, que ampliou significativamente seu catálogo e os transportou para o início de seu texto, conferindo-lhes uma maior visibilidade (SARLET, 2008).

Quanto aos direitos humanos, percebe-se que são, de acordo com Sarlet (2015), direitos referidos ao ser humano como tal, pelo simples fato de ser pessoa humana, enquanto os direitos fundamentais são concernentes a estas mesmas pessoas, mas como membros de um ente público concreto.

Neste mesmo sentido, sobre a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, declara Canotilho (2002, p. 393) que “são direitos fundamentais os direitos positivados em determinada ordem constitucional positiva, enquanto os direitos humanos dizem respeito àqueles consagrados em documentos internacionais, desvinculados internamente e sem limitação temporal.” Evidentemente, as diferenças entre ambos perpassam a positivação descrita,

mas, é de reconhecer-se que, de fato, a descrição do autor é a mais comum e que traz maior elucidação quando se trata do tema.

Veja-se que o acesso à justiça é inegavelmente um direito fundamental, conforme se verá com maior profundidade adiante. Esse direito é, porém, também um direito humano, tendo sido reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948: “Artigo 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Sobre o assunto, Marioni, Arenhart e Mitidiero (2017) destacam que as normas de direitos fundamentais afirmam valores que possuem incidência sobre a totalidade do ordenamento jurídico e possuem a finalidade de nortear a realização das tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Note-se que quando os direitos fundamentais são vistos enquanto valores incidentes sobre o Poder Público, é efetivamente importante a atividade de aplicação e interpretação da lei, já que a lei não pode dissociar-se dos direitos fundamentais. Na dimensão objetiva<sup>3</sup> dos direitos fundamentais importa ainda destacar o dever do Estado de proteção de tais direitos.

Evidentemente, regras e princípios não podem ser classificados exatamente da mesma forma, e tanto é assim que estudiosos dos mais renomados alavancam estudos extremamente técnicos neste sentido. Sobre o assunto, Alexy (2015) faz a diferenciação entre regras e princípios e argumenta que essa distinção é a base da teoria da fundamentação em termos de direitos fundamentais, constituindo elemento essencial na dogmática desses direitos. Para o autor, a distinção entre regras e princípios é um dos pilares mais importantes no que tange à teoria dos direitos fundamentais.

No que toca aos princípios aplicáveis ao processo civil, Wambier e Talamini (2016) estatuem que eles podem ser princípios informativos, como por exemplo o princípio lógico, o princípio jurídico, o princípio político e o princípio

<sup>3</sup> Ao se afirmar a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, afirma-se que as normas que estabelecem tais direitos possam gerar direitos subjetivos e também elementos normativos mínimos norteadores de todo o ordenamento jurídico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).



econômico,<sup>4</sup> ou princípios fundamentais, que podem estar constitucionalmente ou infraconstitucionalmente previstos.

Sobre os princípios fundamentais, os autores mencionam que se coadunam em comandos de incidência indeterminada, mas diferentemente dos princípios informativos, possuem maior incidência em um contexto geral. São referentes, pois, à determinada ordem jurídica, tendo em mente as suas peculiaridades e características. São, em outras palavras, as normas de um específico ordenamento jurídico. Na grande maioria das ordens jurídicas, assim como no Brasil, tais princípios possuem assento na Constituição, erguendo-se, a partir daí, o sistema normativo infraconstitucional (o que não exclui a existência de outros princípios processuais fundamentais previstos em âmbito infraconstitucional).

Exposto isso, mister reiterar-se que vários princípios fundamentais do processo estão na própria Constituição Federal e constituem-se em garantias fundamentais, eis que são essenciais para que se assegure a todos os demais direitos e liberdades reconhecidos constitucionalmente. Isso porque, conforme Wambier e Talamini (2016), todos os direitos dependem de um aparato jurisdicional seguro e eficaz que possa ser ativado, para que eles se tornem efetivos. Desse modo, uma vez sendo garantias fundamentais, os princípios constitucionais do processo possuem incidência concreta direta, e sua aplicação não demanda intermediação de regra infraconstitucional (eficácia plena). Ainda, vários outros princípios processuais são estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, e são, da mesma forma, vinculantes.

A partir disso, retoma-se a questão pertinente ao acesso à justiça. O acesso à justiça é, evidentemente, um direito fundamental. Assim, encontra previsão no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, in verbis: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Outrossim, vem repetido no artigo 3º, caput, do Código de Processo Civil de 2015: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Quanto ao direito

<sup>4</sup> De acordo com Wambier e Talamini (2016), o princípio lógico diz respeito à lógica na concepção normativa da tutela jurisdicional; o princípio jurídico informa que tudo o que se faça em cada processo deve ser feito em conformidade com a lei; o princípio político refere-se à necessidade de que a estrutura do processo seja conformada à estrutura política adotada no país (sendo um exemplo clássico a necessidade de preservação do direito ao contraditório); por fim, o princípio econômico deve inspirar tanto o legislador quanto o profissional do direito a obter o máximo rendimento com o mínimo dispêndio.

fundamental ao acesso à justiça, argumenta Gonçalves (2017) que na forma textual, ele assegura o direito à proteção judicial efetiva. Veja-se que tal direito deve ser interpretado conjuntamente com o princípio do devido processo legal,<sup>5</sup> e com o princípio do contraditório.<sup>6</sup>

Ainda, sobre o direito ao acesso à justiça, argumentam De Marco e Medeiros (2015) que o seu conceito não se prende somente ao direito de ingressar na Justiça, que se coaduna em uma garantia formal para o cidadão ir ao encontro da tutela do Estado. Para que seja garantido com eficácia o acesso à justiça, inegavelmente tal direito precisa ser prestado substancialmente, com garantia plena e real de acesso, e igualdade substancial de condições, conforme De Marco e Medeiros (2015) e Alvim (2017).

Destarte, quanto ao direito à razoável duração do processo, argumentam os autores De Marco e Medeiros (2015) que o mesmo se trata de parte integrante do acesso à justiça, enquanto fator de realização da dignidade humana. Desse modo, relatam que o acesso à justiça é um direito humano fundamental integrante do mínimo existencial do indivíduo, eis que garante a possibilidade de buscar que o Estado lhe assegure o cumprimento dos direitos, seja por parte dos particulares, seja por parte do próprio Estado. Assim, o direito de busca pela tutela jurisdicional torna-se um direito substancial (e não meramente formal), uma vez que, segundo argumentam, encontra-se no acesso à justiça um fator de promoção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e vislumbra-se a imprescindibilidade de garantir esse acesso, mas, mais do que isso, torná-lo de fato eficaz.

Note-se que, para além de garantir o acesso à justiça, deve o Estado promovê-lo. Isso, para De Marco e Medeiros (2015), por meio de medidas que não somente tornem acessível o ingresso de uma ação, mas efetivamente a entrega

<sup>5</sup> O princípio do devido processo legal tem previsão constitucional (artigo 5º, LIV). Desse princípio resultam todos os demais. Assim, conforme Gonçalves (2017), com tal princípio a Constituição Federal preserva a liberdade e os bens, de modo a garantir que o seu titular não os perca por atos não jurisdicionais do Estado. Outrossim, para o autor, o Poder Judiciário precisa analisar as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, assim como respeitar a lei, de forma a assegurar a cada pessoa o que é seu.

<sup>6</sup> O princípio do contraditório está estabelecido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e dele, de acordo com Gonçalves (2017), resultam duas exigências, quais sejam: dar ciência aos réus, executados ou interessados da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que acontece nele, e a de deixar com que eles se manifestem apresentando suas razões, opostas às pretensões da outra parte.

da prestação jurisdicional, e isso ocorre no momento em que o cidadão recorre ao Judiciário e encontra não somente o direito de propor uma ação ou de apresentar a sua defesa, mas principalmente, de ter uma resposta célere, eficaz e justa do Estado (veja-se aí a razoável duração do processo).

Igualmente, De Marco e Medeiros (2015) asseguram que quem busca a tutela jurisdicional procura ter em tempo razoável uma justa decisão, sendo ela alcançada quando tanto autor quanto réu tiverem respeitado o princípio do devido processo legal, e, conseqüentemente, os princípios da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, e da livre apreciação das provas pelo magistrado, analisando-se tudo sob a ótica da celeridade e da economia processual, possibilitando-se, assim, um amplo e efetivo acesso à justiça.

Nessa linha de raciocínio, pontuam os autores que o direito à razoável duração do processo deve ser reconhecido como um direito humano fundamental, por ser essencial à própria caracterização do acesso à justiça, vez que uma justiça demorada e custosa, acabaria por se tornar um empecilho para a efetivação dos direitos, e um chamamento ao litígio. Assim, como posto acima, a razoável duração do processo enquanto elemento do acesso à justiça promove a dignidade por tornar possível a realização de direitos que, em muitos casos estão diretamente relacionados ao chamado mínimo existencial.

Sendo assim, uma vez efetivamente ponderados os direitos fundamentais ao acesso à justiça e à razoável duração do processo, parte-se, no próximo momento, ao estudo dos modos alternativos de resolução de conflitos, especificamente a conciliação, a mediação e a arbitragem, para que, ao final, possa-se ponderar e buscar a solução do problema trazido à baila pelo presente artigo.

### 3 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com Theodoro Júnior (2017), do mesmo modo que o legislador assegura o acesso à justiça, assegura também os modos de solução consensual dos conflitos, dando ao Estado o encargo de difundir essa prática pacificadora, e colocá-la em prática, sempre que possível. Aliás, como bem pontuado, o próprio

Código de Processo Civil regulamenta tal possibilidade. Veja-se que, segundo o autor, não se trata de desacreditar a Justiça do Estado, mas buscar ir de encontro à litigiosidade excessiva, em que a sociedade acredita na jurisdição como a única forma de resolução dos conflitos, o que acaba por causar um acúmulo exacerbado de processos que, por vezes, poderiam ser evitados.

Do mesmo modo, para Theodoro Júnior (2017), tem-se como legítima a substituição voluntária da justiça estatal pelo juízo arbitral. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu que não ofende a universalidade de jurisdição do Poder Judiciário o afastamento advindo da vontade livremente manifestada, como no caso da arbitragem.

Sobre o assunto, expõem Wambier e Talamini (2016) que os métodos alternativos de solução de conflitos possuem como vantagem a possibilidade de uma verdadeira composição da lide, com celeridade e menos custos emocionais e até mesmo financeiros.

A autocomposição, para Wambier e Talamini (2016), em um primeiro momento, tratando-se de um sentido mais privatista e tradicional, consubstancia-se na resolução da controvérsia por meio do sacrifício voluntário, por um dos litigantes, seja no todo ou em parte, do interesse próprio em favor do interesse de outrem. Importante referir-se que a autocomposição, por tratar-se, a bem da verdade, de um ato de disposição, somente pode realizar-se em casos de direito material disponível, ou seja, aquele que pode ser renunciado, negociado (em um sentido).

Porém, de acordo com o que explanam os mesmos autores, esse primeiro sentido está, de certo modo, superado, não sendo, pois, o único e tampouco o mais relevante. Atribuem isso a três fatores primordiais: a primeiro, pelas mudanças sofridas pelo direito material, uma vez que em diversas situações ele não mais comporta uma dicotomia entre o privado e disponível e o público e indisponível; em um segundo momento, pelo crescimento dos meios não judiciais de solução dos conflitos, com norte na possibilidade e necessidade de cada sujeito; e, em um terceiro momento, pela afirmação da legalidade, da razoabilidade e da moralidade como alicerce para a atuação dos entes públicos. Desse modo, o que se busca é a constatação, pelo litigante, de que não possui razão, seja no todo ou em parte, o que gera a adoção de providências, em consenso com a outra parte, de modo a pôr-se fim ao litígio.

Ademais, Didier Junior (2017) estatui que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos conflitos, é, pois, um instrumento de desenvolvimento da cidadania, de modo que os interessados passam a ser peças principais na decisão jurídica que regula suas relações. Desse modo, o incentivo à autocomposição precisa ser concedido enquanto participação popular no exercício do poder (nesse momento o autor ressalta o caráter democrático dessa participação). Inclusive, o Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução 125/2010, vem desempenhando papel como gestor dessa política pública, reitera Didier Junior (2017).

Denota-se que a legislação vem ao encontro da tendência da resolução dos conflitos por meio de modos alternativos. O próprio Código de Processo Civil de 2015 dedica uma seção inteira para regular a mediação e a conciliação (artigos 165 a 175). Ainda, o mesmo diploma estrutura o procedimento para colocar-se a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (artigos 334 e 695). Por fim, dá a permissão à homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (artigos 515, III, e 725, VIII); permite que no acordo judicial seja incluída matéria estranha ao objeto da lide (artigo 515, § 2º); e possibilita, ainda, acordos processuais (sobre o processo e não sobre o objeto do litígio) atípicos (artigo 190). Outrossim, a Lei 13.140/2015 disciplina a mediação, de forma geral, e a autocomposição perante o Poder Público, de forma particular (DIDIER JUNIOR, 2017).

O Código de Processo Civil determina, em seu artigo 3º:

Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ademais, sobre a autocomposição, entende Calmon (2013) que se pode vislumbrar aquela unilateral, em que somente um dos envolvidos possui a atitude altruísta pautada pela desistência e submissão, ou ainda a bilateral,

quando o ato altruísta advém de ambas as partes, configurando-se a transação. Segundo o autor, assim, ocorre a desistência quando o sujeito que possui a pretensão abre mão dela; ocorre a submissão no momento em que o sujeito abdica de seus interesses culminando no abandono da resistência; e por fim, ocorre a transação no momento em que todas as partes cedem parcialmente a seus direitos (disponíveis), assim resolvendo o litígio, de acordo com Mallmann et al. Aliás, como exemplos de autocomposição no ordenamento jurídico brasileiro, cita Pinho (2018) a transação civil, a conciliação, a mediação (estas duas últimas estudadas com maior afinco no presente estudo) e a transação penal.

Assim, passa-se à verificação de alguns meios de resolução alternativa de conflitos: a conciliação e a mediação (métodos de autocomposição), e, da mesma forma, à guisa de esclarecimento, a arbitragem (método de heterocomposição).

### 3.1 A CONCILIAÇÃO

A conciliação trata-se de uma atividade em que o escopo primordial permeia um acordo, tendo como característica peculiar a tomada de iniciativa, recomendações, advertências e apresentação de sugestões vindas do conciliador em relação às partes, conforme Vasconcelos (2014) e Mallmann et al. (2018).

De acordo com Calmon (2013) esse mecanismo de solução de litígios pode se dar de duas formas, quais sejam: extrajudicial ou judicial (extraprocessual ou endoprocessual). Note-se que as formas se diferenciam em relação ao momento em que a conciliação ocorre. Desse modo, a conciliação judicial acontece quando o litígio é resolvido concomitantemente ao processo, e a conciliação extrajudicial se configura sem que exista um processo judicial em trâmite, conforme Mallmann et al. (2018).

Sobre o assunto, relatam Wambier e Talamini (2016):

A mediação e a conciliação são espécies de autocomposição coordenadas por uma terceira pessoa, o mediador ou conciliador, que é uma pessoa qualificada que atua no intuito de levar os litigantes a uma seleção embasada na identificação e eliminação das causas que geraram o conflito. Assim, os litigantes chegam de comum acordo a

uma solução, mas com o auxílio, o incentivo, do mediador ou conciliador.

A distinção entre o conciliador e o mediador sempre foi doutrinariamente controvertida. O Código de Processo Civil veicula conceitos legais das duas figuras. Assim, nos termos da lei, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, cabendo-lhe auxiliá-las a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que elas possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias uma solução consensual satisfatória (art. 165, § 3º, do CPC/15). Já o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, cabendo-lhe sugerir, sem coagir nem intimidar, soluções razoáveis para o litígio (artigo 165, § 2º, do CPC/15). Em suma, a distinção reside em que o mediador trabalha para que as partes identifiquem e construam a solução consensual, ao passo que o conciliador formula ele mesmo sugestões de solução, que as partes poderão acolher, na íntegra ou com alterações, ou rejeitar.

Ademais, Didier Junior (2017) pontua que até a edição do Código de Processo Civil de 2015, o documento normativo mais significativo sobre a conciliação (e também sobre a mediação), era a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça. Tal resolução, conforme pontua o autor, foi alterada no ano de 2016, para que se adequasse ao Código de Processo Civil vigente.

Inclusive, o artigo 1º da Resolução supra dispõe sobre políticas públicas: “art. 1º. Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.”

Aliás, denota-se relevante, neste momento, a análise da mediação, que, como exposto acima, diferencia-se da conciliação (também, embora não unicamente) pela solução do embate proposta exclusivamente pelas partes (e não pelo mediador, como acontece na conciliação, em que o conciliador pode propor saídas).

## 3.2 A MEDIAÇÃO

Sobre a mediação, tem-se que ela é, de acordo com Vasconcelos (2014) e Mallmann et al. (2018), um método prioritariamente calcado no diálogo enquanto fio condutor para a dissolução do problema. Assim, as partes podem eleger um mediador para conduzir o processo e facilitar o diálogo. Ocorre que, não pode haver interferência direta deste por meio de propostas, o que efetivamente acontece na conciliação. Na sistemática da mediação, as partes precisam encontrar por si uma forma consensual para consolidar um pacto que seja “justo a ambas”.

Conforme o autor, as partes têm um papel fundamental para lograr-se êxito na resolução do embate, até porque se trata de um modo não adversarial de resolução de controvérsias, em que a pessoa incumbida de mediar o acordo age enquanto facilitador da conversa estabelecida entre as partes.

Sobre a mediação, destaca Pinho (2018, p. 931):

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os interessados buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalizador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Outrossim, Didier Junior (2017) pontua que ao mediador cabe servir como modo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo, como exposto acima, ajudando os envolvidos a entender as questões e os interesses em pauta, para que as próprias partes possam identificar soluções consensuais que tragam benefícios a ambos. É mais indicado quando já há uma relação anterior (diversamente da conciliação em que não há a prerrogativa da relação anterior).



Veja-se que embora muito semelhantes, por serem ambas formas de autocomposição que podem ocorrer tanto endoprocessualmente quanto extraprocessualmente, a mediação e a conciliação apresentam significativas diferenças, que precisam ser ponderadas caso a caso. Ademais, a partir de agora, será estudada uma forma heterocompositiva, qual seja: a arbitragem.

### 3.3 A ARBITRAGEM

A saber, a forma de resolução de litígios denominada de arbitragem é um modo de heterocomposição. É constituída quando da vontade expressa das partes e exclui a atuação do Poder Judiciário. Há a submissão, assim, da lide a um juízo arbitral, conforme Domingues e Conrado (2014). Para que isso seja possível, os envolvidos na relação de conflito, pautados em sua autonomia (MALLMANN et al., 2018), firmam uma espécie de cláusula em que concordam que a solução da lide será revelada por meio da arbitragem, de acordo com Vasconcelos (2014).

Em termos filosóficos, reitera Pinho (2018) que a arbitragem surgiu como modo alternativo de resolução de conflitos situada ao lado da jurisdição, e seu enfoque situa-se na busca de um modo mais ágil e adequado para a resolução de litígios, proposto como uma espécie de fuga ao excesso de formalismo do processo tradicional. O árbitro pode, inclusive, ser uma pessoa especialista no assunto do litígio, o que não ocorre no caso dos magistrados, que nem sempre possuem a expertise necessária para solucionar alguns assuntos peculiares, que a eles estão sob apreciação.

Há legislação específica tratando da arbitragem: a lei 9.307/1996. O artigo 1º de tal lei dispõe que “art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, percebe-se que a arbitragem pode ser utilizada em caso de direitos que permitam transigir, e que sejam direitos patrimoniais.

Perceba-se que, em que pese seja a arbitragem um método alternativo de solução de conflitos, e o seu estudo seja indispensável para a perfeita compreensão do presente ensaio, ela não é uma forma de autocomposição,

que se amolda às questões relacionadas à mediação e à conciliação, mas de heterocomposição, com decisão de terceiro (árbitro).

Assim sendo, estudados os direitos fundamentais ao acesso à justiça, e à razoável duração do processo, e verificados um a um os métodos alternativos de resolução de conflitos aqui pertinentes, no ponto que segue faz-se mister adentrar-se no problema que serviu de impulso para a realização do presente artigo: descobrir-se se os meios descritos podem, e em que medida, proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à razoável duração do processo.

## 4 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENQUANTO POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Uma vez abarcados os conceitos fundamentais, parte-se, agora, para uma compreensão geral do problema proposto. De primeiro plano, nesse sentido, mister compreender-se a jurisdição e a necessidade da efetiva tutela dos direitos fundamentais.

Nesta senda, enaltecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 80):

O “modo de ser” da jurisdição influi sobre o resultado da sua atividade. Isso porque não basta dizer que a jurisdição implica conformação da lei à Constituição de acordo com as peculiaridades do caso concreto, se o juiz não pode, por exemplo, utilizar um meio executivo imprescindível para a prestação da tutela jurisdicional. Sem essa possibilidade, como é óbvio, o Judiciário não pode responder ao direito fundamental processual do particular ou se desincumbir do seu dever de dar tutela aos direitos.

Ou seja, não há mais como conceber a jurisdição em uma dimensão que ignore a sua dinâmica processual, pois o bom resultado da sua tarefa é indissociavelmente ligado ao

“meio instrumental” (técnica processual, estrutura fática, comportamento dos auxiliares judiciários e do juiz) com o qual se trabalha.

Sobre o acesso à justiça e a razoável duração do processo, conforme ameadado alhures, pontuam De Marco e Medeiros (2015) que o acesso à justiça é um direito componente do mínimo existencial do ser humano, uma vez que se trata de um direito básico que precisa ser garantido e promovido pelo Estado e, inclusive, pela sociedade, para que os cidadãos tenham o poder de buscar a efetivação de seus direitos, sobretudo aqueles necessários para uma existência com dignidade, com qualidade de vida e que sejam indicados enquanto categoria inclusa em um “mínimo existencial”. Daí a necessidade de promover-se um processo célere, respeitando, evidentemente, as características de cada caso. Inclusive, para os autores, a razoável duração do processo é um fator relevante de efetividade ao acesso à justiça, como pontuado anteriormente.

No mesmo sentido, reiteram Cappelletti e Garth (1988) que o direito ao acesso à justiça pode ser visto como o mais básico dos direitos humanos (para além de ser também um direito fundamental) quando se está tratando de um sistema jurídico moderno e igualitário onde se garanta, e não somente proclame, os direitos de todos.

Conforme Moraes (1991), mostra-se necessário que um número cada vez maior de pessoas tenha a chance de buscar a Justiça, como um direito, e mais do que isso, como um fato inerente à condição de pessoa humana, enquanto parte imprescindível do emaranhado de direitos e de deveres que diferencia o viver em uma sociedade. Segundo pontua, somente assim se alcançará êxito em constituir o acesso à ordem jurídica justa. Acrescente-se aqui, que um processo longo, moroso, dificultoso, estabelecer-se-ia como um verdadeiro obstáculo à plena e efetiva realização do direito das partes.

Há, portanto, a necessidade de que esses direitos sejam efetivados, e não apenas propostos teoricamente, o que parece por vezes acontecer, e é neste momento que os mecanismos de resolução alternativa de conflitos podem, e devem agir.

Conforme Trentin e Palú (2016), com o passar dos tempos, cada vez mais se percebeu que os modos alternativos de resolução de conflitos, tais como: a conciliação, a mediação e a arbitragem, mostram-se propícios a uma justiça célere e eficaz para solucionar litígios, seja com a tutela estatal ou sem ela. Sendo assim, destacam os autores que o Estado vem demonstrando preocupação com a reinvenção de meios alternativos, com o intuito de resolver e facilitar o desenrolar das demandas judiciais. Inclusive, a busca pela solução dos litígios por meio das formas alternativas teve ainda mais ênfase no atual Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016, e o escopo é solucionar parte dos conflitos sem que exista processo ou, existindo, que possam ser solucionados de modo menos formal, com a ajuda de terceiros treinados para isso (TRENTIN; PALÚ, 2016).

Sobre o tema, reiteram ainda Trentin e Palú (2016, p. 257):

O acesso à justiça deve ser buscado de forma a garantir a efetiva resolução dos conflitos existentes entre os indivíduos. Porém, o Poder Judiciário deve criar formas alternativas de resolução de conflitos para facilitar e tornar mais efetiva a busca por soluções, perante a Justiça. Assim, há várias ações que somente merecem guarida no Poder Judiciário. As demais ações, que não precisam necessariamente ter seu deslinde na Justiça, devem ser resolvidas por outro meio de resolução, a fim de acabar com a morosidade que prejudica qualquer efetividade esperada desta.

Assim, para os autores, as formas alternativas de resolução dos conflitos são meios efetivos na busca por solução quando se procura a Justiça, e, quando argumentam acerca da necessidade de que se acabe com a morosidade processual, enaltecem, sem dúvidas, a imperatividade do respeito também da razoável duração do processo, o que, nota-se, também pode ser pleiteado e, com êxito, por meio da conciliação e da mediação (realizadas endoprocessualmente).

Reiteram ainda, que precisam ser buscadas medidas alternativas efetivas para a solução de conflitos, e a presença efetiva do Estado, eis que é inócuo oferecer ao cidadão garantias formais e fundamentais propostas na Constituição Federal, se não se pode desfrutar da efetividade delas. Como expõem: “É preciso

entender que dentro ou fora do Estado é possível abrir frentes de acesso à resolução de conflitos.” (TRENTIN; PALÚ, 2016, p. 262).

Nomesmo sentido, Trentin (2011) reitera que é perceptível a preocupação do Estado com a criação de alternativas que buscam a facilitação do acesso à justiça do cidadão. Assim, argumenta a autora que o Estado acabou com o seu “monopólio jurídico”. Há algum tempo, tem-se a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), e a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), entre alguns outros programas que foram instituídos para promover a concordância e o acordo pacífico de conflitos, judicialmente ou extrajudicialmente. Como menciona, os chamados equivalentes jurisdicionais aqui ponderados são modos de acesso à justiça que advêm do que ela determina de pluralismo jurídico, com a ressalva de que o paradigma pluralista preconiza maior intercâmbio entre Estado e cidadão (TRENTIN, 2011).

Mas, em que medida poderiam a mediação<sup>7</sup> e a conciliação<sup>8</sup> servirem de alicerce para a efetivação do acesso à justiça e da razoável duração do processo?

Pois bem, conforme Piske (2012), a sociedade do Brasil, e evidentemente, a própria Justiça, estão indo ao encontro de métodos alternativos de resolução das controvérsias, e isso se dá através de ferramentas de ação social participativa. Segundo o que aduz, dentro dessa linha de pensamento está inserida toda a filosofia e o ideal daqueles que estão comprometidos com mudanças razoáveis e práticas para que outros caminhos sejam oferecidos para a população, para o cidadão em geral, isso devido à facilitação do acesso pleno à Justiça, que se daria pela utilização de modos alternativos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, com todas as suas peculiaridades. Além do que, com o deslinde claro, certo e rápido do processo que podem trazer os métodos alternativos, desde que, é claro, com plena ciência das partes (no caso, reitere-se, de mediação ou conciliação endoprocessual), o direito fundamental à razoável duração do processo estaria sendo materializado, e, por meio dele, além de tudo, também o direito fundamental ao acesso à justiça.

<sup>7</sup> Enquanto mediação entende-se a forma de resolução de conflitos autocompositiva em que as partes sugerem a solução e entram em um acordo, e o mediador atua como facilitador do diálogo.

<sup>8</sup> Como conciliação entende-se também a forma de resolução de conflitos autocompositiva, onde o conciliador atua propondo soluções ao embate, tendo papel ativo na resolução da lide, desde que tudo seja aceito e acordado entre as partes.

Sobre a arbitragem e os direitos analisados, argumenta Pinho (2018, p. 923):

[...] a arbitragem afigura-se como o mecanismo mais adequado, sobretudo a arbitragem institucional, na qual se tem uma instituição, com representatividade em diversos países, longa tradição e credibilidade e um quadro de árbitros formado por muitas pessoas de grande renome no meio das grandes empresas.

Veja-se que, inclusive, a arbitragem,<sup>9</sup> enquanto método alternativo de solução de controvérsias, pode sim ser um facilitador do acesso à justiça, caso se entenda essa justiça em um sentido amplo, que perpassa a atuação da jurisdição analisada de forma restritiva, e, dessa forma, também pode ser tida enquanto possível garantidora de um direito à razoável duração do processo (no caso, o processo arbitral que, efetivamente, é mais célere e eficaz neste sentido). É claro que, para tanto, o direito envolvido no litígio deve ser um direito possível de ser submetido à arbitragem (patrimonial e disponível), e as partes devem optar por tal método de forma completamente autônoma, valendo-se de sua autonomia privada.

Sobre o assunto, Alvim (2017, p. 237) relata que “A perspectiva de utilização da arbitragem, por seu caráter célere e informal, antes de reduzir, amplia o espectro do acesso à justiça, conforme já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal.”

No mais, importantes são as palavras de Pinho (2018, p. 921) sobre a problemática:

[...] A tutela jurisdicional objetiva a pacificação social, assegurando constitucionalmente ao cidadão que, em caso de violação ou ameaça ao direito, busque junto ao Estado os meios eficientes para solucionar seu conflito, seja com o retorno ao status de equilíbrio prévio ao conflito, pelo eficaz estabelecimento de regras que equacionem de modo justo

<sup>9</sup> A arbitragem trata-se da forma de resolução de conflitos pela qual as partes submetem o seu problema ao juízo arbitral, que tem poderes para a solução da controvérsia da forma que entender justa para o caso.

as relações intersubjetivas instituindo direitos e obrigações, adequando as condutas individuais às regras estatais.

[...]

Para que o Estado cumpra a função jurisdicional é imprescindível que a tutela jurisdicional seja efetiva. Entenda-se como efetiva a tutela adequada e tempestiva. Significa dizer que a decisão proferida pelo Estado deve chegar até o jurisdicionado no tempo certo, como também deve ser consoante a espécie e natureza do conflito submetido ao poder jurisdicional estatal.

Finalmente, percebe-se a importância do diálogo para que qualquer dos meios alternativos propostos seja eficaz. Perceba-se, também, que as partes têm papel fundamental nesta relação, mas cabe (também) ao Estado proporcionar essa oportunidade a elas, trazer ao cidadão a possibilidade de resolver os seus problemas, obter o seu direito de acesso à justiça e o seu direito a um processo com duração razoável, por meio de atividades simples que promovam o diálogo proposto no início da ideia.

## 5 CONCLUSÃO

O artigo em pauta buscou ponderar se os métodos alternativos de resolução de conflitos podem servir de alicerce para a efetivação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e à razoável duração do processo.

Sendo assim, em um primeiro momento, buscou-se compreender os direitos fundamentais expostos alhures. Veja-se que os direitos fundamentais são prerrogativas garantidas aos cidadãos, constitucionalmente previstas. Em síntese, o direito fundamental ao acesso à justiça trata-se do direito concedido à pessoa de buscar a solução de seu conflito, e mais, para além de colocar a Justiça a serviço do cidadão, o Estado deve fazê-lo de forma efetiva, para uma correta e célere prestação jurisdicional, e é aí que entra o direito fundamental à duração razoável do processo. Mas, como saber o que seria uma razoável duração do processo? Somente no caso concreto, levando-se em consideração as peculiaridades e complexidade de cada litígio, é que se pode averiguar o que

seria um tempo “razoável”. Ocorre que, a prestação jurisdicional não pode ser tão vagarosa a ponto de, quando do resultado efetivo do caso, este não ter mais efetividade para a ou as partes, no geral.

Quanto aos métodos de resolução de conflitos, tem-se que estes podem ser meios de autocomposição, onde as partes têm função ativa na resolução da controvérsia. Assim, na conciliação, há um terceiro imparcial, o conciliador, que pode oferecer solução para o conflito, desde que as partes estejam cientes e acordem ao proposto. Na mediação, as próprias partes, ou uma delas, oferecem uma proposta, havendo, então, a celebração do acordo. Por fim, a arbitragem, que é um método de heterocomposição que precisou ser analisado, diz respeito à submissão das partes a um juízo arbitral.

De certo, os métodos de resolução de conflitos podem ser realizados endoprocessualmente (com processo já instaurado), e extraprocessualmente (ainda sem processo instaurado). Aqui, buscou-se analisar com maior profundidade (no caso da mediação e da conciliação) os casos em que a resolução é endoprocessual (ou seja, com um processo em trâmite), buscando saber se estes meios podem trazer efetividade a direitos fundamentais importantíssimos: o acesso à justiça, e a razoável duração do processo.

Pois bem, podem, então, os métodos retro expostos serem considerados balizas para a garantia ao acesso à justiça e à razoável duração do processo? Pensa-se que sim, na medida em que, em primeiro lugar, a autocomposição (meio de resolução de conflito em que as próprias partes transigem e entram em um acordo, seja com solução proposta por alguém ou por elas mesmas), uma vez proporcionada pelo ente jurisdicional (e note-se que o próprio Código de Processo Civil de 2015 privilegia as soluções trazidas pela autocomposição, o que já era tendência buscada ainda às épocas do Código de Processo Civil de 1973), pode ser um real modo de colocar a Justiça a serviço do cidadão, onde ele é parte, não somente no sentido de ser autor ou réu, mas parte da engrenagem da Justiça, tendo o acesso efetivo: a Justiça não somente está à sua disposição, mas é ele quem toma as rédeas de sua relação processual. É premente que o acesso à justiça não se trata somente de colocar-se a jurisdição a postos (uma vez que vedase, como regra geral, a autotutela), mas de que ela seja de fato efetiva, e com o cidadão presente e atuante na resolução do conflito, o acesso à justiça perpassa o



plano estático, e transmuda-se à realidade palpável do sujeito, ele mesmo decide, resolve, conversa, busca acordo, aceita, enfim, efetiva os seus direitos.

Quanto ao direito à razoável duração do processo, parece ainda mais nítida a relação. O Código de Processo Civil de 2015, inclusive, determina a realização de audiência de conciliação ou mediação, antes mesmo da contestação do réu, para que, caso possível, o processo chegue ao fim (com uma justa solução) ali mesmo. No mais, veja-se: é muito mais célere a resposta jurisdicional quando a solução é ofertada ou aceita pelas próprias partes, de comum acordo, do que quando o processo precisa passar por todas as fases obrigatórias e se finda com uma decisão que nem sempre vai exatamente ao encontro do que foi buscado, e nem sempre em um prazo razoável, infelizmente (e isso por vários motivos, desde falta de profissionais até pelo excesso de processos a cargo de um mesmo magistrado, o que não é o foco da discussão). Observe-se: no caso dos métodos alternativos, as partes convergem e o processo chega ao fim de maneira vantajosa, ou, ao menos, justa, para os maiores interessados, os envolvidos, e isso se dá, normalmente, de maneira rápida, muito mais do que a espera pelo desenrolar do processo.

Tratando-se da arbitragem, da mesma forma é nítida a relação entre a rapidez com que a solução é dada ao caso, e o fato de o direito de acesso à justiça e a razoável duração do processo serem respeitados, tudo obviamente quando este meio de resolução de conflitos é eleito autonomamente pelas partes.

Ademais, evidentemente, nem sempre é possível a resolução pacífica, com engajamento das próprias partes, e seria utópico, talvez, pensar-se que sempre e em todos os casos os métodos alternativos de resolução de conflitos podem e devem ser utilizados, ou que seriam solução para todos os problemas da jurisdição e da prestação jurisdicional, mas, sempre que as peculiaridades do caso permitirem, o caminho mais cristalino para que o acesso à justiça não só haja, como seja efetivo, e para que a solução do litígio seja rápida, ou razoável, é, certamente aquele que empodera o cidadão, ofertando a ele a prerrogativa, e mais do que isso, a responsabilidade pela resolução do seu problema: o ou os métodos alternativos de resolução de conflitos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de: Theorie der Grundrechte.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei n. 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm). Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 25 dez. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 23 dez. 2018.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 jan. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html). Acesso em: 23 dez. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DOMINGUES, Daniela Soares; CONRADO, Iara Santos. Medidas judiciais necessárias à solução de controvérsias antes e durante a arbitragem. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al. (coord.). *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCO, Cristhian Magnus de; MEDEIROS, Jeison Francisco de. Dignidade da pessoa humana e acesso à justiça: uma análise a partir do direito fundamental à razoável duração do processo. In: SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Teresa Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete (coord.). *XXIV Congresso Nacional do Conpedi – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara – Acesso à Justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 178-196.

MALLMANN, Daiane Wendling et al. Duração razoável do processo e formas alternativas de resolução de conflitos. In: MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11., 2018, Itapiranga. *Anais Eletrônicos [...]*. Itapiranga: Uceff, 2018. Disponível em: <http://faifaculdades.edu.br/eventos/MICDIR/XIMICDIR/arquivos/artigos/ART19.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Silvana Campos. *Juizados de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PISKE, Oriana. Formas alternativas de resolução de conflitos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região*, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>. Acesso em: 13 jan. 2019.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRENTIN, Fernanda. *O pluralismo jurídico contemporâneo e os equivalentes jurisdicionais*. 2011. 93 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

TRENTIN, Fernanda; PALÚ, Jhon Lenon. Os métodos alternativos de resolução de conflitos como meios de encontro do direito fundamental de acesso à justiça. *Revista Unoesc & Ciência – ACSA*, Joaçaba, v. 7, n. 2, p. 257-266, 2016. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/view/10805/pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. vol. 1. 16. ed. ref. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

# O DIREITO E A JUSTIÇA: A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Milena Veloso de Linhares<sup>1</sup>  
Taciane Taciane Bongiorno<sup>2</sup>

**Resumo:** O Estado como guardião do bem público deve construir uma sociedade justa, sendo o mesmo responsável pela regulação das relações sociais, cabendo ao judiciário a resolução de conflitos levados a sua apreciação. No entanto, devido ao aumento dos litígios, o judiciário já não é capaz, por si só, de atender a todas as demandas. Assim, a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos manifesta-se como ferramenta importante na aplicabilidade da justiça na sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Resolução de conflitos. Métodos alternativos. Acesso à justiça.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca observar o Estado enquanto responsável pela regulação da sociedade e pela pacificação social. O alcance do direito, da lei, do poder judiciário, para a prestação de uma tutela jurisdicional que atenda os interesses da sociedade, que satisfaça a ânsia pela justiça.

A facilitação do acesso à justiça e seus impactos na realização da atividade judiciária. Pertinente analisar se a garantia ao direito de ação, o direito de levar o problema à apreciação do Estado-juiz, é suficiente para considerar atendido o princípio do amplo acesso à justiça e para garantir a satisfação dos direitos pleiteados pelas partes.

A pesquisa dedica-se a analisar o alcance da ciência do direito na regulação das relações sociais, a efetividade da prestação jurisdicional garantida

<sup>1</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista da Capes; milenalinhares94@gmail.com  
<sup>2</sup> Especialista em Direito Público e Privado; tacianebongiorno@hotmail.com

pelo Estado, por meio do poder judiciário e, a conquista da justiça, da satisfação dos interesses ameaçados ou lesionados dos jurisdicionados.

O incentivo à garantia do amplo acesso a justiça, equiparado a direito fundamental e, a resposta do judiciário para o crescente número de demandas que estão abalroando os tribunais, juízes e servidores.

Por fim, avaliar-se-á o aparelhamento do poder judiciário, a judicialização dos litígios e o surgimento e a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, meios de autocomposição, sua aceitação e efetividade na resolução de problemas, antes mesmo que eles sejam levados à apreciação do judiciário, antes de o Estado intervir nas relações privadas dos particulares.

## 2 O DEVER DO ESTADO EM REGULAR AS RELAÇÕES SOCIAIS

A sociedade é formada por indivíduos que possuem alguma semelhança. Desde o nascimento e durante toda a sua existência, o homem participa de diversas sociedades, de forma simultânea ou sucessivamente. A primeira sociedade na qual o indivíduo é inserido é a família, depois desta, surgem as sociedades do parentesco, da religião, da escola, da universidade e das organizações em que se insere após a fase adulta, que são organizações com fins profissionais, econômicos, científicos, sindicatos, clubes, entre outras (AZAMBUJA, 2008).

Azambuja (2008, p. 17) leciona que “O conjunto desses grupos sociais forma a sociedade propriamente dita. [...] podendo abranger os grupos sociais de uma cidade, de um país ou de todos os países e, neste caso, trata-se da sociedade humana, a humanidade”. Antecedente ao Estado, haviam as sociedades pré-estatais, a exemplo da família patriarcal e as tribos. Há, ainda, as sociedades que apresentam elementos mais próximos do Estado, como os esquimós, os bosquímanos e os pigmeus. Por fim, há as sociedades infraestatais, como as regiões ou províncias autônomas e as sociedades supraestatais, a exemplo da comunidade internacional e as associações de Estado (CARVALHO, 2008).

Para Carvalho (2008, p. 65): “O estudo do Estado pressupõe o conhecimento das formas de relações humanas. O homem, como ser insuficiente,

percebe a existência do outro que lhe proporciona abertura para a convivência e a coexistência, surgindo a sociedade.” Embora não uniforme, predomina o entendimento de que a sociedade representa as relações sociais entre os homens, grupos sociais em que os seus membros compartilham elementos e condições de uma vida comum. Esses aspectos, por vezes, apresentam-se individualizados conforme a região e as características próprias daquela sociedade.

O Estado é formado por três elementos: povo, território e poder político. A união desses elementos forma, conforme menciona Alexandre Groppali (apud CARVALHO, 2008, p. 71), “a pessoa jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social.”

O Estado é uma realidade cultural, formada historicamente pela própria natureza social do homem, o que não implica dizer que não se deve levar em conta a contribuição que, de forma consciente e voluntária, o homem traz à organização estatal. Os elementos que formam o Estado são considerados de maneira relativa, isso porque são elementos variáveis, que ora dependem uns dos outros, ora agem uns sobre os outros, não sendo possível determinar o principal elemento que norteia o Estado e, tampouco, fixá-lo no tempo (REALE, 2003).

Para Azambuja (2008) a grande maioria dos escritores confunde os conceitos de fim e competência do Estado. O que varia é a competência, a espécie de atividade, os meios e objetos utilizados pelo Estado. O fim é o objetivo que ele pretende quando exerce o poder. Este é invariável, porque o único fim do Estado deve ser o bem público. A competência varia conforme a época, o lugar, podendo o Estado restringir ou aumentar a sua competência. São várias as teorias que tratam sobre o fim e a competência do Estado, umas entendem que ele deve fazer quase tudo, outras defendem que ele deve atuar de forma reduzida e deixar o máximo de atribuições aos particulares.

Sendo o Judiciário um dos poderes do Estado, conforme preceitua artigo 2º da Constituição Federal, um dos seus primeiros fundamentos é construir uma sociedade justa. Em assim sendo, ele não pode mais se contentar com a simples resolução de conflitos, mas cada decisão deve representar um tijolo na construção da sociedade idealizada pelo texto constitucional, honrando o valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. O Poder Judiciário, no cenário

atual, deve garantir muito mais que prestação jurisdicional, pois é necessário que ele seja efetivo guardião dos direitos fundamentais (SILVA, 1999).

Como ciência social, o direito se ocupa das transformações e evoluções sociais para manter-se vigente e atualizado, para que não se torne uma ciência inaplicável ou em desuso por apresentar diretrizes insuficientes para amparar as necessidades daqueles que dele se socorrem. A ciência do direito deve ser analisada historicamente, conexa com outras áreas que se ocupam em estudar o homem e a sociedade. Para analisar essa ciência é necessário compreender a sua evolução histórica, suas fontes, instituições e processo de surgimento e aplicação. Bagnoli, Barbosa e Oliveira (2009) lecionam que a grande maioria das fontes utilizadas na história não foram produzidas com a intencionalidade de registrar a vida e o mundo dos homens, mas acabam sendo testemunhas dessa dimensão e, por isso mesmo, são elementos primordiais de estudo historiográfico.

Donizetti (2017) leciona sobre o *ex nihilo nihil fit*, expressão latina que significa “nada surge do nada.” Essa expressão indica um princípio, segundo o qual o ser não pode começar a existir a partir do nada. Esse princípio pode ser analisado com relação ao universo, assim como em relação ao direito. Sabendo que o direito regula as relações que imperam na vida em sociedade, é possível aferir que, desde que a sociedade existe ou, desde que a sociedade começou, o direito está presente. Logo, essa ciência social, pode-se dizer, nasceu com a civilização.

É preciso analisar o conflito, que será levado para apreciação do Estado, por meio do direito, da prestação jurisdicional. Esse confronto de ideias, posições e interesses que fazem parte das relações humanas, não raramente geram embates entre as pessoas, é algo comum entre aqueles que se dispõem a viver em sociedade. Na maioria das vezes, esses cidadãos não conseguem encontrar a solução para os seus problemas, restando-lhes, tão somente, recorrer ao Poder Judiciário que analisará a questão e aplicará a lei. Nesse sentido, é perceptível que os indivíduos, por não conseguirem resolver os seus litígios, terceirizam a solução, esperando uma resposta de terceiro, distante dos fatos e da questão controvertida. Uma das maneiras mais recorrentes é a judicialização do conflito, que nada mais é do que levar a questão ao julgo do juiz, que irá decidir a qual dos envolvidos a lei socorre. Porém, como se verá adiante, a judicialização não é a única forma disponível, apesar de ser a mais utilizada (VITOI, 2016).



### 3 A EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E OS MEIOS ALTERNATIVOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A sociedade é regulada por poderes, que se revelam como funções específicas de órgãos estatais e não estatais responsáveis pelos mais diversos setores sociais. São poderes exercidos por pessoas com competência e autorização para atuar em nome do Estado, com prerrogativas e limitações. Essas funções são exercidas, precipuamente, com observância à lei e aos princípios que regulam a sua atuação e limitam o poder estatal (COSTA; TERIN, 2010).

No Brasil se adotou a teoria da tripartição dos poderes, que foi citada por vários doutrinadores importantes para a história do Estado e do direito. O termo “separação dos poderes” foi utilizado pela primeira vez por Aristóteles, que falava na divisão de três funções distintas, que seriam exercidas por uma única pessoa; depois John Locke detalhou sobre o tema e, por fim, Montesquieu, na obra “O espírito das leis”, afirmou que as funções estatais seriam repartidas a poderes autônomos, independentes e harmônicos entre si, consoante dispõe o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (COSTA; TERIN, 2010).

Ainda que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário apresentem funções típicas, com características próprias de sua atuação, não se pode afirmar que cada poder exerce unicamente a sua função principal, porquanto eles desempenham, ainda, atividades inerentes aos outros poderes, para que se possa garantir a independência. A função principal do poder executivo é administrar, muito embora possa legislar (através de medida provisória, por exemplo) e julgar seus próprios agentes; o poder legislativo tem como função precípua legislar, muito embora administre o seu quadro de pessoal e seja responsável pelo julgamento de crimes políticos; a função do judiciário é exercer a jurisdição, julgar, mas legisla internamente com os regimentos e normativas aplicáveis aos seus órgãos.

Denota-se que, se não houvesse o desempenho de atividades secundárias por parte de cada poder, estar-se-ia diante de uma confusão de funções, isso porque cada poder apenas poderia exercer a sua função essencial, sendo dependente dos outros poderes para regular situações internas, de organização e

funcionamento dos seus órgãos. Muito embora haja essa autonomia, os agentes que integram os poderes devem ponderar as suas competências e finalidades, para que não haja intervenção de um poder sobre a esfera de atuação do outro.

Muito embora a prestação jurisdicional seja função precípua do poder judiciário, o executivo também exerce funções jurisdicionais em processos administrativos por exemplo. Da mesma forma essa função pode ser atribuída, ainda que de forma atípica, ao poder legislativo, no caso de julgamento de crimes políticos. Para os objetivos almejados, interessa tão somente a prestação jurisdicional no âmbito das competências do judiciário.

Nesse sentido, a Constituição deve ser utilizada na interpretação de todos os ramos do direito, a lei infraconstitucional fica subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, cujos valores devem, sempre, ser seguidos. Conforme leciona Costa (2016, p. 11):

O modelo normativo desse neoconstitucionalismo [...] é o axiológico, não mais se cingindo o documento político fundamental a limitar poderes, pois, acima de tudo, importa tornar eficaz a Constituição, na busca incessante por concretizar os valores insitos aos direitos fundamentais nela consagrados.

O Estado, enquanto órgão que regula as relações sociais, em nome do qual é exercida a jurisdição, é acionado para resolver os conflitos de interesses particulares que ultrapassam a capacidade de entendimento e solução entre as partes. O que se espera do Judiciário é uma solução para a controvérsia levada à apreciação, de modo que decida a quem pertence o direito pleiteado, satisfazendo a necessidade das partes e buscando, ao máximo, aproximá-las do sentido de justiça.

A prestação jurisdicional está expressamente prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” A relevância dessa garantia se deve ao fato de que o Estado, que veda a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição e concedeu o direito de ação aos particulares, que ficam impossibilitados, por vezes, de resolver os seus conflitos por conta própria (MACHADO, 2016-2017).

Dentre os direitos e garantias fundamentais, se destaca o direito de invocar o exercício da jurisdição, ou o direito de postular a prestação jurisdicional, objetivando a solução de conflitos, de interesse particular ou coletivo. Deste, resultam outros tantos direitos reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, que garantem ao cidadão a possibilidade de recorrer ao Estado, por meio do Poder Judiciário, para ver solucionada questão que entende ser de direito (VAZ, 2012).

Consoante entendimento de Mazzilli (1998) o Estado tem o poder, que é, ao mesmo tempo, uma atividade/função, de administrar a justiça por meio de seus órgãos jurisdicionais. Esse poder denomina-se jurisdição. Nesse contexto, a jurisdição é instrumento da legalidade. A norma jurídica, embora deva ser cumprida espontaneamente, tem como característica a coercibilidade, que é a qualidade de ter o seu cumprimento garantido pela força estatal. Coercibilidade esta que assegura eficácia da norma editada pelo próprio Estado.

O princípio da eficiência está expresso no texto constitucional, no artigo 37. É um dos princípios norteadores da Administração Pública e, não obstante ser uma obrigação constitucional, deve ser inerente a toda atividade pública, voltada a servir o público, na proporção das necessidades da coletividade. Como bem leciona Peiter (2008-2017, p. 4) “quando o Estado decidiu assumir o monopólio da função jurisdicional passou a ser garantidor da paz social, proporcionando ao jurisdicionado a concretização de seu direito”.

Em assim sendo, como o homem não pode satisfazer suas vontades, por sua própria conta e risco, nem mesmo para alcançar os seus anseios de justiça, incumbe ao Estado resolver os conflitos que emergem dos interesses contrapostos. Essa resolução de conflitos só é devida porque ao Estado, por meio do poder judiciário, foi concedida a função jurisdicional, que é exercida por meio do processo. E é dessa forma que deve ser analisado o processo, como forma de alcance da jurisdição, muito embora existam formas alternativas para resolução de conflitos, que se apresentam como mecanismos positivos na prestação jurisdicional (DONIZETTI, 2017).

O Estado tem o dever jurídico de prestar a tutela jurisdicional de forma satisfatória. Essa tutela jurisdicional não compreende tão somente o direito de ação, vai muito além. É uma garantia fundamental do cidadão o recebimento

da jurisdição de forma eficaz, efetiva e tempestiva. Nesse sentido, leciona o ex ministro Teori Albino Zavascki (apud PEITER, p. 4):

O direito fundamental à efetividade do processo – que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

As normas de direito, em sendo de ordem pública, visam satisfazer o interesse da sociedade, com aplicação da lei na resolução dos conflitos. É dar a razão para quem a detém, de forma célere e eficaz. A eficácia na ciência social pode ser entendida sob dois aspectos. Num primeiro sentido, como fenômeno normativo, a norma jurídica é eficaz quando está apta a produzir efeitos no mundo jurídico. Num sentido social, a aptidão da norma se revela na capacidade de produzir efeitos na realidade social, adequar-se a condutas e valores sociais. Esse segundo sentido ultrapassa a esfera formal da eficácia e se aplica no mundo dos fatos, podendo ser denominada de efetividade (PEITER, 2008-2017).

Os direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988 representam missões práticas atribuídas ao Estado, pois toda a atividade estatal deve ser pautada por essas prerrogativas sociais. Ao analisar os elementos da eficácia da jurisdição, encontra-se atinente ao tema um aspecto principal, que reflete diretamente na (in)satisfação do jurisdicionado, a celeridade ou, de maneira real, a morosidade na prestação jurisdicional. A demora, inevitavelmente, frustra a concretização de direitos e provoca certo descrédito ao judiciário.

É importante anotar que a lentidão no trâmite processual provoca prejuízo àqueles que recorrem ao Judiciário. São inúmeras as tentativas de tornar o processo mais célere, mas a cada dia cresce o clamor social contra a morosidade da justiça, ficando a sociedade desacreditada ante a demora na solução dos litígios.

Donizetti (2017, p. 3) leciona que “Se todos atentassem para a máxima segundo a qual o meu direito termina onde começa o do outro, não haveria necessidade de processo.” Esse idealismo colide com muitos aspectos da vida em sociedade. Os conflitos de interesse são comuns a qualquer tipo de

sociedade, seja ela profissional, cultural, familiar, política. Os membros, grupos da coletividade defendem, cada qual com seus interesses, de forma equânime ou não, respeitando a esfera de direitos dos outros indivíduos, ou não. É dessa relação social, desse envolvimento de indivíduos com ideias e objetivos particulares, que advém o conflito.

A existência de conflitos na sociedade é normal, o que não se pode permitir é que esses conflitos se eternizem. Embora grande parte dos litígios sejam sufocados e não resolvidos, isso porque cada litigante defende os seus objetivos e entende ser direito seu, o sistema da justiça, com todo o aparato normativo (lei, precedentes, princípios) deve se apresentar de forma eficaz e suficiente para sufocar essas desordens sociais. O poder judiciário, como representante do Estado, atua, numa singela comparação, como um bombeiro. É como controlar incêndios, diariamente, num ambiente aquecido e com material combustível. A sua função é compor a controvérsia, encerrar a relação jurídica polêmica, mesmo que contra a vontade de um dos litigantes, mas na medida certa (DONIZETTI, 2017).

Conforme citado anteriormente, o Estado tem fim e competência. O fim, identificado como elemento invariável, é a realização do bem público. Elementos materiais e morais integram o conteúdo de bem público, como prosperidade econômica, bem-estar da população, ordem, civilização. Segurança e progresso resumem os bens sociais fundamentais. Azambuja (2008, p. 151) leciona que “O Estado terá, portanto, como objetivo satisfazer a necessidade de segurança protegendo os direitos dos associados; satisfazer a necessidade de progresso auxiliando os cidadãos a se aperfeiçoarem”. E complementa justificando a dupla função do Estado: “1. Proteção: é a função de justiça de que é o guardião. Custos justis: é missão tutelar. 2. Assistência: é a função de utilidade pública, sua missão civilizadora.”

Azambuja (2008) já dizia que o Estado é ineficiente por mau uso do poder, se apresentando em situação de desprestígio perante a sociedade. Essa ineficiência pode ser justificada pelo aumento desenfreado de competências, multiplicação de atribuições e encargos para a máquina governamental. Ainda que reduzida ao mínimo a função do Estado – manter a ordem e administrar a justiça -, seria árdua a sua atuação, que encontra limites na capacidade humana.

O direito previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal consagra o direito de acesso à justiça, direito público subjetivo. Silva (1999, p. 13)

leciona que “Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação.” O inciso LV do mesmo artigo garante a plenitude de defesa. O direito de agir em juízo e defender-se de pretensão de outrem é garantia fundamental, atributo imediato da personalidade.

O conteúdo do direito de acesso à justiça é a apreciação de lesão ou ameaça de lesão à direito, por meio do qual o Judiciário é forçado a apreciar a situação fática e o ordenamento jurídico, para emitir juízo de valor, medindo os direitos de cada uma das partes. Apreciar significa atribuir valor a determinada coisa. Com isso, o Judiciário faz um julgamento e decide o sentido do objeto apreciado. Dessa forma, a apreciação de lesão ou ameaça de lesão à direito se traduz numa decisão em que o Judiciário define se houve ou não a lesão, se há ou não a ameaça a direito alegado pelo litigante ou coletividade que recorreu ao Estado para ter resolvido o seu conflito (SILVA, 1999).

O cidadão tem amplo acesso ao Judiciário, da mesma forma que dispõe, facilmente, de acesso a tudo que circunda a sociedade moderna. Sabendo dos seus direitos, até mesmo em face do Estado, o indivíduo recorre ao judiciário para defendê-los, resguardá-los ou exigí-los. Com a redemocratização do País a justiça está cada vez mais almejada pelas pessoas, o que acarretou uma explosão de demandas no judiciário, que não estava e não está preparado para dar conta delas (CINTRA JÚNIOR, 2004).

Assim, a utilização de meios alternativos para mediação de conflitos mostra-se como uma maneira eficaz de solução de entraves na justiça brasileira. Tais meios alterativos são mecanismos que permitem a resolução de um conflito à margem da via jurisdicional. A origem desses mecanismos, conforme leciona Cabral (2013) remota ao início da civilização, quando os conflitos existentes eram resolvidos por meio do uso da força, antes mesmo do surgimento do Estado. A parte interessada em satisfazer o seu direito buscava a justiça pelas próprias mãos, impondo a sua vontade à parte adversa. Atualmente, os meios consensuais são aqueles em que as partes têm o controle do resultado do processo, são procedimentos de natureza consensual, que funcionam como alternativa à litigação nos tribunais, contando com a intervenção de um terceiro neutro e imparcial.

A aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos ganhou destaque na esfera jurídica, por ser uma alternativa viável de solucionar alguns entraves da justiça brasileira. Infelizmente o poder judiciário brasileiro está com sobrecarga de processos para serem julgados, sem contar que a cada dia mais ações são intentadas. Com isso, soma-se a falta de recursos humanos disponíveis para executar os atos processuais. Vitoi (2016) afirma que a independência e autonomia concedida às partes faz com que ambas busquem conjuntamente a solução para seus problemas, com isso as perdas são minimizadas e os envolvidos saem do conflito, na medida do possível satisfeitos.

Os meios alternativos se revelam como uma ferramenta de inclusão social, pois possibilitam aos jurisdicionados o exercício de sua autonomia na resolução de conflitos, de maneira diversa da autotutela operada nos tempos remotos, dentro dos limites e preceitos legais. A valorização da autonomia e da cidadania são fatores que diferenciam e qualificam os meios alternativos de resolução de conflitos. Conforme Cabral (2013, p. 40), “a doutrina ainda aponta outras vantagens para adoção dos meios alternativos na resolução de conflitos, como a celeridade, informalidade, menor custo, consideração dos interesses e sentimentos das partes e a busca por uma solução em todos ganham”, o que irroga o sentimento de justiça à todas as partes.

A tutela jurisdicional não constitui o único meio de solução dos conflitos. Na verdade, ela é a *ultima ratio*. Fora das hipóteses em que a natureza da relação material ou por exigência legal, se fizer necessário o provimento jurisdicional, a jurisdição só atuará quando for estritamente necessário.

Com a Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – deu um importante passo para estimular a mediação e a conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses. Incumbe aos órgãos judiciários oferecer mecanismos alternativos para a solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão. A resolução determinou a criação de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos e, para atender aos juízos, juizados ou varas com competência cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados especiais cíveis, criminais e fazendários, a criação dos Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania – CEJUSCs,

com incumbência de realizar sessões de conciliação e mediação pré-processuais, mediante audiências realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal. Com a resolução, iniciou-se uma nova era na mediação e conciliação, que ainda encontra bastante resistência entre os operadores do direito (DUTRA; RIBEIRO, 2015).

A Resolução do CNJ representa um marco evolutivo para a justiça brasileira, pois rompe a cultura bastante presente na sociedade brasileira, do confronto judicial, do litígio pelo litígio. Atualmente, busca-se uma mudança na forma de pensar dos operadores do direito e das próprias partes que buscam o poder judiciário, no sentido de mostrar os novos caminhos que se abrem quando os métodos autocompositivos são corretamente aplicados. Possibilitar às partes acesso à justiça por meio dos métodos alternativos de solução de conflitos, é trilhar o caminho da excelência na prestação jurisdicional (VITOI, 2016). O propósito é analisar com maior acuidade a conciliação e mediação, que são meios de autocomposição. Não obstante, far-se-á breves apontamentos acerca da arbitragem, que também é um meio alternativo de solução de conflitos.

A arbitragem consiste no julgamento do litígio por um terceiro imparcial, que é escolhido pelas partes, relativos a direitos patrimoniais e disponíveis. Alguns doutrinadores defendem que é uma espécie de heterocomposição de conflitos, como a jurisdição. Ela pode ser de direito ou de equidade, conforme convenção pelas partes. De direito é aquela que o árbitro segue as regras do ordenamento jurídico para solucionar o conflito. De equidade, por outro lado, pode o árbitro se afastar das normas de direito para buscar a solução que considere mais justa para as partes. O responsável pelo processo arbitral é um particular ou uma empresa especializada e, as decisões por eles proferidas, não se sujeitarão a recurso ou homologação pelo poder judiciário. A arbitragem é regulada pela Lei n. 9.307/96 e é instituída mediante negócio jurídico denominado “convenção de arbitragem”, que compreende a cláusula compromissória – deliberação prévia e abstrata, antes do litígio - e o compromisso arbitral – acordo de vontades após o litígio. É pressuposto processual negativo e não pode ser conhecida de ofício pelo julgador (DONIZETTI, 2017).

A conciliação e a mediação são instrumentos de autocomposição, uma vez que, embora haja a atuação de um terceiro imparcial, ele apenas auxilia as



partes à alcançarem um consenso, mas a solução é encontrada pelas partes. Na conciliação, há a figura do conciliador, que pode sugerir uma solução para as partes, mas não pode impor sua sugestão ou vontade. Na tentativa de pacificar o conflito, busca que as partes aceitem suas ponderações e alternativas, mas cabe a elas, de modo espontâneo, a decisão de aceitar ou não as medidas apontadas (MARQUES FILHO, 2016).

Na conciliação, o terceiro facilitador assume um papel mais intervencionista, pois pode, inclusive, sugerir uma solução para as partes, salientando que o poder de decisão fica restrito a elas. O conciliador atua com objetivo de, inicialmente, incentivar a comunicação entre as partes. É indicada para casos pontuais, onde as relações afetivas não são muito intensas. O Guia de Conciliação e Mediação do CNPJ (2015 p. 36) conceitua a como um processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.

O Código de Processo Civil de 2015 autoriza a conciliação judicial, desenvolvida durante o curso de um processo judicial, que visa a obtenção de solução do conflito pelas próprias partes, antes mesmo da manifestação do Estado-juiz. Essa conciliação pode ser realizada antes de instaurado o contraditório ou em qualquer momento durante o curso do processo. É um incentivo da legislação processual aos meios alternativos de pacificação social, dando autonomia às partes, para que elas encontrem a melhor solução para resolver a lide, impedindo que o Estado-juiz interfira na sua via privada, podendo escolher uma solução que melhor se ajuste às suas necessidades e realidade social (CABRAL, 2013).

A mediação, por sua vez, representada pela figura do mediador, apenas auxilia as partes a solucionarem o conflito entre si, sem sugerir ou impor uma solução ou mesmo interferir nos termos do acordo. O terceiro imparcial e neutro, munido das técnicas adequadas, ouvirá as partes e oferecerá diferentes abordagens para o problema, aproximando os litigantes e facilitando a autocomposição do litígio. A decisão caberá às partes, jamais ao mediador (MARQUES FILHO, 2016).

As partes são autoras da decisão, o mediador apenas faz com que elas se aproximem para compreender as circunstâncias do problema, aliviando-as das

pressões irracionais e do nível emocional elevado que prejudica uma real visão do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando a possibilidade de um acordo. A mediação também pode ser judicial, realizada quando já foi iniciado um processo judicial, no entanto, deve ser presidida por terceiro distinto do juiz (CABRAL, 2013).

Mediação é uma técnica consensual mais rebuscada. O terceiro facilitador não terá papel propositivo, irá apenas auxiliar as partes a buscarem respostas e soluções para os seus problemas. O mediador estimula as partes a discutirem a(s) raiz(es) do conflito, objetivando o fortalecimento das relações interpessoais. O guia de conciliação e mediação elaborado pelo CNJ, demonstra que o papel do mediador é tornar possível a comunicação entre as partes, construindo pontes para que, a partir daí, possam chegar a um acordo. Essa técnica normalmente é indicada para relações continuadas, como por exemplo relações que envolvam família, vizinhança, pois não raras vezes o conflito supera questões pontuais e apresenta alta carga emocional, daí a importância de fazer com que as partes entendam a profundidade do conflito em análise (VITOI, 2016).

Donizetti (2017, p. 113) afirma que “a mediação assemelha-se à conciliação, uma vez que ambas visam a autocomposição. Dela se distingue somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva debater o conflito, surgindo o acordo como mera consequência.” É mais uma diferença de métodos, mas o resultado se assemelha. O mediador não deve propor uma solução para as partes, mas sim possibilitar que elas mesmas encontrem um ponto comum para chegar ao consenso. Enquanto o conciliador orienta e aponta possíveis soluções para o conflito, no intento de agilizar a prestação jurisdicional, mas de maneira mais superficial, sem adentrar nas questões subjetivas que desencadearam o conflito.

Na conciliação, o conciliador, após ouvir as partes, sugere uma solução consensual. Na mediação, o mediador trabalha mais o conflito, buscando com que os interessados descubram suas causas e alcancem, por si só, a solução da controvérsia. Independentemente da forma a ser utilizada, o importante é que a autocomposição deve sempre buscar o acordo entre as partes, utilizando um procedimento simplificado, à margem do formalismo processual, guiado pelo

princípio da oralidade, para que as partes alcancem o seu objetivo de forma rápida e eficaz (DUARTE, 2008).

O Código de Processo Civil de 2015 incentiva e valoriza a adoção de meios consensuais e colabora para o desenvolvimento de sua prática. Para a progressão da via consensual, no entanto, é necessário que os operados do direito estejam abertos às novas concepções, permitindo que esses métodos se revelem proveitosos na solução das controvérsias. A autocomposição evita a lógica contenciosa de vencedores e vencidos, proporcionando soluções criativas, criadas pelas próprias partes, com resultados satisfatórios (TARTUCE, 2013).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, por meio do poder judiciário, tem a função de garantir a prestação jurisdicional e promover a pacificação social, no entanto, com a evolução da sociedade e o consequente aumento dos conflitos sociais decorrentes das relações da coletividade, o Estado se apresenta incapaz de garantir, somente com a jurisdição, com a atividade dos magistrados e tribunais de dizer o direito, a solução dos litígios.

A realidade do judiciário caminha no sentido de adotar mecanismos complementares à jurisdição, meios alternativos à solução de conflitos, para que a justiça seja alcançada aos jurisdicionados de forma satisfatória, dentro de um período razoável de tempo e que seja apta a resguardar os direitos pleiteados.

A legislação processual vigente abarca esses meios alternativos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação, para incentivar a adoção desses métodos mais céleres e menos custosos que, ao final, irão prover as necessidades das partes, sem ser necessário a manifestação e intervenção do Estado-juiz.

São formas de permitir que as próprias partes envolvidas no litígio entendam a real situação que originou a contenda, analisem o direito que lhes é aplicado e alcancem, de comum acordo, uma resolução pacífica para o caso, a satisfação dos seus interesses, sem a necessidade de medir forças, se identificar o vencedor e o vencido.

Esses meios de autocomposição permitem a autonomia e a participação dos jurisdicionados na resolução dos conflitos sociais, de modo que as próprias partes encontrem a melhor solução para o caso concreto e sintam-se, ambas, satisfeitas com a justiça que lhe foi proporcionada.

Aliado a isso, os conflitos serão resolvidos de maneira mais célere, com redução do número de demandas para os magistrados e tribunais e diminuição dos custos para o Estado.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. *História do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CABRAL, Marcelo Malizia. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: Instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Porto Alegre, 2013. Disponível em [https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/colecao\\_administracao\\_judiciaria/doc/CAJ14.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ14.pdf). Acesso em: 19 mar. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 14. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2008.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Reforma do Judiciário: não pode haver ilusão. *Entrevista Estudos Avançados*, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a10v1851.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2019.

COSTA, Leonardo C.; TERIN, Vitor J. Tripartição dos Poderes. *ETIC – Encontro de iniciação científica*, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2482/2006>. Acesso em: 5 dez. 2018.

COSTA, Lucas Sales da. *Legitimidade e critérios de atuação do Poder Judiciário no cenário do neoconstitucionalismo*: para além da jurisdição constitucional. Brasília, DF, 2016. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2191/Monografia\\_Lucas%20Sales%20da%20Costa.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2191/Monografia_Lucas%20Sales%20da%20Costa.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Acesso em: 12 mar. 2019.

DUARTE, Luísa Sousa A. C. *Meios alternativos de solução de conflito*. 2008. Disponível em: <http://www.faculdadeatenas.edu.br/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2008/2.PDF>. Acesso em: 19 mar. 2018.

DUTRA, Lincoln Zub; RIBEIRO, Susana. *Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/906/882>. Acesso em 19 de maio de 2019.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça?* Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

MACHADO, Walter Augusto Moraes de Castro. *A prestação jurisdicional efetiva à luz do Direito Fundamental Constitucional*. 2016-2017. Disponível em: <https://waltermachadolimitada.jusbrasil.com.br/artigos/417310345/a-prestacao-jurisdicional-efetiva-a-luz-do-direito-fundamental-constitucional>. Acesso em: 25 maio 2019.

MARQUES FILHO, Antônio Gabriel. *Arbitragem, conciliação e mediação: Métodos extrajudiciais efetivos de resolução de conflitos*. 2016. Disponível em: <https://marq4.jusbrasil.com.br/artigos/363749107/arbitragem-conciliacao-e-mediacao-metodos-extrajudiciais-efetivos-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 19 abr. 2019.

PEITER, Edson. *Eficiência, Eficácia e Efetividade na Prestação Jurisdicional e Gestão de Qualidade na Administração Pública*. 2008-2017. Disponível em [http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Edson\\_Peiter.pdf](http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Edson_Peiter.pdf). Acesso em 12 de maio de 2019.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SEM, Amartya; BOTTMANN, Denise; MENDES, Ricardo Doninelli. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Acesso à Justiça e Cidadania*. 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351/45365>. Acesso em: 9 abr. 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. 2013. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Compromisso com o Direito e a Justiça*. Belo Horizonte: DelRey, 2008.

VAZ, Beatriz Leão. *O papel da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: [http://www.avm.edu.br/docpdf/mo-nografias\\_publicadas/K220603.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/mo-nografias_publicadas/K220603.pdf). Acesso em: 5 maio 2019.

VITOI, Matheus Vasconcelos. *Os resultados alcançados com a implementação dos métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro: as novas perspectivas trazidas com a Resolução n. 125/2010 do CNJ e a criação dos CEJUSCS*. Juiz de Fora, MG, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3408/1/matheusvasconcelosvitoi.pdf>. Acesso em: 21 maio 2019.

# AVANÇO TECNOLÓGICO NAS FRENTES PRODUTIVAS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO: UMA AMEAÇA À DEMOCRACIA?

Guilherme Luiz Guerini<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo fará uma análise a respeito do direito social fundamental ao trabalho e o aparecimento das inovações tecnológicas no ambiente laboral, pois tornou-se uma característica da sociedade humana e de suas relações, sobretudo no início deste século XXI, a presença desta inovação, avanços tecnológicos e uma rápida evolução, tornando-se característica primordial no meio social e no modo de vida humana. Será discutido se os avanços tecnológicos podem ser um temor, e se estariam estremecendo o direito fundamental ao trabalho, insculpido na carta constitucional de 1988 como um direito social, ameaçando as relações humanas e, também, de certa maneira, a democracia. Apesar das melhorias trazidas em setores importantes da sociedade, a tecnologia pode trazer sérias mazelas sociais, podendo levar à perda de postos de trabalho por pessoas capacitadas, e, dessa forma, disseminando os estratos sociais, mormente, a classe média, base de qualquer sociedade ou regime democrático. E, em última análise, se estaria também a democracia estremecida com o avanço das tecnologias e a possível dominação daqueles que a detém. Para confecção deste trabalho será utilizado o método dedutivo, buscando chegar à conclusão se a tecnologia seria uma afronta ao trabalhador, sendo utilizado como procedimentos metodológicos de leitura de bibliografias especializadas sobre o assunto.

**Palavras-chave:** Trabalho. Democracia. Desemprego Estrutural. Revolução Industrial.

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Advogado; Membro da Comissão Estadual dos Direitos Animais OAB/SC; Presidente da Comissão dos Direitos dos Animais na OAB Subseção de São Miguel do Oeste, SC; guilhermeguerini@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão que permeará este trabalho é se os avanços tecnológicos nas frentes produtivas estariam ameaçando o direito fundamental ao trabalho, insculpido na carta constitucional de 1988 como um direito social, ameaçando as relações humanas e, também, de certa maneira, a democracia.

Em um primeiro momento, buscar-se-á uma abordagem a respeito da evolução histórica do vocábulo “trabalho”, apresentando sua evolução desde seu entendimento como escravidão, nos primórdios da humanidade, para o conceito atual de direito social fundamental, sendo inclusive insculpido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, onde todos têm direito ao trabalho e proteções garantido a eficácia desta garantia fundamental.

Seguindo, a segunda parte deste texto irá enfrentar o assunto das inovações tecnológicas nas frentes produtivas, apresentando em breves linhas a evolução histórica iniciada na primeira revolução industrial, em meados do século XVIII, ultrapassando outras duas fases bem delimitadas e apresentado uma quarta fase, que poderia estar trazendo o temor ao desemprego estrutural, perda de postos de trabalho pelos humanos para máquinas.

Por fim, o texto buscará apresentar se o desemprego estrutural teria o condão de ser um problema a ser enfrentado pelo Estado, através de seus atores, sobretudo com a previsão constitucional de proteger o trabalhador, em face da automação, especificado no inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal, trazido pelo poder constituinte originário em 1988, quando da promulgação da carta constitucional.

Dentre essas situações da proteção do trabalhador, será especificado o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando teve que enfrentar o assunto a respeito da eficácia limitada desta norma, a exposição de alguns conceitos importantes, tais como automação, automatização e inovação tecnológica e qual seria o real papel do Estado para evitar que a tecnologia e o trabalho sejam inimigos, impedindo que um freie o desenvolvimento do outro.

Para este artigo, será utilizado como método de pesquisa o dedutivo, tendo como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica investigativa,



com a leitura de autores que escrevem sobre os temas direito do trabalho e inovação tecnológica e, ainda, jurisprudências e decisões judiciais que estejam coadunadas com o intuito previsto neste artigo.

## 2 DOS DIREITOS SOCIAIS: O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Para dar início ao que se pretende produzir neste trabalho, verificar se as inovações tecnológicas estão pondo fim as frentes de trabalho, importante a conceituação a respeito do direito fundamental social insculpido na carta constitucional brasileira, em seu art. 6º, qual seja o direito social ao trabalho.

Torna-se difícil uma melhor compreensão desta garantia fundamental sem antes realizar um breve apanhado histórico, para se ter conhecimento de como surge o trabalho. Além disso, esta ramificação do Direito é dinâmica, alterando-se conforme situações históricas-econômicas ocorreram na linha do tempo, embora que sua positivação em textos constitucionais seja recente, do início do século XX, como se observará em linhas seguintes.

No trabalho “Breve Histórico a Respeito do Trabalho”, Sérgio Pinto Martins apresenta aspectos importantes do trabalho no curso do tempo e que acabaram por influenciar o sistema jurídico brasileiro. Este trabalho será utilizado como aporte teórico para a breve explanação histórica da evolução do trabalho.

Para Martins (2000) a primeira forma de trabalho a ser mencionada foi a escravidão, onde o ser humano escravizado era considerado apenas uma coisa, sem qualquer tipo de direito, não sendo, portanto, sujeito de direito. Ademais, na Bíblia, o trabalho era uma espécie de pena em razão dos pecados cometidos pelo homem. Pensamento semelhante se extrai da Grécia, onde Platão e Aristóteles viam o trabalho como sendo algo pejorativo, visto que envolvia a força física e, na visão destes filósofos, dignidade se dava com a liberdade de pensar, sem esforço físico.

<sup>2</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Em um segundo momento, encontrava-se a servidão. Na época do sistema feudal, durante a Idade Média (séculos X a XV), senhores feudais ofereciam proteção militar e política aos servos que, em contrapartida, prestavam serviços na terra deste senhor, pagando as proteções acima mencionadas com parte da produção nas terras cedidas pelo senhor feudal. Estes servos não possuíam ainda o status de serem livres, trabalhavam até o seu falecimento e, ainda, nesta época, considerava-se o trabalho como um castigo, sendo que a nobreza não trabalhava.

Importante mencionar, antes de adentrar para um terceiro plano que, a existência de uma situação não excluía a outra, ou seja, a existência da servidão não acabou com a escravidão, pois é sabido que a escravidão se perdeu pelos séculos seguintes, vindo a ser extinta (de forma teórica) somente no fim do século XIX.

Adentrando em um terceiro momento da história do trabalho, percebe-se as corporações de ofício, formada por mestres, companheiros e aprendizes. Os mestres eram os proprietários destas oficinas, os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres e, por fim, os aprendizes eram menores que recebiam os ensinamentos dos mestres para o ofício ou profissão (MARTINS, 2000). Deu-se início as primeiras menções da existência de um contrato de trabalho entre companheiro e mestre, mas inexistindo garantias para este pacto. As corporações foram extintas com a Revolução Francesa, por serem entendidas como afronta ao ideal libertário da revolução.

Dentro deste contexto pós revolução francesa, surge a Revolução Industrial, que pode ser entendida historicamente como marco para transformação do trabalho em emprego, iniciando-se estudos de Direito do Trabalho e do contrato de trabalho. A Revolução Industrial e suas fases serão mais bem abordadas em capítulo seguinte, quando será abordado sobre as inovações tecnológicas nas frentes produtivas de trabalho. Entretanto, importante ser mencionado neste momento que começou a se visualizar que o empregador detinha os meios de produção, logo, tendo o poder sob os empregados, dando início a esta dicotomia entre trabalhador-empregador.

Abusos começaram a ser percebidos, como jornada de trabalho que superava os limites corporais, pagamentos ínfimos, beirando a uma condição análoga à escravidão, trabalhos insalubres, dando início a percepção da

desigualdade na relação empregador-empregado e, fazendo com o Estado começasse a intervir nesta relação.

O primeiro Estado a ingressar nessa nova fase, percebendo a necessidade de positivação de direitos sociais, foi o México, em 1917, onde em seu art. 123 estabelecia jornada de trabalho de oito horas, proibição de trabalho infantil, indenização para dispensa, seguro social, dentre outros. Seguindo, a Constituição alemã de Weimar, em 1919, versou sobre o assunto, disciplinando a participação de trabalhadores em empresas. Ainda, no mesmo ano, surge o Tratado de Versalhes, que previa a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) cuja incumbência é a de proteção dos empregados em nível internacional, confeccionando convenções e recomendações.

Por fim, após esse breve introito mundial, chega-se ao Brasil, onde na Constituição de 1934 existiu a primeira menção à proteção ao trabalho. As menções se mantiveram nas cartas constitucionais de 1937, 1945 e, ainda, na de 1967. A Constituição Federal de 1988 entendeu que, mais que uma ramificação do Direito, o trabalho devia ser valorado como essencial à própria compreensão antropológica da pessoa e do ser social de impregnação ao discurso constitucional (WANDELLI, 2018).

O trabalho é designado como direito social fundamental (art. 6º), como já anteriormente mencionado. Além disso, este direito fundamental está regulado em artigo seguinte (art. 7º), com extenso rol de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, expressando que os 34 incisos dispostos não são exaustivos. Prevê, ainda, no mesmo capítulo (Dos Direitos Sociais), disposições acerca da liberdade sindical (art. 8º), direito de greve (art. 9º), participação de trabalhadores e empregadores em colegiados públicos de seu interesse (art. 10) e eleição de representantes em empresas de grande porte (200 empregados), para entendimento direto com empregadores (art. 11).

Importante a ressalva que, apesar da direta menção no Capítulo Dos Direitos Sociais da Constituição Federal, por todo o texto é possível encontrar outras menções ao trabalho, sendo fundamento da República (art. 1º, IV), no caput do art. 170 que introduz o título que versa sobre a Ordem Econômica e Financeira, no art. 193 entendendo que Ordem Social tem como base o primado do trabalho e, por fim, no art. 205 cuja temática é a Educação, que será promovida, dentre outros motivos, para qualificação do trabalho.

Portanto, percebe-se pela preocupação do poder constituinte originário na promulgação da Constituição Federal de 1988 um garantismo em relação aos direitos dos trabalhadores, demonstrando a necessidade de assegurar tais garantias, que historicamente já sobreviveram ao Iluminismo, laissez faire, totalitarismo, stalinismo, guerra fria e, agora, cuja temática é a deste artigo, as novas tecnologias, dentro de uma quarta revolução industrial, que podem estar substituindo a força humana nas frentes de trabalho, tendendo a um desemprego estrutural e podendo ameaçar, de certa maneira, a democracia que se buscou consolidar no meados do século XX em diante.

### 3 AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Após a explanação histórico-jurídica do vocábulo trabalho, do seu entendimento na história antiga à idade moderna, saindo da escravidão e se tornando um direito fundamental social, passa-se a análise das evoluções tecnológicas que possam estar intimamente ligadas com as forças produtivas de trabalho, explanando o que é tecnologia, um breve apanhado dos marcos das revoluções industriais e expor, de forma conceitual, a consequência que a inserção da tecnologia no mercado de trabalho trouxe aos trabalhadores.

Não há um conceito fechado do que é tecnologia. Para o dicionário da língua portuguesa (MICHAELIS, 2015) o conceito de tecnologia é “Conjunto de processos, métodos, técnicas e ferramentas relativos a arte, indústria, educação”, ou, ainda, “Tudo o que é novo em matéria de conhecimento técnico e científico.”

Dentro das relações de trabalho, o avanço da tecnologia, conforme acima conceituado, pode ser visualizado e melhor entendido com as fases que concernem ao evento mundial chamado Revolução Industrial. A primeira revolução teve início de forma quase que temporal ao fim das corporações de ofício comentadas em capítulo anterior. O marco inicial dá-se em meados do século XVIII e foi a passagem da manufatura (corporações de ofício) para o sistema fabril, tendo como impulsão a invenção da máquina de fiar e a máquina a vapor, resultando na mecanização dos

processos. Nesta toada, ocorreram expansões de indústrias têxteis e metalúrgicas. O uso do carvão foi essencial neste ponto na história.

A segunda fase da Revolução Industrial é apontada tendo como marco inicial meados do século XIX (1850), onde houve a iniciação de um grande progresso científico nos países europeus, tendo descobertas importantes na história da humanidade, citando-se a lâmpada incandescente, avanços na medicina (penicilina como destaque), meios de comunicação (telefone, cinema e rádio). Neste contexto, o carvão foi substituído por outros combustíveis, tendo o petróleo como essencial.

A terceira fase da Revolução Industrial inicia-se com o fim da Segunda Guerra e, de forma concomitante, o início da disputa intensa e acirrada entre os Estados Unidos e a União Soviética, a Guerra Fria. A expansão tecnológica nesse período dá-se muito por essa disputa entre capitalismo e socialismo, na luta pela hegemonia mundial. Disto surge avanços em engenharia genética, corrida espacial, no campo das telecomunicações, eletrônicos.

Já para alguns teóricos e historiadores, sendo encabeçado por Klaus Schwab, diretor e fundador do Fórum Econômico Mundial, há uma quarta revolução industrial em andamento. Mesmo não sendo ponto nevrálgico deste artigo, porém importante para o entendimento que se buscará, calha mencionar que SCWHAB (2019) entende que a quarta revolução industrial não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital, ou seja, máquinas com processos digitais, automatizados, que impactarão não apenas no setor industrial, mas pessoal da forma como cidadãos vivem.

Automação de casas, inteligência artificial, basta estar vivo em uma sociedade que tenha alcance a certas tecnologias para clarificar o entendimento de Schwab e a velocidade com que as informações e tecnologias chegam ao mercado produtivo.

Todos esses apontamentos trazidos têm claras influências no ambiente laboral, que possuem dois agentes bem claros e anteriormente já discutidos que atuam, o empregado/trabalhador e o empregador. Esses dois grupos sofreram, e sofrem a clara influência e necessidade de adequação a todas as fases e aos momentos das revoluções industriais alhures especificados. Conforme

o desenvolvimento tecnológico se acentua, as atuações desempenhadas se alteram, assim como as habilidades exigidas.

Entretanto, o enfoque a ser dado neste trabalho é o ponto de vista do trabalhador, quais são os impactos que essas mudanças acima trazidas ocorreram nesse grupo social. Importante frisar que o tema dos impactos sociais é bem controverso entre quem estuda este tema do ponto de vista social (LOYOLA, 1995). Breves apontamento serão lançados sob quais são os pontos que possam ser positivos e, após, os negativos.

Aspectos positivos que podem ser explicitados referentes as inovações tecnológicas nas relações de trabalho, enfatiza LOYOLA (1999) que se podem ser observados na realocação espacial dos locais de trabalho, o menor número de pessoas trabalhando por metro quadrado, novas direções dos fluxos na produção, além de melhores condições de ventilação, ruído e temperatura. Verifica-se que os principais pontos expostos levam a uma melhoria na saúde do trabalhador e do bem-estar deste no ambiente de trabalho e na sociedade.

Ainda, neste mesmo texto, Loyola (1999) apresenta um contraponto importante, pois define que a ideologia da inovação tecnológica não é satisfatória para o trabalhador, mas do capital. Neste diapasão, a inovação tecnológica implicaria a submissão real do processo de trabalho ao capital, cabendo ao trabalhador buscar a consecução dos objetivos capitalistas.

E Loyola (1999) segue a explanação dos impactos negativos que o desenvolvimento tecnológico pode trazer nas frentes produtivas de trabalho ainda, sob o enfoque do trabalhador, pois pode interferir nas condições de trabalho provocando malefícios como novos tipos de acidentes e, mormente, na qualificação dos trabalhadores.

Apesar de a qualificação do trabalhador poder ser entendida como um lado positivo, capacitando o trabalhador a operar a partir de novas tecnologias, o que se verifica é que a falta de qualificação, ou falta de oportunidade de se qualificar leva a substituição do homem pela máquina, à medida que a força de trabalho deixa de ser necessária em um contexto marcado pela forte presença da automação.

A este fenômeno, a substituição da força de trabalho pela automação, ou tecnologia, dá-se o nome de desemprego estrutural. Talvez este seja o fenômeno

mais temido pelo avanço tecnológico nas frentes produtivas de trabalho, pois ocasiona o temor da falta de emprego, trazendo problemas as classes sociais menos favorecidas, que não possuem o acesso à possibilidade de se aperfeiçoar para não ficarem obsoletos, fazendo com que esta problemática apareça para governantes, refletindo como evitar que o desemprego estrutural atinja as camadas sociais e não se torne um problema, tema para o capítulo seguinte.

## 4 DESEMPREGO ESTRUTURAL, UMA FALHA NA DEMOCRACIA?

Após os apontamentos lançados em tópico anterior, chega-se ao derradeiro capítulo deste artigo, com o enfrentamento de que seria o desemprego estrutural, uma falha na democracia? Teriam os governantes obrigação de intervir para impedir essa substituição? Essa massa populacional sem trabalho, seria uma ameaça à democracia? Perguntas de difícil visualização futura, mas que são levantadas ciclicamente todo momento que estamos diante de uma nova fase das Revoluções Industriais.

Este artigo não buscará respostas fechadas as perguntas acima lançadas neste momento, mas no caso brasileiro, será explanado a tentativa do poder constituinte originário, quando da reunião da Assembleia Constituinte pós regime militar (1964-1985), no extenso rol de garantias fundamentais já mencionadas alhures, a busca de uma proteção ao trabalhador em face da automação, nos termos da lei, no inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal. Como pode se observar, o inciso acima mencionado tentaria, de certa maneira, frear o desemprego estrutural. Mas e a sua eficácia, ocorreu? Não.

Dando início a análise da tentativa do texto constitucional brasileiro em evitar que o desemprego estrutural pudesse se alastrar pelo contexto social com o XXVII do art. 7º, verifica-se que se trata de uma norma de eficácia limitada, ou programática, porquanto a frase ao final “nos termos da lei” implicaria que tivesse uma atuação do legislador ordinário, promulgando uma legislação infraconstitucional, regulamentando este regramento para que pudesse ter eficácia no plano jurídico brasileiro.

Até este momento não houve qualquer visualização ou movimentação do Congresso Nacional para que fosse criada a referida lei, dando eficácia ao inciso. Ocorreu apenas o ingresso de um Mandado de Injunção no ano de 2001, onde o STF negou provimento ao pedido por entender que a norma protegia o trabalhador em face da automação e não das inovações tecnológicas.<sup>3</sup>

Mas seria essa a real intenção da assembleia constituinte, em 1988, em fazer essa diferenciação a respeito de automação e inovação tecnológica? A automação é fenômeno que pode ser coadunado com a tecnologia. Afeta as relações laborais, estando presente em toda e qualquer situação desde os tempos mais primórdios das revoluções industriais acima elencadas e são consideradas responsáveis por colaborar com o desemprego estrutural.

Já para Martinez e Maltez (2017) a diferenciação é correta, pois automação se difere de automatização, pois, o primeiro seria identificado em situações em que o trabalho humano repetitivo e mecânico seria substituído por máquinas, enquanto o segundo seria definido para uso de máquinas dotadas de inteligência artificial para cumprir tarefas de alto grau de complexidade em sistemas robóticos.

A situação fica mais divergente quando se compara automação com inovação tecnológica, podendo ser observado que a automação realmente é só um dos vários pontos existentes que concernem ao avanço das inovações tecnológicas nas frentes produtivas de trabalho. Logo, correto seria o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando teve que enfrentar o caso.

Porém, isto não afasta que o desenvolvimento tecnológico, mesmo que benéfico à coletividade, mas por vezes, sendo maléfico a certos indivíduos

<sup>3</sup> O objetivo do mandado de injunção é garantir a efetividade da Constituição da República em caso de direito que não pode ser exercido pela ausência de norma regulamentadora. O art. 7º, inc. XXVII, da Constituição não estipula como direito do trabalhador proteção contra “inovações tecnológicas”, mas sim “em face da automação”, conceitos diferentes. Na automação substitui-se o trabalho humano pelo de máquinas. A inovação tecnológica está relacionada a mudanças na tecnologia, não havendo necessariamente a substituição do homem por máquina. Portanto, o Impetrante não apresenta a condição jurídica de pessoa cujo direito esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora de direito constitucionalmente assegurado. Somente a ausência da norma regulamentadora que daria eficácia a preceito da Constituição da República viabilizaria esta ação, ou seja, para ser admissível o mandado de injunção seria necessária a demonstração da existência de norma constitucional dependente de regulamentação e da impossibilidade de exercício de direito assegurado na Constituição da República pelo Impetrante (BRASIL, 2014).



quando perdem seus postos de trabalho, deve ser enfrentado pelos governantes, pelo sistema jurídico e seus intérpretes.

Fincato (2018) reclama que a previsão constitucional em face da automação, em suma, desafia destinatários públicos e privados, pelo conteúdo de direitos humanos, devendo existir condutas estatais prestacionais (políticas públicas de empregabilidade em setores e atividades afetadas pela tecnologia) e condutas contratuais de ação ou omissão (impor deveres de proteção à saúde no trabalho tecnológico).

Nesta disputa de situações fundamentais, quais sejam o desenvolvimento tecnológico e o trabalho, não pode se olvidar da importância do desenvolvimento tecnológico para a humanidade, e nem os estudos para evitar que o desemprego estrutural possa se alastrar, fazendo com que ocorra a aplicação de ações afirmativas e políticas públicas para impedir que isto, o desemprego estrutural, possa ser um problema social irreversível. A atuação estatal para evitar o desemprego estrutural e a proteção do direito fundamental ao trabalho não significa tentar frear que o desenvolvimento ocorra, e sim buscar a harmonia na existência entre o trabalho e a tecnologia. Portanto cabe a classe política, sobretudo o legislativo, ampliar e discutir acerca desse assunto para chegar a um denominador comum.

O entendimento por parte do setor político desta nova situação, entendendo que está se vivenciando uma quarta revolução industrial, que a preocupação com a perda de postos de trabalho deve ocorrer, mas não deve ser alarmante, que a tecnologia pode estar ingressando em frentes produtivas e, dessa forma, modificando a forma de vivência de alguns grupos sociais, é de suma importância para manter o desenvolvimento que se pretende na Idade Moderna, desde a primeira fase da Revolução Industrial para que se mantenha a busca pela manutenção nas recentes democracias existentes em países da América Latina, África e Oceania e as mais longas consolidadas na Europa e Estados Unidos. O grupo dos trabalhadores é parte integrante da sociedade, sendo peça chave na formação do povo, importante para a soberania estatal e, sobretudo, para manutenção da democracia.

## 5 CONCLUSÃO

Chegando ao final deste artigo, este teve como escopo tentar demonstrar se o direito fundamental social ao trabalho estaria ameaçado com o desenvolvimento tecnológico, e qual deveria ser o papel do Estado para enfrentar a situação, sobretudo pelas previsões constitucionais dispostas no texto constitucional de 1988.

Verificou-se que se tornou uma característica da sociedade humana e de suas relações, sobretudo no início deste século XXI, a presença da tecnologia e a inovação que esses avanços vêm trazendo e a forma rápida como evolui, tornando-se característica primordial no meio social e no modo de vida humana, podendo se afirmar a vivência de uma quarta Revolução Industrial.

Essas inovações permeiam e proporcionam diversas formas de conforto as relações privadas, e se tornaram grandes aliadas às frentes produtivas, auxiliando empresas, indústrias, dentre outras no modo de produção. A questão que surgiu, com o que foi anteriormente citado durante a confecção deste artigo, diz respeito a que em diversas frentes produtivas, as tecnologias poderiam, diante da maneira que estaria ocorrendo a evolução da ciência, substituindo as forças de trabalho humana por máquinas, fenômeno conceituado como desemprego estrutural.

Foi diante de tais premissas que o presente artigo discutiu se esses avanços tecnológicos nas frentes produtivas estariam ameaçando o direito fundamental ao trabalho, insculpido na carta constitucional de 1988 como um direito social, ameaçando as relações humanas e, também, de certa maneira, a democracia.

Apesar das melhorias trazidas em setores importantes da sociedade a tecnologia pode trazer sérias mazelas à sociedade, se não combatida e levado a sério pelo poder público, que deve criar e efetivar políticas públicas, exemplificando uma dessas políticas a de oportunizar qualificação de mão de obra e, ademais, discutir a respeito do avanço que as tecnologias, mormente as presentes na quarta revolução industrial, podem levar a perda de postos de trabalho por pessoas sem capacitação necessária, disseminando os estratos sociais, principalmente, a classe média, base de qualquer sociedade ou regime democrático.

A tecnologia e sua quarta revolução industrial, quando visualizada sob um viés econômico, além de ameaçar o trabalho humano, enseja a um possível monopólio de grandes empresas que detém o poderio da tecnologia, concentrando riquezas e dados. Mas estaria realmente as inovações tecnológicas, presentes nesta quarta revolução industrial, supostamente provocando o desemprego estrutural? Teriam os governantes obrigação de intervir para impedir essa substituição? Essa massa populacional sem trabalho, seria uma ameaça à democracia?

Estes questionamentos levantados durante o texto e replicados neste momento, após o que foi exposto durante a confecção deste artigo, expressam que deve existir uma preocupação por parte do setor público, e do privado, através dos empregadores, para visualizar a respeito dessa substituição das forças produtivas laborais. Nunca é demais a preocupação com os trabalhadores, pois a evolução para que hoje se entende como direito social teve como início como o trabalho sendo entendido como castigo.

Mas o avanço tecnológico nas frentes produtivas laborais não deve ser entendido como uma ameaça à democracia. Entretanto, não deve ser olvidada pelos governantes para estabelecer apoio aos trabalhadores que veem seus postos de trabalho serem substituídos por máquinas. Essa situação, sempre foi motivo de temor desde que se iniciou a dicotomia trabalhador-empregado com a Revolução Industrial.

Todo início de uma nova fase destas revoluções, como observado no corpo deste texto a entrada atualmente em uma quarta fase, levou a esses questionamentos, sendo momentos cíclicos na história moderna da humanidade. Contudo, o que pode se perceber na prática, foi a evolução na qualidade de vida da coletividade, aumentando o bem-estar social da população, sendo o desenvolvimento tecnológico, no apagar das luzes, positivo para evolução humana.

Sendo assim, mesmo que possa se denotar algum viés negativo, balanceando percebe-se a importância do desenvolvimento tecnológico, que serve para melhorar a vida daqueles que os atinge, aumentando a expectativa de vida, a qualidade de saúde da população, o bem-estar social e a melhoria daqueles que tem a oportunidade as ter em suas vidas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 618*. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=264180789&tipoApp=.pdf>. Brasília, 29 set. 2014. Acesso em: 19 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

CHAHAD, José Paulo Zeetano. Tendências recentes no mercado de trabalho: pesquisa de emprego e desemprego. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 17, n. 3-4, p. 205-217, dez. 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392003000300021&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000300021&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 jul. 2019.

FINCATO, Denise Pires. Art. 7º, XXVII – Proteção em face da automação, na forma da lei. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOYOLA, Sonia. *Os Reflexos da Automação sobre o Processo Produtivo: O caso da Indústria de Refrigeração*. Curitiba, 1995. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/61646/D%20-%20SONIA%20LOYOLA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2019.

LOYOLA, Sonia. *A Automação da Fábrica: a transformação nas relações de trabalho*. Curitiba. Ed. do Autor, 1999.

MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. *Revista de Direito do Trabalho, São Paulo*, v. 43, n. 182, p. 21-59, out. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Breve histórico a respeito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 167-176, 1 jan. 2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67461>. Acesso em 18 jul 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MICHAELIS: moderno dicionário de língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=tecnologia>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SACHUCK, Maria Iolanda; TAKAHASHI, Ligia Yurie; AUGUSTO, Cleciele Albuquerque. Impactos da inovação tecnológica na competitividade e nas relações de trabalho. *Caderno de Administração*, v. 16, n. 2, p. 57-66, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/6045/3736>. Acesso em: 18 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução: Moreira Daniel Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

WANDELLI, Leonardo Viera. Art. 7º, caput. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.



# O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA E SUA MANIFESTAÇÃO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS E NAS EMISSORAS DE TELEVISÃO: UM PANORAMA CONSTITUCIONAL E SEUS POSSÍVEIS LIMITES

Michel Ferrari Borges dos Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo aborda o direito fundamental à liberdade religiosa, analisando o proselitismo religioso nas rádios comunitárias e as programações religiosas nas emissoras de televisão brasileiras. O tema é tratado sob o ponto de vista do direito fundamental à liberdade religiosa, do princípio da laicidade estatal e da comunicação social, conforme os parâmetros constitucionais e o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566. O objetivo é traçar o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa e sua expressão nos meios de comunicação – verificando quais as limitações que poderiam constitucionalmente ser defendidas. O estudo orienta-se por uma abordagem metodológica que combina aspectos analíticos e hermenêuticos. Concluiu-se que o direito fundamental à liberdade religiosa contempla a transmissão da religiosidade nos meios de comunicação, objetos de outorga estatal, com a necessária observação das normas constitucionais que regem a temática da comunicação social e do respeito às crenças minoritárias, de forma a não pregar intolerâncias e o discurso do ódio.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Liberdade Religiosa. Sociedade da Informação. Emissoras de televisão. Comunicação Social.

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; Mestrando em Direitos Fundamentais Civis: A ampliação dos Direitos Subjetivos, pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina; michelfbsadv@gmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Código de Financiamento 001.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o direito fundamental à liberdade religiosa na sociedade da informação, analisando o proselitismo religioso nas rádios comunitárias e as programações religiosas nas emissoras de televisão brasileiras. O tema é tratado sob o ponto de vista do direito fundamental à liberdade religiosa, do princípio da laicidade estatal e da comunicação social, conforme os parâmetros constitucionais e o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566.

O objetivo é traçar o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa e sua expressão nos meios de comunicação – verificando quais as limitações que poderiam constitucionalmente ser defendidas –, de forma a proteger religiosidades minoritárias e reconhecer a legitimidade de grupos formadores do processo civilizatório nacional. Neste ponto, o direito fundamental à liberdade de expressão, em um plano secundário, tornou-se relevante, uma vez que os direitos fundamentais à liberdade de expressão, consciência, religião e comunicação parecem permeáveis entre si.

O estudo orienta-se por uma abordagem metodológica que combina aspectos analíticos e hermenêuticos na compreensão do direito fundamental à liberdade religiosa, buscando conhecer como esse direito é compreendido no Brasil, qual seu âmbito de proteção e como se estabelece na sociedade da informação, tendo em vista as disposições constitucionais que englobam o princípio da laicidade estatal e a comunicação social.

O presente ensaio está dividido em três partes. Primeiramente, introduz-se a temática do direito fundamental à liberdade religiosa, analisando-o conforme disposto na Constituição Federal de 1988, abordando seus aspectos normativos e sociais. Em um segundo momento, faz-se uma abordagem do entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucionalmente possível o proselitismo religioso em rádios comunitárias<sup>2</sup>. Finalmente, em um terceiro momento, trabalha-se

<sup>2</sup> Destaca-se que nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não tratou somente sobre o proselitismo religioso nas rádios comunitárias, mas sim sobre a possibilidade do



com a transmissão de programas religiosos nas redes de TV abertas do Brasil, para, aplicando o entendimento da Corte constitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, descrever os limites que a manifestação religiosa pode sofrer nos meios de comunicação.

Trabalha-se com a hipótese de que o direito fundamental à liberdade religiosa contempla a transmissão da religiosidade nos meios de comunicação, objetos de concessão estatal, com a necessária observação das normas constitucionais que regem a temática da comunicação social e do respeito às crenças minoritárias, de forma a não pregar intolerâncias e o discurso do ódio.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS

O lugar central ocupado pela religião no contexto social e político das sociedades humanas é demonstrado através de estudos arqueológicos, antropológicos e históricos, sendo que, durante muitos séculos, a ciência, o direito, a educação e o poder político foram concebidos através de uma teoria teológico-confessional. A religião e o discurso teológico-confessional, que ainda são capazes de ocupar papéis centralizadores no corpo social, por vezes foram unificadores de segmentos sociais que possuíam os mesmos interesses e que compartilhavam as mesmas crenças (MACHADO, 1996, p. 9, 92-93). Apesar de o fenômeno da religiosidade aparecer como vetor de coesão social ao longo da história, prestou-se muitas vezes para opressão e discriminação de grupos “infieis”. Por esses aspectos e também por possuir uma ligação direta com a dignidade da pessoa humana, relacionando-se com a identidade individual e autodeterminação das pessoas, o direito constitucional dos Estados Democráticos se ocupa de tutelar o direito fundamental à liberdade religiosa, objetivando uma livre convivência

---

discurso proselitista – ocasião em que a religiosidade ganhou algum destaque. O presente trabalho analisa a temática sob o enfoque do discurso religioso nos meios de comunicação.

com os valores da igualdade, pluralismo e justiça social (WEINGARTNER NETO; SARLET, 2016, p. 60).

Ferreira e Fiorillo (2018, p. 42-43) tratam das religiões enquanto relações existentes entre o ser humano e um poder sobre-humano no qual se acredita ou se sente dependente, associando-se a questões existenciais presentes nas mais diversas culturas. No Brasil, a religiosidade vincula-se ao modo de viver dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, resultante de um processo civilizatório politeísta. No mesmo sentido, Velho (2006, p. 240), quando, ao tratar do tombamento de um terreiro de candomblé na capital da Bahia, mencionou que a valorização cultural dos grupos formadores da sociedade brasileira reverbera uma visão dessa sociedade como multiétnica, caracterizada por um pluralismo sociocultural, já que constituída por tradições luso-brasileiras, afrodescendentes, indígenas e entre tantas outras. O autor relatou divergências na sociedade baiana quanto ao que se considera patrimônio cultural, divergências essas que florescem no seio social justamente por ser a sociedade moderna-contemporânea fruto de múltiplos segmentos e de diversas manifestações culturais.

Dados de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em pesquisa que se refere à população residente no país, por religião, apontam uma maioria da população Católica Apostólica Romana, representada por 123.280.172 pessoas, acompanhada por um grande contingente de seguidores da Igreja Católica Apostólica Brasileira, em número de 560.781 fiéis, enquanto a denominação Católica Ortodoxa conta com 131.571 seguidores. Declarados evangélicos são 42.275.440, sendo a Assembleia de Deus a maior denominação evangélica do Brasil, que conta com 12.314.410 seguidores. Pontua-se que as Igrejas Evangélicas possuem diversas denominações, constando no referido senso uma variação indeterminada. As religiões de matriz africana, representadas pela Umbanda e o Candomblé – mas não só, pois nesse número também entram outras declarações de religiosidade afro-brasileira – são representadas por 588.797 pessoas.<sup>3</sup> A variedade de denominações religiosas ficou muito bem demonstrada no senso realizado pelo instituto, sendo muitas vezes mencionada essa indeterminação através da expressão “outras denominações”, seguida do

<sup>3</sup> Para maiores detalhes, consultar senso IBGE 2010.

número de praticantes. Lembra-se que a religiosidade não é e nem poderia ser algo estanque, sendo subjetiva quando pensada em relação ao que o indivíduo acredita ou sente conforto em expressar, podendo esses números ter se modificado ao longo dos últimos anos, bem como através do surgimento de novas religiões.

Diante do politeísmo religioso existe no país – mesmo se apontando uma grande maioria cristã –, vem a calhar a reflexão de Santos (1997, p. 13), quando afirmou que falar de religião é falar de diferenças de fronteiras e de particularismos entre as pessoas e os povos. Atenta, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º,<sup>4</sup> inc. VI,<sup>5</sup> inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos e dos locais onde são praticadas suas liturgias. Veja-se que o referido dispositivo não menciona expressamente um direito fundamental à “liberdade religiosa”, mas conforme explicou Weingartner Neto (2007, p. 79-81), trata a liberdade de consciência como ponto de base para a consagração constitucional da “liberdade de religião”, declarando a Constituição inviolável a liberdade de consciência, e, conforme ditou o autor, “num salto”, o direito fundamental à liberdade de crença. Encontra-se neste dispositivo uma liberdade para opções em matéria de fé, relegadas para o foro da consciência individual. A inviolabilidade de consciência aqui é tratada como raiz de um direito fundamental à liberdade religiosa.<sup>6</sup>

O autor português Jónatas Machado (1996, p. 194-195) se posicionou no sentido de haver um direito geral de liberdade de consciência, uma autodeterminação existencial e ética do indivíduo, desdobrando-se em múltiplas opções, sendo a religiosidade uma delas. Trata-se a liberdade religiosa de um corolário da liberdade de consciência – pois a gestão dos valores pessoais faz

<sup>4</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>5</sup> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

<sup>6</sup> A posição que pensa na liberdade de consciência como raiz da liberdade religiosa encontra controvérsias. Neste trabalho, filia-se, seguindo a doutrina de Weingartner Neto (2007, p. 81-84), à corrente que entende a inviolabilidade de consciência como fonte da qual defluem outras liberdades, como a liberdade religiosa e liberdades de outras naturezas, como a filosófica. Cientifica-se ao leitor que outras correntes doutrinárias entendem que o direito fundamental à liberdade religiosa deriva da liberdade de pensamento, sendo esse entendimento amplamente difundido no Brasil. Salienta-se, porém, que tal discussão não merece tanta relevância, uma vez que se acredita impossível delinear as liberdades fundamentais de modo absoluto, já que as categorias de liberdades de consciência, pensamento, religião e comunicação parecem permeáveis entre si.

parte da esfera de singularidade de cada ser humano. Canotilho e Moreira (2007, p. 609), ao comentarem a Constituição da República Portuguesa, se posicionaram no mesmo sentido. Os autores explicaram que a liberdade de consciência consiste na liberdade de opção quanto à padrões e valores, possibilitando a escolha dos próprios padrões de valoração ética ou moral. A liberdade religiosa monta um cenário no qual é possível adotar ou não uma religião, não ser prejudicado por qualquer atitude religiosa ou antirreligiosa, fazer proselitismo no sentido da religião escolhida ou optar por abster-se. Para além, tem-se também a liberdade de culto, que é uma dimensão da liberdade religiosa de quem professa uma fé, o direito individual ou coletivo de praticar a religiosidade através de atos externos de veneração de determinada devoção.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 mostra-se atenta ao fenômeno religioso, prevendo então, nos incisos do art. 5º, a garantia dos direitos fundamentais à liberdade de consciência e à liberdade de religião – na esteira do raciocínio acima exposto. Em comentários especificamente a esse dispositivo, Weingartner Neto e Sarlet (2016, p. 63), apontam que na primeira parte do inc. VI se estabelece a garantia da liberdade de consciência – autonomia moral e prática do sujeito e autonomia quanto a padrões éticos e existenciais – o que resta reforçado pelo direito à escusa de consciência previsto no inc. VIII.<sup>7</sup> Já a liberdade de religião configura-se como um direito complexo que permite ao indivíduo escolher entre ter ou não ter religião ou deixar de ter religião, desdobrando-se na liberdade de crença – segunda parte do inc. VI –, na liberdade de expressão e informação em matéria religiosa, na liberdade de culto – terceira parte do inc. VI –, no direito à assistência religiosa – garantia constante no inc. VII<sup>8</sup> –, além de outros direitos mais específicos como de reunião, associação e privacidade, banhados pelo aspecto religioso.

<sup>7</sup> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

<sup>8</sup> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

Ferreira e Fiorillo (2018, p. 44) trabalham com um conceito jurídico de religião como um bem cultural estruturado em face dos artigos 215<sup>9</sup> e 216<sup>10</sup> da Constituição Federal de 1988, uma vez que as religiões se associam às referências de identidade, ação e memória de povos formadores sociedade brasileira, estando intimamente ligadas aos grupos participantes do processo civilizatório nacional. Assim, as manifestações das culturas populares indígenas, afrobrasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, devem ser protegidas pelo Estado, em virtude do mandamento constitucional constante no art. 215, §1º,<sup>11</sup> pois a religiosidade faz referências à identidade, ação e memória dos povos. Nesse sentido, os autores classificam o direito fundamental à liberdade de crença tutelado também pelas normas que estruturam o “meio ambiente cultural”, para então proteger constitucionalmente através “da cultura”, o livre exercício dos cultos religiosos, a proteção aos locais das cerimônias e liturgias, além da garantia constante no art. 5º, inc. VI, da Constituição Federal de 1988. Nesse mesmo sentido, Velho (2006, p. 328), para quem a religião compreende um fenômeno que constitui a identidade de parcelas da população, sendo suas crenças abarcadas na concepção de cultura.

Merece atenção o dispositivo constitucional onde se encontra a regra que deve reger as relações entre o Estado brasileiro e as confissões religiosas. O art. 19, inc. I,<sup>12</sup> consagra o princípio do Estado laico, informando que igrejas e confissões religiosas estariam apartadas da estrutura e organização estatal, localizando-se o dispositivo constitucional o Título III, Capítulo I, referente à “Organização Político-administrativa” do Estado. Mariano (2011, p. 6) ensinou que, histórica e normativamente, a laicidade se refere à emancipação do Estado frente aos poderes eclesiásticos, uma autonomia entre os poderes políticos e as igrejas,

<sup>9</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

<sup>10</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]

<sup>11</sup> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

<sup>12</sup> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

<sup>1</sup> - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

de forma a tornar ilegítima a intervenção da igreja na decisão política. Para além, o significado de laicidade prescreve um dever de neutralidade do Estado quanto ao fenómeno religioso, concedendo-se tratamento igualitário para todas as formas de religiosidade, preservando os direitos fundamentais à liberdade religiosa, de crença, e de culto. Para Weingartner Neto (2007, p. 148), a Constituição Federal de 1988 não é indiferente e muito menos hostil com relação à religiosidade, sendo uma Carta solidária e tolerante, aspecto importante no momento de se interpretar o princípio da laicidade estatal e, como se fará nos próximos passos deste ensaio, a transmissão de doutrinas religiosas nos meios de comunicação.

### 3 O PROSELITISMO RELIGIOSO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS – UMA ABORDAGEM A PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2566

Bucci (2016, p. 96), explanando sobre a tecnologia nos meios de comunicação, que reformulou as formas de interação social, adverte que ela pode se projetar como enunciadora de um discurso, mas que não substitui o jornalista e a comunicação social. É a partir desse ponto, do jornalista como possuidor de um discurso proselitista, que se faz uma abordagem da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, utilizando-se os votos proferidos no plenário do Supremo Tribunal Federal, para compreender o posicionamento da Corte quando da discussão acerca do art. 220<sup>13</sup> da Constituição Federal de 1988 e da possibilidade do discurso proselitista<sup>14</sup> nas rádios comunitárias. Referida ADI, ajuizada pelo Partido da República, antigo Partido Liberal, objetivou declarar inconstitucional o §1º, do art. 4º, da lei 9.612/98,<sup>15</sup> que vedava o proselitismo de qualquer natureza

<sup>13</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

<sup>14</sup> Na ADI 2566 discutiu-se a possibilidade de acontecerem discursos proselitistas – sejam esses discursos políticos, religiosos, filosóficos ou de outra qualquer natureza. No presente ensaio se dá uma atenção maior ao discurso proselitista enquanto religiosidade, já que o direito fundamental à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal são os objetos de estudo.

<sup>15</sup> Art. 4º As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios: [...]

na programação das emissoras de radiodifusão comunitária, e que infringiria o disposto no artigo 5º,<sup>16</sup> incisos IV,<sup>17</sup> VI,<sup>18</sup> IX,<sup>19</sup> e no art. 220 da Constituição Federal de 1988. Ponto interessante a ser destacado, apesar de não ter sido tão fortemente debatido no Supremo Tribunal Federal, é a previsão constante no art. 223,<sup>20</sup> da Carta da República, onde consta ser competência do Poder Executivo outorgar e renovar a concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

O relator ministro Alexandre de Moraes argumentou que a lei impugnada leva em consideração a função sociocultural específica das rádios comunitárias, importante na formação de ideias, elementos culturais e hábitos sociais da comunidade, de modo que, vedando o proselitismo, o §1º, do art. 4º, da lei 9.612/98, estaria atendendo aos interesses de uma comunidade plural. Afirmou não se tratar de censura prévia e que a livre manifestação do pensamento é garantida pela legislação, uma vez que os programas e locuções da rádio continuariam livres, apenas estando vedado o desvio de finalidade para o proselitismo, com sanção a posteriori. Observou que o proselitismo é o discurso de doutrinação sistemática e autoritária de um determinado pensamento, direcionando parcelas da comunidade a uma só informação, de modo a converter o ouvinte a uma verdade absoluta. Ao vedar o proselitismo de qualquer natureza, a lei reforça que as rádios comunitárias devem respeitar todas as ideias religiosas, políticas, sociais e filosóficas, evitando-se a utilização de rádios comunitárias como monopólio de um só pensamento religioso.

Ponto a ser destacado no voto do ministro Alexandre de Moraes é seu entendimento de que a utilização de concessões estatais por rádios comunitárias

<sup>15</sup> 1º É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária. (Vide ADIN n. 2566).

<sup>16</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>17</sup> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

<sup>18</sup> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

<sup>19</sup> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>20</sup> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

não combina com a exclusividade de determinado discurso religioso específico. Votou no sentido de que a rádio comunitária possa divulgar preceitos religiosos, mas que o proselitismo religioso acabaria por tornar a rádio um instrumento de conversão de ouvintes à determinada religiosidade. Assim, o Estado não poderia conceder um meio de comunicação para que determinado grupo entre com exclusividade em uma comunidade com seu discurso proselitista, seja ele político ou religioso. Advertiu que vê o discurso proselitista religioso em um veículo de comunicação de concessão Estatal com mais preocupação, por conta do princípio da laicidade estatal. Assim, votou pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, de maneira a entender constitucional a parte da lei que veda o proselitismo de qualquer natureza nas rádios comunitárias. No mesmo sentido foi o voto do ministro Luiz Fux,<sup>21</sup> que acompanhou o relator.

O ministro Edson Fachin votou de forma a divergir do relator ministro Alexandre de Moraes. Citando o conteúdo do art. 220, caput e §1º,<sup>22</sup> da Constituição Federal de 1988, consignou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação não sofrerão qualquer restrição, sendo que nenhuma lei pode conter dispositivo que embarace a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social – observando-se o texto constitucional. Complementou seu raciocínio citando o art. 13,<sup>23</sup> do Pacto de

<sup>21</sup> O ministro Luiz Fux argumentou, em linhas gerais, de modo a entender constitucional a vedação ao proselitismo nas rádios comunitárias, uma vez que o discurso proselitista visa converter adeptos a um discurso sectário, seja de ordem religiosa, política ou de qualquer espécie. Defendeu que a natureza dúplice da liberdade de expressão compreende também uma dimensão positiva que legitima a regulamentação e a fiscalização dos sistemas de comunicação para melhorar a qualidade do debate e a inclusão de grupos sociais, sendo que o desenho institucional das rádios comunitárias lhes assegura o espectro de difusão de ideias e formação de pensamentos amplos e plurais, o que legitima a intervenção estatal. Afirmou que as rádios comunitárias se caracterizam pela baixa frequência, alcance limitado, cunho social e sobretudo, pela exclusividade, sendo essencial que sejam veículos democráticos com representatividade cultural. Por se tratar de serviço público prestado com exclusividade, que visa a transmissão de informações e a inclusão social em todos os rincões do país, necessária uma neutralidade ideológica tanto quanto possível, evitando capturas privadas. Para o ministro, o proselitismo nas rádios comunitárias constitui uma ameaça à democracia, à cidadania, ao pluralismo político, ao pluripartidarismo e à soberania popular.

<sup>22</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

<sup>23</sup> Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir



San José da Costa Rica, que consigna que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode estar sujeito à censura prévia, devendo a responsabilização por eventuais prejuízos acontecer posteriormente. Explicou que o exercício da liberdade de expressão compreende o direito de quem fala e também o direito de receber as informações, o que possibilita a mudança de opinião e inclusive a mudança de religiosidade, que faz parte do direito fundamental à liberdade religiosa previsto constitucionalmente. No caso do discurso religioso, o ministro Fachin relatou que existem religiões que se pretendem universais e que alcançar o outro faz parte da prática religiosa que está amparada pelos direitos constitucionais. Sendo assim, a legislação que veda o proselitismo nas rádios comunitárias seria inconstitucional, pois não se amoldaria às cláusulas que legitimam restrições à liberdade de expressão e religião.

O ministro Fachin conferiu um grande alcance à liberdade de expressão – e, conseqüentemente, ao discurso proselitista religioso –, especialmente nos meios de comunicação, realçando a primazia do direito fundamental à liberdade de expressão – sem esquecer que, por não se tratar de um direito absoluto –, pode ser limitado com base na Constituição Federal de 1988 e nos tratados de direito internacional. Continuando seu voto, apontou importante questão: a veiculação de discurso proselitista nas rádios deve ocorrer sem incitação ao ódio<sup>24</sup> e “evidentemente sem discriminações”. Assim, sustentou que a inconstitucionalidade do §1º, do art. 4º, da lei 9.612/98 se impõe, até mesmo para obstar a sedução do Estado pelo controle e sua fascinação pela censura, julgando procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566. No mesmo sentido foi o voto do Ministro Roberto

---

informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: [...] 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência [...] 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

<sup>24</sup> O ministro Celso de Melo, no mesmo sentido, entendeu que a liberdade de expressão somente se deslegitima quando há incitação ao ódio contra qualquer pessoa grupo ou povo, exemplificando como inadmissíveis as incitações ao ódio religioso ou racial.

Barroso, quando mencionou que o abuso do direito à liberdade de expressão pode trazer algumas consequências, como o dever de retificação, o direito de resposta e até mesmo uma indenização, mas que a liberdade de expressão não pode ser previamente censurada, sendo inconstitucional a norma que veda o proselitismo de qualquer natureza em rádios comunitárias.

A ministra Rosa Weber votou no mesmo sentido do voto divergente do ministro Fachin, acrescentando questão que merece realce quando se trata do direito fundamental à liberdade religiosa. Afirmou que o princípio da laicidade do Estado se impõe no art. 19, inc. I, da Constituição Federal de 1988 e que, devidamente equacionado, esse princípio não suprime a expressão da religiosidade, mas veda o tratamento discriminatório, o favorecimento de determinado grupo, organização ou facção. O princípio da laicidade se realiza pela promoção da pluralidade e não pela imposição do silêncio. Defendeu, assim, a livre manifestação de ideias contrapostas e a circulação de múltiplos pontos de vista nas ondas de rádio disponíveis ao sistema de rádio difusão comunitária. Na mesma entoada, o ministro Marco Aurélio afirmou que a Constituição Federal não diferenciou a espécie de veículo de comunicação, aplicando-se a ampla liberdade de expressão, prevista em seu art. 220, também às rádios comunitárias. Entendeu, portanto, inconstitucional a lei que veda o discurso proselitista, pois criaria embaraço ao direito fundamental à liberdade de expressão – e de expressão religiosa.

Dessa forma, restou julgada procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, declarando-se inconstitucional o § 1º, do art. 4º, da lei 9.612/1998. Restou firmado um entendimento que compreende o direito fundamental a liberdade de expressão não como absoluto, mas impassível de censura prévia. Prestigiu-se a mais ampla liberdade de expressão, ainda que feita através de proselitismos, sendo eles religiosos, políticos ou filosóficos. O Supremo Tribunal Federal deixou livre a escolha das programações das rádios comunitárias em nome de um direito fundamental à liberdade de expressão mais amplificado. Enunciou-se a possibilidade de o discurso proselitista acontecer nas rádios comunitárias, sendo a ele inerente a ideia de liberdade religiosa, que inclui também o direito de tentar convencer os outros a mudar de religião, sem prejuízo de indenizações posteriores em caso de configuração do discurso do ódio.

A Corte não se alongou a explicar o que configuraria o discurso do ódio, apenas citando-o como limite à liberdade de expressão. Nos próximos passos segue-se o raciocínio do Supremo Tribunal Federal para analisar, para além das rádios comunitárias, as redes de televisão que apresentam programações vinculadas a religiões específicas. Destaca-se que essa atividade depende também de uma outorga estatal – art. 223 da Constituição Federal de 1988. Nesse aspecto, analisa-se como acontecem esses programas nas emissoras de televisão brasileiras, fazendo-se uma relação com o entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566 e os limites propostos pelo discurso do ódio.

#### **4 A TRANSMISSÃO DE DOUTRINAS RELIGIOSAS NAS EMISSORAS DE TELEVISÃO BRASILEIRAS – O DISCURSO DO ÓDIO COMO LIMITADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA**

Neste momento, localiza-se o presente artigo no contexto da ampla difusão de ideias na sociedade da informação, notadamente nos meios de televisão. É na era digital que a sociedade segue seus passos, no jornalismo online e nas redes interconectadas. Conforme Bucci (2016, p. 87-90), narrando o desenvolvimento do cenário comunicativo, o telégrafo se espalhou em 1910, o telefone e o filme mudo entraram nas sociedades desenvolvidas por volta de 1925, o rádio e o filme falado, em 1940. A televisão é mundialmente conhecida em 1955, instalando-se os meios de comunicação em massa. No século XXI a sociedade se conecta à internet: bases de dados, algoritmos e as interconexões leem os sentidos das mais diversas mensagens em trânsito e identificam as motivações dos usuários. Está-se diante de uma biblioteca inteira através de um dispositivo capaz de armazenar todos os livros, caracterizando uma era de liberdades tecnológicas não imaginadas. O autor continua seu raciocínio advertindo que o jornalismo da era digital tem como fontes as multidões, pois as ferramentas tecnológicas estendem o alcance e abrem novas relações entre os sujeitos, mas que o poder continua muito ligado ao portador do discurso.

Em texto publicado antes de a sociedade da informação ser invadida por smartphones, Bucci (2000, p. 71-73) revelou a importância dos meios televisivos na formação da opinião pública, ocasião em que advertiu que a violência é show a ser mostrado e repetido quantas vezes for necessário para atrair o telespectador. Na década de 1990, houve um crescimento de programas de televisão sensacionalistas que comentavam fatos e crimes acontecidos no Brasil, momento em que programações de grandes emissoras brasileiras passaram a abordar a violência de forma a distorcer a imagem do policial – ora herói, ora vilão –, o que, segundo o autor, deformaria a compreensão que os próprios policiais tinham do seu papel. Na era da televisão “tudo é imagem”, inclusive a competência e a incompetência que se atribui às autoridades públicas, podendo os meios televisivos se configurarem no terreno propício no qual a sociedade mata sua sede de justiça através de doses fortes de imagens que escancaram aquilo que o povo quer ver. Na década de 2010 a sociedade se vê com o mundo na mão: os smartphones abrem janela para as mais diversas plataformas digitais: televisão, rádio, youtube, WhatsApp e outros tantos aplicativos que misturam “informação”<sup>25</sup> e interatividade.

Apesar da difusão dos meios de comunicação nas mais variadas ferramentas tecnológicas, a imagem e o discurso proferido nas programações dos canais de televisão brasileiros despertam interesse, notadamente quanto à crescente exibição de doutrinas e proselitismo religioso nas grades dessas emissoras. Com semelhante preocupação, Ferreira e Fiorillo (2018, p. 41) buscaram interpretar juridicamente como a transmissão de conhecimentos religiosos poderia se desenvolver dentro do processo de comunicação e da sociedade da informação. Os autores seguiram uma linha de raciocínio de forma a desenvolver o tema do direito fundamental à liberdade religiosa em face do meio ambiente cultural – associando a religiosidade com questões existenciais de grupos formadores da sociedade brasileira. Assim, a transmissão de doutrinas religiosas na sociedade da informação é vista como uma manifestação cultural dos grupos

<sup>25</sup> Informação neste contexto é colocada entre aspas como referência à vasta quantidade de acesso aos meios de comunicação e notícias que circulam na rede, porém por vezes com baixo grau de confiabilidade – uma vez que hoje qualquer pessoa se torna emissor e produtor de conteúdo. Por vezes, a credibilidade do meio de comunicação passa a ter uma importância maior do que a própria notícia.

participantes do processo civilizatório. Uma pergunta que se faz é: que grupos participantes do processo civilizatório nacional – ou seja, que culturas e religiões –, estão nos meios de comunicação televisivos?

Conforme antes descrito, programas de televisão sensacionalistas que abordavam a violência das maiores cidades brasileiras tiveram grande importância nas grades das emissoras de televisão na década de 1990. Nos últimos anos, passou-se a observar que as programações com cunho religioso ganharam espaço, especialmente quando se trata da exibição de cultos evangélicos neopentecostais. Em estudo divulgado em agosto de 2017, a Agência Nacional de Cinema – Ancine – constatou que as programações religiosas nas grades das emissoras de televisão aberta no Brasil representavam 21% do conteúdo programado no ano de 2015. O estudo abrangeu as programações das principais emissoras do país – Record, Rede Bandeirantes, Rede TV!, CNT, Rede Globo, SBT, TV Cultura e TV Brasil<sup>26</sup> (FERREIRA; FIORILLO, 2018, p. 40). Segundo Giumbelli, já em 2002 (p. 288), a Igreja Universal do Reino de Deus controlava a Record, a extinta Rede Mulher – hoje Record News –, a Rede Família, e entre outras afiliadas, que somavam, no total mais de 20 emissoras de TV, além de outras empresas ligadas a jornais impressos e revistas.

Verificando as informações, no mês de junho de 2019, contatou-se que a Record possuía em sua programação semanal uma média de 4h e 45min de programação exclusivamente religiosa e vinculada à Igreja Universal do Reino de Deus, mais especificamente concentrada no horário da madrugada. Nos fins de semana a programação religiosa aumentava para cerca de 5h45min aos sábados e 7h45min aos domingos, estendendo-se para o horário da manhã. A programação da Record é composta, portanto, de cerca de 22% de conteúdo religioso vinculado à Igreja Universal do Reino de Deus. A Rede Bandeirantes exibe diariamente cultos da Igreja Internacional da Graça, com o Ministro RR Soares, juntamente com outros programas religiosos, totalizando 1h20min em cada dia da semana, 3h50min aos sábados e aos domingos 1h30min de programação religiosa. Aos domingos, é exibido, com duração de 30 min, o programa “Federação Israelita”,

<sup>26</sup> Na época de constituição desta pesquisa, a Rede Globo não apresentava programas religiosos na sua programação semanal. Aos domingos, no horário da manhã, a emissora carioca exibia o programa “Santa Missa”, católico, podendo haver variações de acordo com a programação regional das emissoras afiliadas. O SBT, TV Cultura e TV Brasil, de forma geral, não apresentavam programas religiosos em sua programação.

com informações acerca da comunidade judaica do Rio, Israel e o mundo judaico. O restante dos programas das emissoras Record e Rede Bandeirantes se destinam ao jornalismo, esporte e entretenimento.

As programações das duas emissoras acima analisadas – Record e Bandeirantes –, demonstraram uma quantidade de programação destinada à religiosidade evangélica neopentecostal, que ocupam na Record um longo horário na madrugada e na Rede Bandeirantes curtos espaços diurnos. Chama-se atenção, porém, às programações neopentecostais na emissora Rede TV!, que veicula cerca de 30% da sua programação, uma média de 8h diárias, aos cultos e pregações da Igreja Internacional da Graça de Deus e da Igreja Universal do Reino de Deus, em horários variados. A Rede CNT é quase que integralmente destinada à programação religiosa, com poucos minutos durante o dia destinado a informações – e com algum programa esportivo ou jornalístico veiculado no horário da noite. Outra emissora que merece destaque é a TV Canção Nova, com conteúdo predominantemente católico, mas mesclado com entretenimento, programação infantil e dicas de saúde.

Percebe-se que as programações religiosas das emissoras de televisão brasileiras são predominantemente relativas à religiosidade cristã, mais especificamente evangélica neopentecostal. Em resposta ao questionamento anteriormente formulado, sobre quais seriam as culturas e religiões dos povos formadores do processo civilizatório nacional que estariam nos meios televisivos, pontua-se, de forma geral, que se verificou que culturas minoritárias não tem espaço nos meios de comunicação. Exemplo disso são as religiões de matriz africana, que não encontram representatividade na grande mídia. Levando-se em consideração o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, ocasião em que foi privilegiada a liberdade de expressão, permitindo o proselitismo nas rádios comunitárias, que pode sofrer restrições apenas no caso de configuração do discurso do ódio, desenvolve-se nos próximos passos uma integração entre o entendimento da Corte e a necessidade do olhar atento estatal aos grupos minoritários formadores da sociedade brasileira.

O Capítulo V da Constituição Federal de 1988, que é inaugurado pelo art. 220, versa sobre a comunicação social” e não faz distinção à espécie de veículo de comunicação ao qual se dirige. A partir do entendimento firmado na

Ação Direta de inconstitucionalidade 2566, pode-se concluir que leis ordinárias não poderiam oferecer embaraços à liberdade de expressão nos meios de comunicação, permitindo-se o proselitismo religioso. Ficou assentado no Supremo Tribunal Federal, não na ementa da ação, mas no conteúdo de alguns votos, que a liberdade de expressão somente se deslegitima quando há incitação ao ódio contra qualquer pessoa ou povo. Apesar dessas passagens, o conteúdo do que se entende por ódio no discurso proselitista não restou muito aprofundado, e, veja-se: compreensível, já que não era o ponto crucial da ação que tramitou na Corte. Nesse momento, delinea-se o que configuraria o ódio passível de repreensão.

Para Castro e Freitas (2013), o discurso do ódio resta caracterizado quando há uma manifestação do pensamento com vistas a humilhar e calar grupos minoritários, sendo que repudiá-lo é uma forma de garantir a expressão desses grupos e conferir-lhes o exercício da cidadania. O reconhecimento do discurso do ódio como limitador da liberdade de expressão traz a ideia de que o princípio da dignidade humana incorpora valores de inclusão social em sua configuração constitucional. Nesse sentido, inclusive quando se tratam de manifestações religiosas, uma vez que a convicção religiosa transforma a órbita de comportamento do indivíduo, fazendo parte da sua liberdade agir de acordo com a religiosidade adotada e exteriorizar esse pensamento – a dignidade humana, incorporada de valores inclusivos, não aceita a exclusão de grupos através do discurso intolerante. A manifestação religiosa que configure humilhação a grupos minoritários e que configure o ódio, pode ser restringida em Estados preocupados com a inclusão social dos grupos formadores do processo civilizatório nacional.

Coadunada com esse entendimento é a leitura de Santos (1997, p. 13-16). Ao tratar dos direitos humanos e de como eles devem ser compreendidos, o autor defendeu que sua aplicação deve acontecer de forma a se respeitar a peculiaridade de cada povo e de cada cultura, sendo a política de direitos humanos basicamente uma política cultural. Assim, o direito humano fundamental à liberdade religiosa garante que grupos minoritários exerçam livremente suas crenças e não tenham suas práticas desestruturadas por uma religião hegemônica que se pretenda globalizante. E nesse sentido deve haver a preocupação estatal, inclusive, com o discurso do ódio proferido por religiões que possuem a concessão estatal dos meios de comunicação, por conta dos impactos que firmam as próprias razões de

ser e as essências de determinado grupo. A liberdade religiosa, sob esse ponto de vista, precisa ser olhada sob uma concepção não discriminatória e ofensiva, mesmo que parte inerente a determinada religião é a pretensão de ser universal.

Esse discurso do ódio no meio televisivo gera um grande impacto, pois atinge uma gama maior de pessoas e em diversas regiões, o que pode gerar um dano difuso a determinado grupo social. Nesse sentido, humilhar, inferiorizar e desqualificar religiões minoritárias não deve ser uma atitude protegida pela liberdade religiosa ou pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Conforme Castro e Freitas (2013), a democracia contemporânea se afirma na pluralidade, tolerância e respeito para com as características culturais dos mais diversos povos. Os propósitos do discurso do ódio – que calam e excluem segmentos – não podem encontrar amparo na Constituição Federal de 1988. Apesar de tímida a menção ao discurso do ódio como limitador do direito fundamental à liberdade de expressão religiosa no momento do proselitismo religioso na rádio comunitária – conforme assentado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566 –, filia-se à ideia de que estados sociais e democracias constitucionais têm de delinear esses limites, uma vez que a liberdade de expressão e a liberdade religiosa não constituem justificativa para incitar intolerância contra grupos humanos.

## 5 CONCLUSÃO

Traçado o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, assim como o princípio da laicidade estatal, denota-se que, quando analisados em casos concretos no Supremo Tribunal Federal ou mesmo através do controle de constitucionalidade de leis, o assunto é capaz de gerar grandes controvérsias e debates. A forma como a religiosidade se apresenta no discurso e nos meios de comunicação formou na Corte constitucional brasileira dois entendimentos divergentes, mas que tinham, ambos, o objetivo de proteção dos direitos fundamentais constitucionais – olhados por vieses diferentes. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, tanto os votos vencidos como os vencedores, não divergiram no sentido de que a manifestação da religiosidade deve ser garantida e deve ser plural, sendo



que o objetivo de garantir a pluralidade do pensamento e de sua manifestação estava presente nos entendimentos da Corte. No voto do então relator, ministro Alexandre de Moraes, prestigiou-se uma restrição ao discurso proselitista religioso em nome da liberdade de religiosa e multicultural de minorias. Por outro lado, o voto divergente e vencedor, do ministro Fachin, pregou a ampla liberdade de expressão – o proselitismo religioso, inclusive –, como garantia da pluralidade de todos os grupos, limitado pelo discurso do ódio.

Constitucionalmente, enxergando a problemática pelo viés do direito fundamental à liberdade religiosa e da ampla manifestação do pensamento que rege a comunicação social, concorda-se com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O voto vencido, que a pretexto de amparar grupos minoritários, proíbe o proselitismo religioso nas rádios comunitárias, é compreendido em seu caráter inclusivo, porém em uma ação Direta de Inconstitucionalidade, onde se discute a lei em abstrato, formular um entendimento que se pretende ideologicamente neutro, pode gerar sérias complicações às liberdades fundamentais e notadamente à liberdade de manifestação da religiosidade. Restou firmado na Corte um entendimento interessante no sentido da constitucionalidade do discurso religioso proselitista: porém de forma a pontuar que a liberdade de expressão religiosa não permite o discurso do ódio.

As emissoras de televisão brasileiras vinculam, em sua grande maioria – ou quase que integralmente –, programas religiosos vinculados a religiões cristãs e, mais notadamente, as evangélicas neopentecostais. Acredita-se que o acesso de grupos minoritários aos meios de comunicação – inclusive televisivos –, poderia aclarar suas características perante quem os enxerga de forma preconceituosa e traria benefícios na compreensão, inclusive cultural, dos grupos formadores da sociedade brasileira. Porém, foge da atribuição do Estado regular o tipo de religiosidade que está nos meios de comunicação, sob pena de se censura. A busca por uma “neutralidade religiosa” – se é que pode assim ser chamada –, poderia devastar as liberdades fundamentais em nome da inclusão social de grupo minoritários. Reprimir o discurso do ódio, de forma a não se aceitar que sob o manto da liberdade religiosa se humilhe e inferiorize indivíduos e grupos sociais, pode ser um caminho que leve à concretização do respeito à cada religião.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566. Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes; Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. v. u., j. 16 maio 2018. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 23 out. 2018.

BUCCI, Eugênio. A imprensa, o consumo (de informação, inclusive) e o fetiche da tecnologia. *Signos do Consumo*, São Paulo. v. 8. n. 2. p. 85-96, 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/signosdoconsumo/article/view/123197/120358>. Acesso em: 18 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Como a violência na TV aumenta a violência real – da polícia. *Revista USP*, São Paulo, n. 48, p. 68-73, 2000. Disponível em: [file:///C:/Users/Cliente/Downloads/32892-Texto%20do%20artigo-38461-1-10-20120710%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cliente/Downloads/32892-Texto%20do%20artigo-38461-1-10-20120710%20(1).pdf). Acesso em: 20 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASTRO, Matheus Felipe; FREITAS, Riva Sobrado. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327/25072>. Acesso em: 16 jun. 2019.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Transmissão de conhecimentos religiosos na sociedade da informação e sua tutela jurídica em face do direito ambiental constitucional. *Revista Opinião Jurídica*, v. 16, n. 22, p. 38-54, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://revistaopiniojuridica.unichristus.edu.br/index.php/opiniojuridica/article/viewFile/1751/619>. Acesso em: 29 mar. 2019.

GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, 2011. p. 238-258. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/742/74220016005/>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 jul. 2019.

VELHO, Gilberto. Patrimônio, negociação e conflito. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 237-248, 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132006000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 16 jul. 2018.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo. Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, v. 3, n. 2, p. 59-104, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7739/pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.



# A AUTONOMIA HUMANA NAS QUESTÕES DE VIDA E MORTE: UMA ANÁLISE ACERCA DA MORTE DIGNA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Daniela Zilio<sup>1</sup>

**Resumo:** O trabalho objetiva averiguar o tratamento concedido à morte digna, assim entendida em suas categorias de eutanásia, ortotanásia e/ou suicídio assistido, ao redor do mundo, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, compreendidos na hodierna sociedade multicultural. Sendo assim, tem como problema da pesquisa o questionamento acerca da possibilidade de exercício da escolha pela morte com dignidade pessoal, pautada na autonomia humana, seja ela sob a modalidade de eutanásia, de ortotanásia, e/ou de suicídio assistido, nos países pesquisados. Para alcançar-se o desígnio, intenta-se a realização de uma pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, de modo a utilizar-se o método dedutivo de abordagem. Como resultado da pesquisa em questão, em síntese, tem-se que, a opção pela morte digna, ou com dignidade pessoal, já é realidade em muitos ordenamentos jurídicos mundo afora, cada um deles com suas peculiaridades e requisitos específicos, e nas mais distintas modalidades de morte digna, a despeito de o tema gerar controvérsias sempre que levantado, justamente pela ambiguidade que lhe é inerente. Como conclusão tem-se, portanto, que a efetivação do direito à autonomia humana, pautada em outros direitos como a privacidade pessoal e a intimidade, e à própria vida digna, pode e deve ser levado em consideração no que diz respeito à possibilidade de escolha pelo melhor momento e pela melhor forma de morte do indivíduo, vez que, inclusive, a realidade já traz essa possibilidade em inúmeros países, abarcando, inclusive, as mais diversas compreensões culturais.

**Palavras-chave:** Autonomia Humana. Morte Digna. Direito Estrangeiro.

<sup>1</sup> Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora; Advogada; danielazilio@yahoo.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

Quando o assunto é a morte, ou, o direito de morrer com dignidade pessoal, tema do presente artigo no que concerne ao plano internacional, as controvérsias são inúmeras. Primeiro, há quem diga que morrer com dignidade é esperar que a morte aconteça a seu tempo independentemente de dor ou sofrimento. Por outro lado, há quem creia que a orotanásia (cuidados e tratamentos apenas paliativos a espera de que a morte ocorra naturalmente) é que é a verdadeira morte com dignidade. Por fim, há quem considere que a antecipação da morte, de algum modo, em casos de terminalidade de vida e/ou sofrimento atroz, é que configura a verdadeira morte digna. Igualmente, na filosofia, na ética, na bioética, na política, na medicina, e, ainda, no direito, as divergências são inúmeras.

Aliás, no presente estudo, quando se relaciona a morte à dignidade, pensa-se em ultrapassar essas barreiras conceituais e posicionar os indivíduos como centro de seu processo decisório, de modo a alcançar-se a dignidade pessoal. Menciona-se a morte digna de acordo com o que cada indivíduo considera digno para si. Então, considera-se que, a ortotanásia, a eutanásia, o suicídio assistido, enfim, são apenas meios para a efetivação da morte com dignidade: são, ou podem ser, o caminho que leva a pessoa a consolidar o fim de vida conforme considera digno para si. Assim, o que mais importa não é o meio pelo qual a morte ocorre, mas que e desde que ela seja efetivada respeitando os valores de cada indivíduo.

Assim, objetiva-se traçar uma linha de abordagem ampla, de modo a conhecer-se o enfrentamento da problemática da morte digna, nos mais diversos países, nos continentes americano e europeu. Outrossim, pretende-se então explanar, enquanto resultado, se e de que forma a morte digna em suas modalidades é admitida tratando-se do direito comparado.

Finalmente, busca-se enfrentar o tema mediante o método dedutivo de abordagem, utilizando-se de pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa - qualitativa.

## 2 A MORTE DIGNA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Conforme referenciado, não existe consenso em termos mundiais acerca dos temas atrelados à morte digna. Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, assim como no Brasil, o tema desperta discussões. A seguir, será feita a análise do assunto e do seu tratamento jurídico e legislativo em alguns países, elencados criteriosamente de acordo com o seu continente. Obviamente, não há como exaurir o assunto em termos de direito estrangeiro, entretanto, para o perfeito deslinde da discussão permeada, é necessário analisar-se como legislam e como decidem sobre o direito à morte digna e condutas decorrentes, alguns dos ordenamentos jurídicos de expressão mundial. Selecionou-se, para tanto, os continentes americano e europeu, elegendo-se para análise alguns dos seus principais ordenamentos jurídicos.

### 2.1. AMÉRICA

Inicialmente, faz-se necessário seja elencado que, em que pese o tema concernente à morte digna e às condutas que dele decorrem ainda seja visto com certa resistência, na América, em vários países, a questão parece estar tomando um novo prisma. Nos últimos anos, legislações que contemplem os direitos dos pacientes em relação ao assunto estão despontando com força, conforme se verá a partir do momento que segue.

#### 2.1.1 Argentina

Na Argentina, o debate sobre a morte digna é acirrado. Desde 2009, o país conta com legislação referente aos direitos do paciente: trata-se da conhecida Ley de Derechos del Paciente –26.529. No entanto, referida lei foi modificada em 2012, pela popularmente conhecida Ley de Muerte Digna – 26.742, com o intuito de ampliar as prerrogativas do adoentado, mormente no que tange aos direitos relacionados aos momentos de proximidade da morte. Como será visto, muito

embora a eutanásia não seja expressamente admitida, tampouco o suicídio assistido, é assegurada aos pacientes<sup>2</sup> a prerrogativa de limitar os esforços terapêuticos no caso da existência de uma enfermidade irreversível, incurável, ou em casos de estágio terminal.

Assim, resta estabelecido taxativamente na lei o necessário respeito à autonomia do paciente, quando ela prevê, além da situação exposta alhures, de doença irreversível, incurável ou terminal, que, também o paciente que tenha sofrido algum tipo de lesão que o coloque em situação de terminalidade da vida, pode, desde que devidamente informado, rejeitar procedimentos cirúrgicos, reanimação artificial, e até mesmo procedimentos de suporte de vida, caso eles sejam extraordinários ou desproporcionais quando relacionados à expectativa de melhora, ou quando produzam um sofrimento muito grande.

Igualmente, pode haver a rejeição, por parte dos pacientes, a procedimentos de hidratação ou alimentação, quando o seu único efeito é estender quantitativamente o tempo de vida daquele que se encontra em estágio terminal, irreversível ou incurável.

Contudo, em nenhum dos casos de negativa aos procedimentos mencionados, haverá a interrupção das medidas e ações que busquem o adequado controle e o alívio do sofrimento do paciente. No mesmo sentido, a decisão do paciente pode ser revogada a qualquer tempo.

Na Argentina, da mesma forma, são acatadas as chamadas diretivas antecipadas de vontade, de modo que o indivíduo pode estabelecer parâmetros de consentimento ou negativa a tratamentos médicos, preventivos ou paliativos, tomando decisões em relação à própria saúde. As diretivas deverão ser devidamente acatadas pelo médico assistente, com exceção, em suma, daquelas que impliquem diretamente em práticas de eutanásia. Conforme a lei em voga, as diretivas devem ser formalizadas em cartório, ou juizados de primeira instância, perante duas testemunhas. São, ademais, revogáveis a qualquer tempo.

<sup>2</sup> Da interpretação da Lei 26.742 ora ponderada, que modificou a Lei 26.529, pode-se considerar, como já decidiu a Corte Suprema no caso Marcelo Diez, que, além do paciente quando consciente, os familiares podem expressar o que sabem ser a última vontade daquele, em relação aos tratamentos, caso esteja inconsciente.



Ademais, denota-se que a lei em pauta garante que os profissionais que tenham agido de acordo com o nela estabelecido, de nenhuma forma estão sujeitos à responsabilização civil, criminal ou administrativa.

Finalmente, percebe-se não ser o caso da permissão explícita da eutanásia (principalmente e especificamente na modalidade ativa) ou do suicídio assistido, no país. Porém, a legislação que garante o respeito à autonomia decisória do paciente em poder rechaçar determinados tratamentos, até mesmo de suporte de vida, em caso de estágio terminal, ou situação incurável ou irreversível, afastando-se a obstinação terapêutica, denota um significativo avanço, que vem ao encontro de uma verdadeira mudança de paradigmas, em termos mundiais.

### 2.1.2 Canadá

Em decisão datada de 17 de junho de 2016, o Canadá aprovou a legislação que permite a assistência médica para a morte. O tema sempre gerou polêmicas no país e, finalmente, após muita discussão, alcançou aprovação pelo Parlamento. O projeto obteve o devido consentimento real, e a lei foi promulgada. Tal legislação surgiu após a Suprema Corte do Canadá decidir que os canadenses possuem o direito à assistência médica para a morte, declarando a inconstitucionalidade da lei em vigor até então, o que levou à necessidade da alteração do Código Criminal canadense, que punia a prática.

De acordo com o site End-of-Life Law & Policy in Canada (2016), a nova legislação federal estabelece que a assistência médica para a morte é legal, desde que seguidas algumas diretrizes (critérios de elegibilidade e garantias processuais).

Assim, a pessoa pode receber assistência médica para a morte caso seja elegível para cuidados de saúde financiados pelo governo; tenha no mínimo 18 anos; seja capaz para a tomada de decisões no que concerne à sua saúde; e possua uma condição médica grave e irremediável (esteja em estado terminal). Ainda, o pedido deve ser voluntário e sem pressão externa, e feito após o devido

esclarecimento acerca dos meios disponíveis para o alívio do sofrimento, incluindo os cuidados paliativos.

Ademais, o paciente precisa estar em uma condição médica grave e irremediável, advinda de doença grave e incurável, ou deficiência. Ainda, a condição precisa lhe proporcionar sofrimento físico ou psicológico (e o sofrimento deve ser intolerável, não podendo ser aliviado em condições consideradas aceitáveis). Da mesma forma, a morte natural deve ser razoavelmente previsível, levando-se em consideração as circunstâncias médicas, a despeito de não necessariamente ser necessário dimensionar a quantidade de tempo de vida que ainda resta, segundo o site End-of-Life Law & Policy in Canada (2016). Estes são os chamados critérios de elegibilidade.

Além dos critérios de elegibilidade, precisam ser seguidas as chamadas garantias processuais fundamentais. Assim, o profissional que prestará a assistência precisa estar seguro das condições elencadas acima (critérios de elegibilidade); o pedido do paciente deve ser documentado, datado e assinado por ele ou por outra pessoa por ele indicada, após as devidas informações sobre as condições de vida e saúde; e, ainda, há a exigência da presença de duas testemunhas independentes, que também deverão assinar o documento.

Da mesma forma, há a necessidade de assegurar-se que a pessoa foi informada de que a qualquer momento poderá voltar atrás; um segundo profissional precisa fornecer um parecer de que a pessoa atende os requisitos necessários para a assistência médica para a morte; o primeiro profissional precisa estar convencido de sua independência para com o paciente, bem como da independência do segundo profissional para com o paciente; e, deve haver a garantia de que, pelo menos, dez dias se passaram entre o pedido documentado e o dia da morte. Por fim, antes da devida assistência, deve ser dada ao paciente a oportunidade de desistir, garantindo-se que de fato a pessoa consente expressamente com o auxílio. Caso o paciente tenha dificuldades de comunicação, todas as medidas necessárias devem ser tomadas para que se forneça um meio confiável pelo qual ele possa compreender a situação, e relatar a decisão pela morte antecipada, ou, então, pela desistência, segundo o End-of-Life Law & Policy in Canada (2016).

Com essa mudança na legislação canadense, percebe-se que, embora o conservadorismo ainda seja predominante, em termos mundiais, aos poucos, a tendência é que o tema concernente à antecipação da morte - quer seja por meio do suicídio assistido, ou por meio da eutanásia-, seja visto mediante diferente meandro: aquele do respeito à autonomia decisória do indivíduo.

### 2.1.3 Colômbia

Dos países latino-americanos, explicita Goldim (1998), a Colômbia é o único com um movimento realmente forte pelo direito de morrer com dignidade. Este é, talvez, o motivo pelo qual sempre que se buscam informações sobre a morte com dignidade, a Colômbia desponta como precursora. O movimento colombiano, assim, foi criado em 1º de agosto de 1979, por Beatriz Kopp de Gomez. O falecimento trágico de um jovem parente motivou Beatriz na idealização da atual Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente.

Assim, no site oficial da fundação colombiana Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente (2015), amalha-se que ela tem como missão a defesa e a promoção do direito de cada pessoa de morrer conforme suas crenças particulares, de modo a tornar o momento da morte o mais digno possível. Ainda, tem como objetivo primordial divulgar os direitos do paciente à devida informação quanto ao seu diagnóstico, para que participe das decisões de tratamento, bem como das decisões concernentes ao não prolongamento desnecessário do tempo de sobrevida carregado de um sofrimento desnecessário.

Efetivamente, no ano de 2015, noticiou-se aquele que seria o primeiro caso de morte digna na Colômbia, em um senhor de 79 anos, chamado José Ovidio González Correa. O paciente estava acometido por um câncer terminal na face, que lhe causava deformações terríveis e sofrimento desarrazoado.

De fato, em 2015, o Ministério da Saúde e Proteção Social regulamentou finalmente a prática da eutanásia na Colômbia após a determinação da Corte Constitucional colombiana, na decisão T-970 de 2014. Assim, as diretrizes administrativas para a efetivação do direito de morrer com dignidade constam na resolução 1216, de 2015.

Em realidade, desde 1997, tinha-se, na Colômbia, em tese, o direito à morte com dignidade. Este direito foi reconhecido na decisão C-239, de 1997, da Corte Constitucional, mas, como explicitam Ferreira e Sá (2015), a sua efetivação dependia da regulamentação da matéria, de modo a se estabelecer, dentre outros pontos, as circunstâncias em que de fato o médico poderia acatar o pedido de morte com dignidade. Como visto, tal regulamentação se deu somente após a determinação da mesma Corte, na sentença T-790, de 2014.

Então, da decisão T-790, retira-se a ordem expressa dada ao Ministério da Saúde e Proteção Social, para que emitisse as diretrizes administrativas para a efetivação do direito de morrer com dignidade, no prazo de trinta dias. Da mesma forma, da resolução 1216, de 2015, denota-se taxativamente que a Corte Constitucional Colombiana, na decisão C-239, de 1997, considerou que o direito fundamental a viver de forma digna implica no direito a morrer de forma digna.

Ademais, a resolução emitida regulamentou as diretrizes para organização e funcionamento de Comitês interdisciplinares que tornam efetivo o direito de morrer com dignidade, os quais devem atuar nos casos e condições previstas nas decisões C-239, de 1997, e T-790, de 2014.

Da mesma forma, denota-se de referido documento (resolução 1216, de 2015), a definição de enfermo terminal e a fixação dos critérios de garantia do direito de morrer com dignidade, tais como a prevalência da autonomia do paciente, a celeridade, a oportunidade e a imparcialidade. Os cuidados e tratamentos paliativos também foram preocupação da resolução, cabendo, inclusive, o direito à desistência voluntária dos pacientes de tratamentos médicos desnecessários que não cumpram com os princípios de proporcionalidade terapêutica e não assegurem uma vida digna.

Outrossim, o artigo 15 da resolução supra preleciona que a pessoa maior de dezoito anos que se considere nas condições devidamente estipuladas na decisão T-790 de 2014, poderá solicitar o procedimento para a morte com dignidade ao seu médico, que avaliará a condição de terminalidade da enfermidade. O consentimento deve ser livre e informado, podendo ter sido feito inclusive por meio das diretivas antecipadas de vontade. No caso de incapacidade, a anuência pode ser prestada por quem seja legitimado para tanto, conquanto

haja consentimento escrito. De acordo com o artigo 17 do documento, pode haver desistência do pedido, em qualquer tempo.

Por fim, quanto ao procedimento, estabelece o artigo 16 que, estabelecida a condição de enfermidade terminal e de capacidade do paciente, o médico, com a respectiva documentação, convocará um dos Comitês expressos alhures, que, em dez dias deliberará sobre o pedido, verificando o cumprimento dos requisitos. Se estes forem cumpridos, novamente se arguirá a quem de direito sobre a decisão. Reiterada a decisão, o procedimento denominado de morte digna na resolução pode ser realizado, na data a ser indicada, ou, na impossibilidade, em, no máximo, quinze dias do pedido reiterado. Todo o procedimento é gratuito. Tudo deve ser anotado no prontuário clínico do paciente, e a documentação será remetida ao Comitê, que por sua vez encaminhará ao Ministério da Saúde e Proteção Social um documento reportando tudo sobre o procedimento para que seja realizado um controle exaustivo do assunto.

Assim, configurado está um marco em relação ao direito de morrer com dignidade em termos de América Latina. A Colômbia, finalmente, consagrou aquilo que era de direito no país, desde 1997.

## 2.1.4 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, em alguns estados o suicídio assistido é legalizado. De forma distinta, a eutanásia não é uma prática legalizada em nenhum dos estados do país.

Sobre o assunto, informa com precisão Ganzini (2016) que, a morte assistida por médico (o chamado suicídio assistido) é admitida e foi legalizada, de alguma forma, em cinco estados.

O primeiro estado a legislar sobre o suicídio assistido, permitindo a prática, foi Óregon. Segundo Goldim (2000), o estado norte-americano aprovou a lei sobre a morte digna (Measure 16, também conhecida por “Oregon Death with Dignity Act”), no ano de 1994. Aliás, conforme Clark (1996-1997), em oito de novembro de 1994, os próprios cidadãos de Óregon a aprovaram. A lei estabelece critérios para que o indivíduo tenha acesso à prescrição de medicamentos e às

informações pertinentes que lhe propiciarão a morte com dignidade. Em suma, de acordo com a lei, o médico que assiste o paciente deverá procurar uma segunda opinião médica para a confirmação do diagnóstico. Da mesma forma, poderá ser realizada uma avaliação sobre a capacidade da pessoa que solicita o procedimento, que deverá ser efetivada por um profissional habilitado. Igualmente, foram instituídos prazos mínimos de reflexão, instrumentos indispensáveis para a documentação adequada dos critérios, e manifestação de vontade.

Após, no ano de 1997, foi realizado um plebiscito com o objetivo, em suma, de rejeitar referida legislação, de acordo com Goldim (2000). Mas, a maioria dos eleitores votantes opinou pela sua manutenção. Assim, após alguns desafios legais enfrentados, o “Oregon Death with Dignity Act”, conforme o site Oregon Health Authority (2016a), foi promulgado ainda em 1997, e foi implementado logo após, em 1998, estabelecendo que pacientes terminais podem encurtar seu período de sobrevivência, autoadministrando-se doses letais de drogas devidamente prescritas por um médico.

Há a exigência de que sejam recolhidas informações sobre pacientes e médicos que se submetam ao “Oregon Death with Dignity Act”, formulando um relatório estatístico anual. De acordo com dados oficiais informados pelo site Oregon Health Authority (2016b), em relatório estatístico anual, em Oregon, no ano de 2015, foram registrados 132 casos de suicídio assistido em conformidade com o “Oregon Death with Dignity Act”; no ano de 2014 foram 105; em 2013 foram 73; em 2012 foram 85; e em 2011 foram 71 casos.

Ainda, os estados de Washington (aprovação em 2008 e implementação em 2009), e Vermont (em 2013), são exemplos de estados que legalizaram o suicídio assistido, no país. Montana não possui legislação neste sentido, mas, a opção pelo final de vida como o exposto é possível desde 2009 graças ao entendimento da Corte Máxima do estado, de acordo com o site Death with Dignity (2016).

Outrossim, recentemente, o estado da Califórnia foi o quinto a permitir de algum modo a realização do suicídio assistido, legalizando a prática, após a polêmica levantada pelo caso de Brittany Maynard, que, diagnosticada com um câncer agressivo, incurável e terminal, no cérebro, mudou-se para Oregon para ter o direito de morrer da forma como considerava digno.

Na Califórnia, assim, conforme o *The Wall Street Journal* (2016), em junho de 2016 entrou em vigor a lei que permite que adultos com doenças terminais solicitem a prescrição de uma dose letal de drogas, por um médico, para que a morte ocorra sem dor ou sofrimento, desde que o diagnóstico indique ter o paciente menos de seis meses de vida pela frente. Referida lei foi sancionada pelo governador Jerry Brown, em 2015.

O *Life Option Act*, do estado, exige que sejam feitos pelo interessado três pedidos para a prescrição das drogas letais, ao médico assistente, um deles por escrito, e dois orais, com um intervalo de pelo menos quinze dias entre os pedidos. Além disso, o consentimento informado é exigido, e as drogas necessariamente devem ser autoadministradas.

Com efeito, em que pese a grande maioria dos estados de uma das nações mais desenvolvidas do mundo não permitam a antecipação da morte, cresce o número daqueles em que se legisla ou decide pela permissão do direito de morrer dignamente, por meio, em todos eles, do suicídio assistido.

### 2.1.5 Uruguai

No Uruguai, o Código Penal prevê como causa de impunidade o que é denominado de “homicídio piedoso”.

Assim, do artigo 37, do capítulo III, de tal diploma legal, extrai-se que, faculta-se ao juiz a exoneração do castigo ao sujeito, autor do denominado “homicídio piedoso”, mediante o preenchimento de algumas condições: possuir antecedentes honráveis; ter realizado o homicídio por motivo piedoso; mediante reiteradas súplicas da vítima.

Relatam Almada et al. (2009) que as hipóteses eutanásicas encontram-se contempladas, em regra, dentro do conceito de homicídio piedoso, embora não haja, segundo Goldim (1997), uma expressa autorização para a realização da eutanásia. Há, entretanto, a possibilidade de o indivíduo agente do procedimento ficar impune, uma vez cumpridas as condições básicas estabelecidas. Segundo o último autor, esta legislação foi fundamentada na doutrina instituída pelo penalista espanhol Jiménez de Asúa.

Em outro norte, o suicídio assistido não se encaixa na situação acima descrita. Goldim (1997) explicita que, conforme o artigo 315 do mesmo Código, quando uma pessoa auxilia outra a se suicidar, há a caracterização de um delito, em que não há a possibilidade de perdão judicial.

## 2.2 EUROPA

Efetivamente, algumas das maiores potências mundiais em relação a diversos assuntos, mormente quando se fala em desenvolvimento social e econômico, estão situadas no continente europeu. Em relação à legislação, pelo menos no que concerne ao direito de morrer com dignidade, os países europeus se destacam pela vanguarda. Aliás, os primeiros países a legislarem a permissão da antecipação da morte, de alguma forma, situam-se na Europa, como se poderá verificar adiante. As decisões judiciais que vêm ao encontro do direito à referida antecipação, também merecem destaque. De tal modo, considera-se imprescindível uma análise detalhada do tratamento atribuído ao assunto em alguns dos países europeus.

### 2.2.1 Alemanha

Atualmente, na Alemanha, não são admitidas a eutanásia<sup>3</sup> (especificamente na modalidade ativa) e o suicídio assistido. Entretanto, embora não prevista em lei, a suspensão de suporte vital foi admitida pela justiça alemã. A Suprema Corte do país, no ano de 2010, decidiu pela inocência de um advogado que aconselhou uma senhora (sua cliente), a cortar o tubo de alimentação que matinha a mãe dela, que estava em estado de coma há pelo menos oito

<sup>3</sup> Importante mencionar que, na atualidade, a eutanásia é encarada de acordo com o seu real significado, no país. Porém, nem sempre foi assim: de acordo com o site *United States Holocaust Memorial Museum* (2016), na terminologia nazista o termo “eutanásia” significava erroneamente o extermínio daquelas pessoas que eram consideradas sem direito à vida, por conta de supostas doenças genéticas, e defeitos físicos ou mentais. Obviamente, os casos de assassinato em massa ocorridos na Alemanha nazista não se tratam de eutanásia na interpretação correta do termo, mas de práticas eugênicas de busca pela denominada “raça pura”, além de configurarem o que se denomina de genocídio.



anos, e em estado vegetativo permanente há cinco, em sobrevida. A paciente, antes do ocorrido, havia expressado à filha seu desejo de não ser mantida viva artificialmente.

Neste norte, o tribunal em voga entendeu que a suspensão do suporte vital de pacientes terminais, como pode ser considerado o caso explicitado, não configura crime, desde que haja o devido consentimento do paciente, havendo, ademais, clara distinção entre o ato de matar com o intuito de acabar com a vida e o ato de deixar um paciente morrer mediante sua própria aquiescência, de acordo com o jornal *The New York Times* (2010).

Logo, apesar de não ter legalizado a prática da eutanásia (na modalidade ativa), e do suicídio assistido, o julgado pacificou o entendimento no que concerne aos pacientes em estado de terminalidade da vida, e que podem manifestar, ou que tenham manifestado oportunamente a sua vontade, em relação aos tratamentos em situações de morte premente, no sentido de que é possível a assistência passiva para a morte, por meio da retirada dos suportes artificiais de vida, mediante claro consentimento.

Ainda, torna-se evidente pela análise da situação apresentada, que a Corte alemã deixou clara a necessidade do afastamento de tratamentos que configurem verdadeira obstinação terapêutica e que, conforme consabido, não trazem qualquer benefício ao paciente.

### 2.2.2 Bélgica

A Bélgica está entre os países que possuem legislação admitindo a antecipação da morte.<sup>4</sup> De acordo com Goldim (2014a), a lei belga adveio de uma diretriz derivada do Comitê Consultivo Nacional de Bioética daquele país. De acordo com o autor, de maneira diferente do que ocorreu na Holanda, onde a lei

<sup>4</sup> De acordo com informações da comissão de controle encarregada, em 2015 foram registrados 2.021 casos de eutanásia na Bélgica. O número foi um recorde desde a legalização da prática, em 2002. Segundo consta, os casos passaram de 24 em 2002, para quase 500 em 2007. Em 2011 foram 1.133 casos e em 2014, 1.924 casos declarados, conforme registra o site G1 (2016). O aumento dos casos se dá, segundo especialistas, pela disponibilidade de médicos para registrar os atos, a despeito das eutanásias realizadas e não declaradas.

emanou de uma longa trajetória de casos, na Bélgica, surgiu de um debate sobre a sua necessidade e adequação.

Assim, no país, em 2002, o Parlamento aprovou a lei que autoriza a eutanásia. Entretanto, segundo o que relata Santoro (2010), alguns requisitos precisam ser seguidos, para o caso da sua realização: o procedimento deve ser efetivado por um médico; o paciente precisa estar em condição de sofrimento físico e mental constante e insuportável resultante de condição acidental ou patológica grave e incurável, cuja natureza permanente do sofrimento seja determinada; e, por fim, deve o médico informar ao paciente sobre seu estado de saúde e expectativa de vida, com a possibilidade de oitiva de uma segunda opinião médica. No princípio, o paciente deveria ser adulto ou menor emancipado com plena capacidade e consciência na época de seu pedido realizado voluntariamente, contudo, ver-se-á que houve a aprovação da realização da eutanásia em menores de idade, mediante algumas condições.

Ademais, de acordo com o que se afigure na Lei sobre Eutanásia (*Wet betreffende de euthanasie*) daquele país, o pedido para a realização da eutanásia, formulado pelo próprio paciente, deve ser feito por escrito, datado e assinado, a não ser que ele não seja capaz, hipótese na qual deverá eleger um adulto, que não tenha qualquer tipo de empenho em sua morte, para que faça isso por ele.

Conforme mencionado, no ano de 2014, o Parlamento belga aprovou um projeto que permite a eutanásia em qualquer idade, de modo que os pacientes menores de idade, e não somente os adultos (considerados estes com idade superior a dezoito anos de idade), estão contemplados nos casos passíveis de realização da eutanásia. O projeto foi aprovado por oitenta e seis votos a favor, e quarenta e quatro contra, havendo doze abstenções, de acordo com o jornal *The Guardian* (2014). Tal projeto obteve a aprovação do rei da Bélgica, que o assinou, e, assim, o país foi pioneiro ao permitir a antecipação da morte mediante a expressão da autonomia, em qualquer idade.

Segundo Goldim (2014a), nestes casos, a eutanásia é permitida somente para pacientes em estado de terminalidade da vida, com grande sofrimento, por solicitação do próprio paciente, quando possível, e desde que se compreenda que a criança ou o adolescente tem o necessário discernimento para a tomada da decisão, que deverá ter a anuência dos pais (e equipe médica).

Percebe-se, por conseguinte, que a Bélgica, doze anos após aprovar a lei que permite a realização da eutanásia, tornou-se ainda mais vanguardista, ao permitir a sua realização também em infantes e adolescentes. Aliás, o país foi o primeiro do mundo a permitir que crianças optem pela eutanásia<sup>5</sup>.

### 2.2.3 França

Na França, a eutanásia (prioritariamente na modalidade ativa) e o suicídio assistido, ainda são considerados crimes. Apesar disso, no ano de 2005, entrou em vigor a Lei Leonetti (Lei 2005-370), que tutela os direitos do paciente no final de sua vida. A lei, de 22 de abril de 2005, estabelece que os tratamentos inúteis, desproporcionais, ou que tenham por motivo única e exclusivamente a manutenção artificial da vida, podem ser suspensos, ou, ainda, podem não ser realizados, de modo a preservar-se a dignidade dos pacientes.<sup>6</sup>

Ademais, percebe-se claramente da legislação que um tratamento nestas condições pode ser limitado ou suspenso a pedido do paciente em fase avançada ou terminal de doença grave ou incurável, evitando-se assim a obstinação terapêutica, desde que este seja informado das consequências de sua decisão, sendo a deliberação registrada no prontuário médico.

Do mesmo modo, a legislação em voga assegura o direito aos pacientes aos cuidados paliativos necessários para que a morte ocorra da maneira mais tranquila possível. Igualmente, ainda que o tratamento a ser utilizado acabe por diminuir quantitativamente a vida do paciente terminal, o médico pode utilizá-lo, para melhorar a sobrevida do enfermo, desde que informe isso ao adoentado ou aos seus familiares, registrando tudo no prontuário médico.

Outrossim, a legislação preocupou-se em garantir o direito às pessoas a declararem, por meio das diretivas antecipadas de vontade, os tratamentos que

<sup>5</sup> Na Holanda, como se verá com maior detalhamento, a seguir, permite-se o procedimento a partir dos doze anos de idade, desde que com o devido consentimento dos pais.

<sup>6</sup> Tal procedimento pode ser tomado ainda que o paciente não esteja em condições de manifestar a sua decisão, desde que seja respeitado o procedimento colegiado definido pelo Código de Ética Médica, e seja consultada a família ou as diretivas antecipadas de vontade, se houverem. A decisão, motivada, deve ser registrada no prontuário médico.

desejam ou não receber quando o final da vida é premente. Assegurou, ainda, que referidas diretivas são revogáveis a qualquer momento.

Finalmente, se a pessoa não puder mais se expressar (e, obviamente, não tiver deixado documentadas as suas diretivas antecipadas de vontade), e estiver em estado avançado ou terminal de doença grave ou incurável, e, no mais, tiver nomeado uma pessoa de confiança para declarar aquela que seria a sua última vontade, a opinião do nomeado prevalece, salvo urgência ou impossibilidade, sobre qualquer outro parecer não médico.

Conforme visto, a Lei Leonetti assegura que procedimentos de obstinação terapêutica não sejam tomados de modo a preservar-se, quando possível, a autonomia decisória do paciente em relação aos tratamentos no final de sua vida, e sempre, a dignidade pessoal do sujeito.

Recentemente, com a aprovação pelo Parlamento, na França, de nova legislação ampliando os efeitos da Lei Leonetti (2005-370), houve a permissão, inclusive, da sedação profunda e contínua que alivie o padecimento dos pacientes terminais até que a morte ocorra, segundo o *The Guardian* (2016). Assim sendo, quando a condição seja suscetível de causar uma morte rápida, há a possibilidade de que o paciente seja mantido sedado, até o deslinde final da sua vida, com seu falecimento.

Notadamente, denota-se que o assunto permeia as discussões legislativas do país, assim como causa debates na própria população e, pelo menos ao que parece, em que pese haja ainda uma longa trajetória a ser seguida, trilha o caminho da busca da preservação dos direitos do paciente, na hora crucial da proximidade da morte, que, segundo o delineado já diversas vezes, sabe-se ser um momento íntimo e que precisa ser vivenciado mediante todo o respeito possível.

## 2.2.4 Holanda

A Holanda, assim como foi em outros assuntos, é um país vanguardista em termos de direito à morte digna. Assim, no país, a morte antecipada (eutanásia e suicídio assistido) realizada por médico, foi legalizada no ano de 2002, de acordo

com Goldim (2003). Ademais, Conforme Vieira (2009), a realização da eutanásia já era tolerada no país, mediante condições especiais, mesmo antes disso.

Com efeito, desde 2002, as práticas da eutanásia e do suicídio assistido são legalizadas, porém apenas se de acordo com os ditames preconizados no “Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act”. Caso esses critérios sejam observados, o profissional da medicina não sofre a perseguição criminal que caberia a um caso de homicídio.

Ao que se pode denotar do site do governo da Holanda - Government of the Netherlands (2016c), o médico deve proceder desde que convencido de que o pedido do paciente é voluntário e bem considerado; caso o sofrimento do paciente seja verdadeiramente insuportável; e desde que não haja perspectivas de melhora no quadro clínico. Deve-se, também, ter a convicção de que a opção pela morte é a mais adequada ao caso em questão.

Ressalta-se que, em nenhuma hipótese o médico é obrigado a realizar a eutanásia. Assim, se o adoentado estiver certo de sua decisão, o profissional pode encaminhar o caso para outro médico, após ponderar sobre, com o paciente.

Outrossim, de acordo com o site do Governo holandês - Government of the Netherlands (2016b), em casos de pacientes com a consciência reduzida, com sinais de sofrimento, em que a eutanásia já havia sido programada, o médico pode realizar o procedimento. Há, também, a possibilidade da realização das denominadas diretivas antecipadas de vontade, documento em que consta a vontade inequívoca do paciente para casos em que eventualmente não mais possa manifestar sua vontade, no futuro.

No caso do pedido do paciente, a antecipação da morte, conforme citado alhures, pode se dar de duas formas: por meio da eutanásia, ou por meio do suicídio assistido. No primeiro caso, a droga letal é administrada pelo médico, e no segundo, é por ele fornecida ao paciente, para que este mesmo realize o procedimento. Ambas as formas estão incluídas na lei e os deveres de cuidado devem ser seguidos pelos médicos.

De acordo com o que se aúfere no sítio eletrônico do Governo da Holanda - Government of the Netherlands (2016b), exercida a eutanásia ou o suicídio assistido, o caso deve ser reportado a uma das cinco Comissões Regionais

de Avaliação de Eutanásia<sup>7</sup>. Uma vez não observados os requisitos expostos anteriormente (expressos no “Termination of Life on Request and Assisted Suicide - Review Procedures - Act”), o médico poderá ser responsabilizado, tanto no caso da eutanásia, quanto no caso do suicídio assistido. As penas variam e podem ser de, em média, cerca de doze anos de prisão em caso de eutanásia, e de até três anos de prisão em caso de suicídio assistido.

No caso de menores de idade<sup>8</sup>, permite-se tal procedimento a partir dos doze anos de idade. O consentimento dos pais é obrigatório até os dezesseis anos, idade a partir da qual ele não mais é necessário, em que pese eles devam estar envolvidos no processo de decisão. A partir dos dezoito anos, o pedido de realização da eutanásia pode ser feito pelo jovem sem qualquer envolvimento dos pais, conforme o sítio eletrônico do Governo da Holanda - Government of the Netherlands (2016b). Ainda, de acordo com Goldim (2003), em ocorrências como estas envolvendo menores de idade, o término da vida precisa ser feito da forma medicamente apropriada.

Em casos classificados como “demência”, o médico pode realizar a eutanásia somente se houverem as diretivas antecipadas de vontade, com os devidos cuidados legais, e se, em sua opinião, o paciente passa por um sofrimento insuportável, sem perspectiva de melhora.

<sup>7</sup> De acordo com o site do Governo da Holanda - *Government of the Netherlands* (2016b), todas as mortes não naturais devem ser notificadas ao patologista municipal. Nos casos como os aqui previstos, a comissão regional é notificada para que seja avaliado se o médico cumpriu os critérios de cuidado necessários. Tais comissões regionais são constituídas por, no mínimo, um médico, um especialista em ética e um jurista.

<sup>8</sup> No caso de crianças que nascem com moléstias graves onde o final da vida parece ser a melhor opção, a lei permite a antecipação da morte/interrupção da vida, desde que à luz da opinião médica, o sofrimento do infante deva ser insuportável, e sem perspectiva de melhora; desde que não existam dúvidas quanto ao diagnóstico e o prognóstico; desde que tanto os médicos quanto os pais entendam não existir melhor solução para o caso; desde que haja consentimento dos pais, que devem ter sido plenamente informados do diagnóstico e prognóstico; e desde que pelo menos um outro médico examine a criança e dê um parecer escrito sobre o cumprimento destes critérios, conforme o site do Governo da Holanda - *Government of the Netherlands* (2016a). No caso de abortos tardios, que não se encaixem no “*Termination of Pregnancy Act*” (que permite abortos até a 24ª semana de gestação), há a permissão em casos excepcionais, onde o feto deva ter uma doença tão grave que os *experts* acreditem que o tratamento após o nascimento será inútil; não podendo haver dúvida sobre o diagnóstico e o prognóstico; não pode haver, ainda, perspectiva de melhora, e o feto deve estar sofrendo, ou, com previsão de que sofra após o nascimento; deve haver pedido da gestante para a interrupção da gestação, por sofrimento seu, físico ou psicológico; os médicos e os pais devem estar convencidos de não haver solução alternativa razoável; e deve haver parecer escrito de outro médico sobre o cumprimento dos critérios listados.

Constata-se, ainda, que, há a possibilidade de o indivíduo poder expressar não querer receber tratamentos de ressuscitação em situações de emergência, por meio do uso de um medalhão (DNR - Do Not Resuscitate Medallion). Membros do Right to Die - NL (NVVE) podem solicitar um DNR. Cada medalhão possui o nome, a data de nascimento, a assinatura e a fotografia do seu titular e, dessa maneira, cumpre com os requisitos legais das diretivas escritas, conforme a página do Governo da Holanda - Government of the Netherlands (2016b).

Por fim, o “Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act” somente é aplicado aos casos em que o médico esteja sujeito à lei holandesa. Ademais, pessoas que não residem no país não podem requerer a eutanásia ou o suicídio assistido, segundo o site do Governo da Holanda - Government of the Netherlands (2016c). Preza-se, e muito, pela segurança do ato.

## 2.2.5 Luxemburgo

Na contramão do que ocorre ainda na atualidade na maioria dos países, Luxemburgo se uniu à Holanda e à Bélgica, e legalizou a realização da eutanásia e do suicídio assistido, especificamente em 2009. Segundo Goldim (2014b), a lei foi aprovada em fevereiro de 2008, por trinta votos favoráveis e vinte e nove contrários. Em março de 2009, finalmente, foi aprovada em instância final.

Após a votação, pelo Parlamento, ocorreu um verdadeiro problema institucional no país, um grão-ducado, uma vez que o grão-duque Henri negou-se, em um primeiro momento, a sancioná-la. Por tal motivo, a Constituição do país foi modificada para que o chefe de Estado tivesse apenas uma função cerimonial, segundo explicita Goldim (2014b), promulgando as leis e não mais sancionando.

Uma vez inserida no ordenamento jurídico luxemburguês, conforme se auffle do Portal Oficial do Grão-Ducado de Luxemburgo - The Official Portal of the Grand Duchy of Luxembourg (2016), a lei, de 16 de março de 2009, define a eutanásia como um procedimento médico onde o profissional, intencionalmente, põe fim à vida de um paciente, a pedido expresso e voluntário deste. De seu turno, o suicídio assistido consiste na ajuda dada por alguém a outra pessoa, para que esta realize o suicídio, fornecendo-se a ela os meios necessários para a

efetivação do intento. Assim, o médico ajuda o paciente a concretizar o suicídio, ou lhe oferece os meios necessários para que o faça, também mediante pedido expresso e voluntário.

Assim, conforme se pode auferir da Lei de 16 de março de 2009, sobre a eutanásia e o suicídio assistido, no capítulo II, artigo 2.1, não há punição criminal ou civil para o médico no caso da prática da eutanásia ou do suicídio assistido, caso o profissional cumpra algumas condições básicas. A primeira delas é que o paciente seja adulto, capaz, e consciente; a segunda diz respeito ao pedido para a realização da eutanásia, ou então, do suicídio assistido, que deve ser feito voluntariamente, sem qualquer pressão externa, e, caso necessário, seja repetido; a terceira se refere ao estado do paciente, ou seja, ele deve estar em uma situação desesperadora, e devem existir relatórios médicos que demonstrem o sofrimento físico ou psicológico constante, não havendo perspectivas de melhora do quadro, advindo de uma patologia ou de um acidente; finalmente, o pedido para a realização da eutanásia ou para o auxílio em relação ao suicídio assistido deve ser feito por escrito.

O médico, conforme capítulo II, artigo 2.2 da lei em questão, deve respeitar a algumas condições de forma e procedimento, em todos os casos de pedido em relação à eutanásia ou ao suicídio assistido. Deve: informar ao paciente sobre sua saúde, assim como sobre sua expectativa de vida; conversar com o paciente acerca de possibilidades terapêuticas e de cuidados paliativos, e as consequências da tomada de cada decisão; da mesma forma, o profissional precisa ter convicção de que o pedido do paciente é voluntário e que, na opinião do paciente, inclusive, não há outra solução aceitável na sua situação; as entrevistas efetuadas pelo expert devem constar no prontuário médico como prova válida de informação; o profissional deve, ainda, ter a certeza da persistência do sofrimento físico ou psicológico do paciente e da sua vontade; para isso, pode indicar outro médico, imparcial, que confirme a natureza grave e incurável da doença/quadro (este último deve preparar um relatório sobre as suas conclusões); deve assegurar que ao paciente se oportunizou discutir o seu pedido com as pessoas a quem gostaria de consultar; ademais, as disposições de fim de vida precisam ser encaminhadas à Comissão Nacional de Controle e Avaliação.



Conforme reiterado alhures, o pedido do paciente deve ser documentado, datado e assinado por ele próprio. Em caso de incapacidade física permanente de redigir e assinar o documento, pode haver, por parte do paciente, a indicação de outra pessoa para que o faça. O indivíduo escolhido deve mencionar que o paciente não é capaz de formular o pedido por escrito, e indicar as razões. O documento é assinado à presença do médico, e o nome do profissional deve ser apontado, expressamente. O documento, então, deve ser anexado ao prontuário médico. Aliás, todos os pedidos do paciente, assim como as ações do médico que o assiste, devem constar do respectivo prontuário.

Ressalta-se que o paciente pode revogar seu pedido a qualquer momento, hipótese na qual o documento é removido do prontuário médico, e devolvido a ele, de acordo com a Lei de 16 de março de 2009, sobre a eutanásia e o suicídio assistido.

No país, também há a previsão para os cuidados paliativos a serem tomados, no acompanhamento do final da vida do paciente. Tais cuidados são aplicáveis a qualquer pessoa que esteja em uma situação médica sem esperança, resultante de enfermidade grave, ou de acidente. Os objetivos do tratamento paliativo são aliviar a dor física e os outros sintomas advindos da doença, além de buscar amenizar o sofrimento psicológico, social, e espiritual do paciente, de modo que todos os esforços são tomados para proporcionar a melhor qualidade de vida possível ao indivíduo, até o momento de sua morte, segundo o Portal Oficial do Grão-Ducado de Luxemburgo - The Official Portal of the Grand Duchy of Luxembourg (2016).

Da mesma forma, de acordo com o sítio eletrônico, existe, no país, a possibilidade de que o trabalhador (assalariado ou não assalariado) tire uma espécie de licença remunerada para realizar o acompanhamento de um paciente (seu familiar) que esteja em fase terminal de doença grave.

Sendo assim, percebe-se que o país, embora inicialmente com certa relutância, introduziu em seu ordenamento uma lei inovadora, que confere aos indivíduos o poder de decidibilidade em questões de final de vida, o que configura um ganho em termos de autonomia decisória.

## 2.2.6 Suécia

A Suécia figura entre os países que permitem a recusa a tratamentos médicos, e, em relação a isso, não existem grandes controvérsias. Para além, seguindo a linha de alguns outros países europeus, no ano de 2010, permitiu-se, pela primeira vez no país, fossem suspensos os suportes vitais de uma paciente, vindo ela a falecer em decorrência disso.

De acordo com o site de notícias sueco The Swedish Wire (2010), o fato aconteceu depois que a paciente, de trinta e dois anos, solicitou em carta enviada ao Conselho Nacional de Saúde e Bem-Estar sueco lhe fosse permitido o desligamento do respirador artificial que a mantinha em sobrevida desde os seis anos de idade.

Conforme se pode auferir, o Conselho Nacional de Saúde e Bem-Estar deixou claro o direito que os pacientes possuem de interromper o tratamento, inclusive nestas circunstâncias, desde que entendam as informações oferecidas pelo médico assistente e as consequências de sua decisão. Ainda segundo relata The Swedish Wire (2010), a decisão de permitir a suspensão do suporte vital de pacientes terminais foi tomada após a Sociedade Sueca de Medicina solicitar um esclarecimento jurídico em relação aos limites da lei sueca que permite aos pacientes decidirem quando o tratamento deve ser encerrado, para que a conduta não seja tipificada entre aquelas puníveis, como o suicídio assistido.

Segundo o Conselho Nacional de Saúde e Bem-Estar, assim, os médicos não devem ministrar aos pacientes um tratamento não desejado, de modo que cada um dos enfermos deve decidir o tratamento que deseja aceitar e quando ele deve ser encerrado. Da mesma forma, podem ser suspensos os alicerces vitais, como o respirador artificial, desde que antes sejam ministradas drogas para que o paciente esteja inconsciente e/ou sem dor quando da suspensão.

Contudo, a eutanásia (explicitamente na modalidade ativa) e o suicídio assistido, continuam sendo ilegais no país.

## 2.2.7 Suíça

A Suíça talvez seja o país mais conhecido mundialmente quando o tema é o direito à morte digna. De fato, o país aceita a prática do suicídio assistido. Explicita Goldim (2004) que ele pode ser realizado sem a participação de um médico, e a pessoa, inclusive, não necessita estar em estágio de terminalidade da vida - levando-se em consideração que, em regra, não é crime incitar ou auxiliar alguém ao suicídio. Entretanto, há punição para os casos de incitação ou auxílio ao suicídio quando o motivo for egoísta. Para estes casos, o Código Penal suíço prevê pena de prisão não superior a cinco anos, ou multa monetária (artigo 115). Ademais, não há previsão para a eutanásia na legislação suíça.

Em suma, a não ser que o motivo seja egoísta, assistir alguém para o suicídio não é considerado crime, contrariamente com o que ocorre com a eutanásia.

De fato, conforme ponderado no início da seção, a Suíça é conhecida em todo o mundo quando se trata do direito à morte digna. Talvez, um dos motivos para que isso ocorra é a existência de afamadas associações de busca pela morte com dignidade, como a DIGNITAS e a EXIT.

Dignitas, conforme se auffle em sua página oficial na internet, é uma associação, fundada em 17 de maio de 1998, com o objetivo de garantir a morte com dignidade a seus membros. As atividades desenvolvidas pela associação são, basicamente: realizar o aconselhamento em questões de fim de vida; cooperar com médicos, clínicas e outras associações; instruir o paciente em relação aos seus direitos relativamente a médicos e clínicas; acompanhar os conflitos com as autoridades, com a gestão de lares de idosos, e com os médicos não escolhidos pelo paciente; prestar esclarecimentos legais sobre as últimas questões; e realizar o acompanhamento e a assistência no que tange à autodeterminação do paciente em relação ao seu fim de vida.

De tal modo, para os casos em que exista uma doença que inevitavelmente levará à morte (paciente terminal), para os casos de dor insuportável, ou para os casos de deficiência insuportável, Dignitas proporciona aos seus membros a possibilidade de um suicídio acompanhado, sendo o pedido voluntário, mediante

bom senso e desde que a pessoa tenha o mínimo de mobilidade suficiente para ela mesma se administrar a droga que a levará à morte, segundo o que se pode verificar do próprio site Dignitas (2016). A participação de um médico suíço que prescreva a droga necessária também é fundamental.

De seu turno, Exit é uma associação com fins semelhantes, garantindo um final de vida digno, com respeito à autodeterminação do paciente. Aliás, a autodeterminação humana é a bandeira levantada pela Exit. Ainda, a associação atua mediante pedido sério do paciente, repetido, caso este possua uma doença incurável, com morte previsível que cause sofrimentos físicos ou psíquicos, que tornem a existência insuportável, ou sofra com dores insuportáveis, ou, ainda, tenha uma deficiência considerada inaceitável. Da mesma forma, o paciente deve ter capacidade de discernimento. Como ocorre na Dignitas, há a necessidade da participação de um médico suíço que acompanhe o caso da assistência ao suicídio. Proporciona-se, ademais, a possibilidade de que o paciente faleça em sua casa, na presença de seus familiares, após a ingestão da droga letal, segundo o site da Exit (2016a).

Além do exposto, a associação auxilia em questões de testamentos vitais, consultoria jurídica, e cuidados de fim de vida, e todos os serviços são gratuitos para os seus membros, de acordo com a própria página oficial da Exit (2016b). Por fim, somente cidadãos suíços ou estrangeiros que residam permanentemente na Suíça podem ser atendidos pela Exit, ao contrário do que ocorre com a Dignitas.

### 3 CONCLUSÃO

Questões relativas à eutanásia, ao suicídio assistido, às condutas correlatas, e, enfim, relativas à morte digna (de qualquer que seja a forma que se a compreenda), não se encontram meramente no plano teórico. Como visto, a prática da eutanásia é legalizada em diversos países, assim como o é a prática do suicídio assistido. Ordenamentos que compreendem as diretivas antecipadas de vontade também não são raros e por fim, o número de países em que é possível a recusa a tratamentos médicos, inclusive de suporte artificial de vida, vem aumentando a cada ano.

Assim, como se averiguou ao longo da artigo, no continente americano, os países estão em fase de quebra de alguns paradigmas. Perceba-se, assim, como nos últimos tempos, os países vêm, ainda que lentamente, tomando posicionamento favorável ao respeito à autonomia decisória dos pacientes, em relação ao momento da morte. Na Europa, o assunto não é pacífico, mas há maior consenso e tendência de seguir-se a linha de respeito à autonomia humana, conforme delineado ao longo do texto.

Enfim, o que se percebe é que, paulatinamente, o olhar outrora desconfiado e eivado de preconceções vem mudando, ao encontro da proteção da autonomia referida. Isso, de fato, é inegável, principalmente quando se leva em consideração as mudanças legislativas e as decisões ocorridas mundo afora.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>. Acesso em: 31 out. 2016.

ALMADA, Hugo Rodríguez et al. Eutanasia y ley penal en Uruguay. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/300/439](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/300/439). Acesso em: 24 ago. 2016.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. D. M. A. s/ declaración de incapacidad. CSJ 376/2013 (49-D)/CS1. Decisão em 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.cij.gov.ar/nota-16952-La-Corte-Suprema-reconoci-el-derecho-de-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna.html>. Acesso em: 27 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Ley 26.742, 9 maio de 2012. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>. Acesso em: 9 ago. 2016.

BÉLGICA atinge 2.000 casos de eutanásia em 2015. *G1*. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/01/belgica-atinge-2000-casos-de-eutanasia-em-2015.html>. Acesso em: 3 ago. 2016.

BÉLGICA. *Wet betreffende de euthanasie*. 2002. Disponível em: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article\\_body.pl?language=nl&pub\\_date=2002-06-22&numac=2002009590&caller=summary](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=nl&pub_date=2002-06-22&numac=2002009590&caller=summary). Acesso em: 3 ago. 2016.

CLARK, Annette E. *Autonomy and death*. *Tulane Law Review*, v. 71, n. 1, p. 45-138, 1996-1997. Disponível em: [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulr71&div=11&start\\_page=45&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulr71&div=11&start_page=45&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults). Acesso em: 14 ago. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-790/14*. Relator: Luiz Ernesto Vargas Silva. Decisão em 15 dez. 2014. Disponível em: <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

DEATH WITH DIGNITY. *Death with dignity acts*. 2016. Disponível em: <https://www.deathwithdignity.org/learn/death-with-dignity-acts/>. Acesso em: 7 ago. 2016.

DIGNITAS. *Who is Dignitas*. 2016. Disponível em: [http://www.dignitas.ch/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4&Itemid=44&lang=en](http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=44&lang=en). Acesso em: 6 ago. 2016.

END-OF-LIFE LAW & POLICY IN CANADA - HEALTH LAW INSTITUTE, DALHOUSIE UNIVERSITY. *Assisted suicide*. 2016. Disponível em: [http://eol.law.dal.ca/?page\\_id=236](http://eol.law.dal.ca/?page_id=236). Acesso em: 5 ago. 2016.

EXIT. *Our End-of-Life Care*. 2016a. Disponível em: <https://www.exit.ch/en/en/engagement-of-exit/our-end-of-life-care/>. Acesso em: 6 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Who is Exit?* 2016b. Disponível em: <https://www.exit.ch/en/en/who-is-exit/>. Acesso em: 6 ago. 2016.

FERREIRA, Pedro Henrique Menezes; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A (re) descoberta da eutanásia na América do Sul a partir do caso José Ovidio González Correa: ensaio sobre a efetivação normativa da autonomia para morrer na Colômbia e na Bélgica. In: ZANITELLI, Leandro Martins; SILVA, Mônica Neves Aguiar da; TAVARES, Silvana Beline (coord.). *XXIV Congresso Nacional do Conpedi – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara - Biodireito e direito dos animais II*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 92-114.

FRANÇA. *Loi n. 2005-370*, du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. 2005. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000446240&dateTexte=vig>. Acesso em: 7 ago. 2016.

FUNDACIÓN PRO DERECHO A MORIR DIGNAMENTE. *Quienes somos*. 2015. Disponível em: <http://dmd.org.co/dmdweb2015/2015/08/12/objetivos/>. Acesso em: 10 ago. 2016.

GANZINI, Linda. Legalised physician-assisted death in Oregon. *QUT Law Review*, v. 16.1, p. 76-83, 2016. Disponível em: [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj16&div=8&start\\_page=76&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults#](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj16&div=8&start_page=76&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults#). Acesso em: 14 ago. 2016.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia – Bélgica*. 2014a. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutabel.htm>. Acesso em: 3 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Eutanásia – Colômbia*. 1998. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutacol.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Eutanásia – Holanda*. 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanol.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Eutanásia – Luxemburgo*. 2014b. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutalux.html>. Acesso em: 4 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Eutanásia – Uruguai*. 1997. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanuru.htm>. Acesso em: 23 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Suicídio Assistido*. 2004. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm>. Acesso em: 5 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Suicídio Assistido – Óregon*. 2000. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanore.htm>. Acesso em: 7 ago. 2016.

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS. *Euthanasia and newborn infants*. 2016a. Disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/contents/euthanasia-and-newborn-infants>. Acesso em: 2 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Euthanasia, assisted suicide and non-resuscitation on request*. 2016b. Disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/contents/euthanasia-assisted-suicide-and-non-resuscitation-on-request>. Acesso em: 2 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Is euthanasia allowed?* 2016c. Disponível em: <https://www.government.nl/topics/euthanasia/contents/is-euthanasia-allowed>. Acesso em: 2 ago. 2016.

LUXEMBURGO. *Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide*. 2009. Disponível em: <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2009/0046/0046.pdf#page=7>. Acesso em: 4 ago. 2016.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Resolución 1216*, de 20 de abril de 2015. Disponível em: [http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia\\_resolucion-1216-de-2015.pdf](http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia_resolucion-1216-de-2015.pdf). Acesso em: 10 ago. 2016.

OREGON HEALTH AUTHORITY. *Death with Dignity Act*. 2016a. Disponível em: <http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/Evaluationresearch/deathwithdignityact/Pages/index.aspx>. Acesso em: 7 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Oregon Death with Dignity Act: 2015 Data Summary*. 2016b. Disponível em: <https://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Documents/year18.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2016.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010. 188 p.

SUÍÇA. *Swiss Criminal Code*. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201607010000/311.o.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2016.

THE GUARDIAN. *Belgium passes law extending euthanasia to children of all ages*. 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2014/feb/13/belgium-law-extends-euthanasia-children-all-ages>. Acesso em: 10 ago. 2016



\_\_\_\_\_. *France adopts sedated dying law as compromise on euthanasia*. 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2016/jan/28/france-adopts-sedated-dying-law-as-compromise-on-euthanasia>. Acesso em: 7 ago. 2016.

THE NEW YORK TIMES. *German Court liberalizes rules for right to die cases*. 2010. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2010/06/26/world/europe/26berlin.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/06/26/world/europe/26berlin.html?_r=0). Acesso em: 9 ago. 2016.

THE OFFICIAL PORTAL OF THE GRAND DUCHY OF LUXEMBOURG. *Euthanasia and palliative care*. 2016. Disponível em: <http://www.luxembourg.public.lu/en/vivre/famille/fin-vie/euthanasie-soinspalliatifs/index.html>. Acesso em: 4 ago. 2016.

THE SWEDISH WIRE. *Sweden allows passive euthanasia*. 2010. Disponível em: <http://www.swedishwire.com/politics/4096-sweden-allows-passive-euthanasia>. Acesso em 11 ago. 2016.

THE WALL STREET JOURNAL. *Doctor-assisted suicide legal in California starting thursday*. 2016. Disponível em: <http://blogs.wsj.com/law/2016/06/08/doctor-assisted-suicide-legal-in-california-starting-thursday/>. Acesso em: 7 ago. 2016.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. *Map: “euthanasia” centers, Germany 1940-1945*. 2016. Disponível em: [https://www.ushmm.org/wlc/en/media\\_nm.php?ModuleId=0&MediaId=374](https://www.ushmm.org/wlc/en/media_nm.php?ModuleId=0&MediaId=374). Acesso em: 10 ago. 2016.

URUGUAI. *Ley 9.155. Código Penal*. Disponível em: [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp\\_ury-int-text-cp.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-cp.pdf). Acesso em: 25 jul. 2016.

VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia: humanizando a visão jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

